

1 El Dolo Eventual y La Culpa con Representación

**UNIVERSIDAD MILITAR  
NUEVA GRANADA**



**EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CON REPRESENTACIÓN  
EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO COMETIDOS POR CONDUCTAS  
BAJO LOS EFECTOS DEL ALCOHOL**

**GONZÁLEZ LEÓN** Luis  
**RUEDA GIL** Hugo Darío

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**  
Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar  
Facultad de Derecho

**MARZO DE 2014**

### RESUMEN

En este artículo se planteó la forma en que el Derecho Penal da respuesta a la problemática surgida frente a la distinción que se debe hacer de las modalidades de responsabilidad penal - dolo eventual y culpa con representación- en accidentes de tránsito ocasionados bajo el efecto del alcohol, para lo cual se analizaron las distintas posturas y criterios asumidos por la doctrina y la jurisprudencia en-pro de distinguir ambas instituciones jurídico penales. Se logró evidenciar la falta de claridad en cuanto a los elementos que se deben tener en cuenta a la hora de imputar uno u otra de estas modalidades de la responsabilidad, concluyéndose que frente a los accidentes de tránsito ocurridos bajo el influjo del alcohol, en los cuales se ocasionen muertes o heridos no debe imputarse responsabilidad a título de dolo eventual sino la de culpa con representación, una vez entendida la diferencia dogmática entre estas dos modalidades de la responsabilidad se abordan las consecuencias que en términos procesales y de punibilidad se presentan frente a la imputación de un homicidio a título de dolo o de culpa.

**Palabras clave:** Dolo eventual, Culpa con representación, Delito, jurisprudencia, accidentes de tránsito.

### ABSTRACT

This article discusses how the penal law gives answers to the problematic arise in face to the distinction to make the modalities of penal responsibility, possible fraud and represented guilt in traffic accidents caused under the influence of alcohol; this was analyzed in different positions and assumed criteria for the doctrine and jurisprudence en favor to distinguish both penal juridical institutions. It was possible to demonstrate the lack of clarity regarding the elements that must be taken into account at time to impute one or the other of these modes of responsibility modalities , concluding that in consideration of the transit accidents occurred under the influence of alcohol, where it caused the death or injured should not be imputed responsibility at the name of possible fraud but the representation of guilt , once understood the dogmatic difference between these two modalities of responsibility the consequences are addressed that in procedural terms and punishability are presented en face to the imputation of homicide to tittle of intentional or guilty.

**Keywords:** Possible fraud, Blame representation, Crime, law, traffic accidents

El querer es por definición un verbo activo (tener decisión o voluntad de ejecutar una cosa), mientras que desear es pasivo (anhelar que suceda o deje de suceder algo). En el querer hay una voluntad direccionada a obtener un fin determinado..." (...) "QUERER importa acción; sin ACCIÓN, no hay querer, pero puede haber un ACEPTAR."  
(Tenca.2010).

## INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se ha presentado en Colombia un marcado incremento del número de casos de accidentes de tránsito en los cuales se ven involucrados conductores bajo el influjo de bebidas alcohólicas, accidentes que en su gran mayoría dejan como resultado víctimas con graves heridas e incluso la muerte de inocentes ciudadanos, situación ante la cual el Estado Colombiano debe intervenir por cuanto resultan vulnerados una serie de derechos y bienes jurídicamente protegidos. Y es precisamente en el nivel de intervención del Estado frente a esta problemática que surge en el Derecho Penal Colombiano la obligación de adelantar un fuerte debate encaminado a establecer si en estos casos debe entenderse estas conductas como dolosas en la modalidad eventual o por el contrario deben ser abordadas en la modalidad de culpa con representación o consciente, la finalidad por lo tanto no es otra que como afirmara Welzel (1956) delimitar el dolo eventual de la culpa con representación, por ser uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal.

En este artículo se desarrollan las diferencias entre el dolo eventual y la culpa con representación en la comisión de delitos relacionados con accidentes viales bajo la influencia del alcohol, tema de gran interés para la colectividad, teniendo en cuenta la cantidad de hechos que a diario suceden y que son informados por los medios de comunicación en los cuales se resalta la falencia que existe en el ordenamiento jurídico para aplicar justicia coherente, eficiente y adecuada a cada uno de los casos que se presentan y que den seguridad jurídica a la colectividad.

Es este un tema de actualidad, toda vez, que refiere un asunto de constante discusión no solo desde una perspectiva del fenómeno social, sino además en el ámbito jurídico nacional e internacional por cuanto a partir de esta problemática han surgido diversos interrogantes que aún no han sido resueltos. Desde el punto de vista jurídico es útil e importante, tanto para los imputados como para las víctimas dentro de un proceso penal, al igual que para los operadores de justicia, porque la determinación de las diferencias entre el dolo eventual y la culpa con representación como elementos de la culpabilidad en la comisión de un hecho punible, facilita la aplicación justa tanto de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico penal, como de los criterios doctrinales y jurisprudenciales, a favor no solo de las víctimas del punible, sino aun del mismo imputado. Siendo así, desde la adopción por parte del operador de justicia de una u otra de estas teorías se estaría obteniendo resultados procesales que afectan la aplicación de figuras jurídicas, tales las medidas de aseguramiento, la pena a imponer, la obtención de ciertos beneficios, así como el sometimiento del procesado a determinado régimen de libertad o restricción de la misma.

En este trabajo se señalará la falta de existencia de un límite claro entre dolo eventual y la culpa con representación en aquellas conductas punibles cometidas en accidentes de tránsito y bajo los efectos del alcohol, construyendo un marco de referencia de los antecedentes que sobre el tema se han dado y determinando las dificultades que esto suscita desde el punto de vista probatorio, señalando así los elementos esenciales del dolo eventual y la culpa con representación, por último se presentaran algunos argumentos a favor de la eliminación del dolo eventual en el evento de accidentes de tránsito con víctimas.

El escrito plantea un problema fundamental, por cuanto a pesar de existir en Colombia una legislación y una doctrina que define de manera clara el dolo eventual y la culpa con representación, se presenta una fuerte discusión encaminada a establecer el límite de estas dos figuras, así como su aplicabilidad al momento de definir la imputación a realizar frente a delitos en accidentes de tránsito cometidos bajo la influencia del alcohol.

Este trabajo se estructurara de la siguiente manera: (i) se tratarán los fundamentos teóricos sobre el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación, haciendo una breve

exposición de lo dicho por tratadistas internacionales, (ii) se explicarán teorías útiles para la distinción entre dolo eventual y culpa con representación, (iii) se analizará la dificultad probatoria del dolo eventual y culpa con representación, (iv) se señalarán las consecuencias procesales que implica la adopción de cada una de estas modalidades de la responsabilidad, y (v) finalmente se presentará una propuesta de eliminación del dolo eventual en delitos de accidentes de tránsito bajo los efectos del alcohol.

## **1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE EL LÍMITE ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CON REPRESENTACIÓN**

Antes de asumir una posición frente a este importante debate jurídico, se hace necesario hacer algunas precisiones conceptuales emitidas por importantes tratadistas a nivel internacional y nacional.

En cuanto a los tratadistas internacionales es posible encontrar autores que señalan esa ambigüedad existente en el espacio que limita lo que en la práctica se considera el dolo eventual y la culpa con representación, es así que dos categorías que debieran excluirse entre sí, terminan por confundirse a pesar de los esfuerzos de delimitación que se empleen en el desarrollo del sistema penal. Molina (2007) afirma:

Sin embargo, tales esfuerzos de delimitación han sido vanos porque aquella frontera entre situaciones tan próximas y alusivas a categorías graduables se hace imposible de definir, pues entre dolo eventual y culpa consciente no existen puntos de corte preciso, generándose problemas de vaguedad. (p.11)

De igual forma Molina (citado por Fernández, 2003. P.746) piensa que no es posible encontrar diferencia cualitativa entre dolo eventual e imprudencia, agregando que desde el punto de vista de su estructura son idénticos.

En Alemania el criminalista y Profesor en Friburgo Middendorff (1981) asegura que:

Conducir en estado de embriaguez, darse a la fuga en caso de accidentes graves y cometer reiteradas veces infracciones de tránsito, aun simples, califican al contraventor de criminal. Por consiguiente es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual. (p.115)

En América Latina, más específicamente en Venezuela el debate se viene dando hace algunos años y se ha producido gran cantidad de literatura al respecto, destacándose la profesora Mireya Bolaños González (2005) quien pretende presentar al dolo eventual como:

Una verdadera categoría del dolo y no como una forma especial de la culpabilidad, ubicando la voluntad en un lugar de mayor relevancia frente a la representación, “ya que si bien es cierto que ni la representación ni la voluntad logran por si solas explicar el comportamiento a título de dolo eventual, es la voluntad manifiesta la que imprime trascendencia, dentro del campo jurídico penal, a la representación”. (P. 131)

Por su parte el Argentino Doctor Adrián Marcelo Tenca (2010) propone la eliminación del dolo eventual, partiendo de la base de que el dolo es el conocimiento y voluntad del tipo objetivo, y consensuando que así, debe estar integrado por estos dos elementos, uno cognoscitivo y otro de carácter volitivo.

En tal sentido, analizó las distintas teorías que intentaban justificar al dolo eventual y que, en definitiva, “No hacen más que tratar de sortear la dificultad de diferenciar a la culpa consciente del dolo eventual”. (Tenca, 2010. p. 77). Así, en su obra ha tratado de dar su opinión respecto de por qué ninguna de estas teorías ha podido vislumbrar ese límite tan fino que diferencia a los tipos dolosos y culposos cuando se habla de dolo eventual y de culpa con representación.

Señala que el dolo eventual es una creación dogmática en perjuicio del imputado, porque más allá de las posiciones doctrinarias, varios autores han advertido que cuando aparece algún hecho con repercusión pública, generalmente los jueces se ven tentados a recurrir al dolo eventual, en tanto el tipo culposo no cumple con la función de la pena en cuanto a la prevención general positiva fundamentadora o limitadora.

En cuanto a la jurisprudencia Colombiana se hace imprescindible aclarar que esta ha variado constantemente en cuanto al tema tratado; hasta el año 2000 se mantuvo una postura

uniforme con los lineamientos de la teoría del consentimiento, para explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación; a partir de la Ley 599 de 2000, se adoptó la teoría de la representación, al definir el dolo eventual en los términos establecidos en el artículo 22 de dicha ley, el cual reza al tenor literal:

Artículo 22: La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Artículo 22)

Un pronunciamiento interesante lo ha hecho el Doctor Leónidas Bustos, quien como ponente en la sentencia de casación No 32964 del 25 de agosto de 2010, de la Sala Penal Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la teoría de la evitación con respecto al dolo eventual manifiesta:

La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual .... (Corte Suprema de Justicia, 2010.p38).

El anterior pronunciamiento permite inferir, que en virtud de lo expresado por la Corte en el año 2010 se abandona por completo la postura clásica de que el dolo es conocer y querer un resultado antijurídico, eliminando el llamado “elemento volitivo” del dolo.

### 1.1. El Dolo y La Culpa en Colombia

En el Código Penal Colombiano se prescribe en sus disposiciones todo lo atinente al esquema del delito y a sus modalidades, de igual manera lo referente al dolo y la culpa

**Art. 21. Modalidades de la conducta punible.** La conducta es dolosa, culposa o

preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

**Art. 22. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

**Art. 23. Culpa.** La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000).

Vale la pena destacar que a pesar que el legislador no hace mención de manera específica al dolo eventual y la culpa con representación, sí lo define por sus componentes esenciales, esto es, frente al dolo eventual hace referencia a que la no producción del resultado sea dejado al azar y en lo que respecta a la culpa con representación lo maneja bajo la perspectiva de la probabilidad, por cuanto afirma que esta última se presenta cuando el resultado previsible se confía en poder evitarlo; y de ahí la gran dificultad que se presenta a la hora de una correcta aplicación por parte de los operadores judiciales.

Se debe recalcar que en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento, ya que en su artículo 36 se deducía el dolo eventual bajo la figura de “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización; lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”, teniéndose por lo tanto el consentimiento a partir de la aceptación de dicha conducta, haciéndose énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, ya que cuenta con el acaecimiento del resultado.

El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, asumiendo un carácter prevalente el factor cognitivo, resultando por lo tanto irrelevante la voluntad; en esta concepción del dolo eventual el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, ya que a pesar de



representárselo como probable, nada hace por evitarlo.

A partir de la Sentencia 32.964 del 28 de agosto de 2010, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Doctor Leónidas Bustos Martínez, se consideró que los delitos de Homicidio cometidos en accidentes de tránsito, donde el responsable estuviera bajo la influencia de alcohol o sustancias estupefacientes serían sancionados bajo la modalidad de Dolo Eventual. En dicha sentencia se estipula que:

Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación.

Expone el Magistrado que: “La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. (Bustos, 2010. p38). El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual.

La decisión adoptada por la Corte, en esta sentencia, generó una fuerte discusión al interior de la comunidad jurídica, como se aprecia en el salvamento de voto no todos los magistrados comparten la decisión adoptada, ya que consideran que lo que se tuvo en cuenta al tomar la decisión fue la presión de los medios de comunicación y el deseo vengativo de satisfacer a la opinión pública y a las víctimas de estos hechos. Es así que el Honorable Magistrado Javier Zapata Ortiz en su salvamento de voto indica que, este tipo de accidentes corresponda más al giro de la violación del deber objetivo de cuidado y que por lo tanto estas conductas deben tratarse como culposas.

## **2. TEORÍAS ÚTILES PARA LA DISTINCIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CON REPRESENTACIÓN**

Las diversas teorías propuestas por los juristas tratan de buscar una diferencia entre dolo eventual y la culpa consiente, sin embargo, el problema se evidencia cuando algunas teorías encajan perfecto en unos casos pero no en otros, una solución que se puede dar es que todas estas teorías sean utilizadas en forma escalonada con el objetivo de averiguar mediante las diferentes técnicas de indicios si la conducta de enjuiciamiento se realizó dolosa o culposamente; a lo largo del debate académico la doctrina ha elaborado distintas teorías que permitan alcanzar un criterio de distinción, por lo que conviene abordar el análisis de los principales argumentos sostenidos en el debate sobre el dolo y el dolo eventual.

Las dos principales líneas teóricas a través de las cuales se desarrolla el debate en torno al dolo eventual han sido la teoría de la voluntad y la teoría de la representación, partiendo cada una de ellas de presupuestos iniciales distintos. La teoría de la voluntad parte de la idea básica de que para que exista dolo necesariamente debe existir un querer. Por su parte la teoría de la representación, se aleja del de dolo como voluntad y se plantea bajo que presupuestos merece un hecho aquella sanción que ha sido señalada para los delitos dolosos.

### **2.1. Teoría de la Voluntad**

La teoría de la voluntad fue desarrollada en el periodo comprendido entre finales del siglo XVIII e inicios del XIX, periodo en el cual se consolidan las ideas sobre el dolo como intención psicológica. Señala Ragues (1998) que: “El planteamiento básico de esta teoría responde a la idea de que si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esta definición debe ser válida incluso en los supuestos limite” (p.64). Los partidarios de esta teoría suponen entonces la existencia de dos elementos básicos, el conocer y el querer, elementos a partir de los cuales consideran se presenta el dolo o la imprudencia de conformidad con la concurrencia o no de dichos elementos.

Siendo así, surge entonces el problema de qué hacer frente a aquellos supuestos límites, es decir, en aquellos casos en los cuales no es evidente, o no se puede afirmar, que el sujeto haya querido la realización de la conducta típica, pero que sin embargo parece ser más acreedor del castigo señalado para los delitos dolosos que de aquel señalado para los delitos imprudentes. Esta problemática es superada mediante la ampliación de lo que se considera como querer. “También quiere el sujeto que además de la representación como posible de la realización del tipo, mantiene una “especial relación emocional” con el resultado o demás circunstancias del hecho que se deban dar” (Ragues, 1998, p 65). Frente a la imposibilidad de presentar el querer del sujeto en la realización de la conducta típica, acuden a una ampliación de dicho concepto a punto de ligarlo a otra serie de elementos que hagan posible la imposición del castigo propio de las conductas dolosas.

Esta solución fue fuertemente criticada por variados autores, entre ellos Gimbernat Ordeig quien (citado por Ragues, 1998) piensa que el mérito de la teoría de la voluntad está en que, ante la incómoda situación de no encontrar la voluntad del sujeto, pero tampoco querer castigar meramente por imprudencia, “disipa nuestros posibles escrúpulos: nos dice que el hecho, en realidad ha sido querido y que, por ello, no hay dificultad para imponer el castigo por el delito doloso que parece exigir el “sentimiento de justicia”.

Esa especial relación emocional, que en los casos límite se exige para que exista dolo eventual, se da cuando el sujeto haya estado de acuerdo con la realización del tipo, la haya consentido, se haya resignado a ella, la haya aprobado o contado con ella, etc., sin embargo de manera general se empleaba la expresión aprobar y consentir, motivo por el cual todas las vertientes de la teoría de la voluntad se agrupan con el nombre de teorías de la aprobación o del consentimiento.

## 2.2. Teoría de la Representación

En la teoría de la representación la respuesta que se intenta dar cuando se está en presencia de casos límites o fronterizos, no es dada mediante la ampliación de los elementos a partir de los cuales se define de manera general el dolo, es decir, mediante la ampliación del conocer y el querer; los partidarios de la teoría de la voluntad, vertiente más difundida de la teoría de la

representación, se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos. Consideran que es merecedor de dichas penas aquel sujeto que sin querer propiamente la realización del tipo, actúa siendo consciente o representándose que existe un cierto riesgo de realización del mismo (Ragues, 1998).

Con esta teoría pretende aclarar el límite entre dolo eventual y culpa con representación en un momento de carácter estrictamente intelectual, rechazando la exigencia de un componente volitivo, en ella se refiere que la representación en el sujeto de la posibilidad de que su acción pueda producir el resultado lesivo, es suficiente para que se configure el dolo; a su vez, la confianza en el sujeto de que el resultado no se producirá a pesar de su acción, niega la representación y por lo tanto excluye el dolo.

Surge entonces la dificultad de establecer cuál debe ser el nivel de representación que debe tener un sujeto al momento de actuar para que su conducta pueda ser considerada dolosa, la teoría de la probabilidad como vertiente de la teoría de la representación considera que la diferencia que se presenta entre dolo e imprudencia está dada únicamente en el grado de representación con que el autor se haya figurado la realización de la conducta típica, de esta forma si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto decidió actuar, concurre dolo; si se representó tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia.

En esta teoría se presenta un giro con respecto a la cuestión determinante del dolo, de tal forma que mientras para la teoría del consentimiento el dolo se determinaba por la relación emocional del sujeto con el resultado, en la teoría de la probabilidad el dolo es determinado por la conducta peligrosa, la cual debe ser conocida como tal por el sujeto, sin que medie actitud emocional de ninguna clase (Gimbernát, 1990).

Siguiendo la misma línea otros autores como Löffler (citado por Ragues, 1998) afirman que la culpabilidad del autor [doloso] se distingue en que éste tenía la representación de un posible resultado antisocial a consecuencia de su actuación y, sin embargo, ha actuado. No ha tenido en

dicha representación un contramotivo decisivo y por ello, se le caracteriza como un hombre a quien no importan los bienes sociales.

Una de las principales críticas a esta teoría se da a partir del siguiente ejemplo

Dos amigos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revolver que solo tiene puesta una de las seis balas que caben en el tambor. La probabilidad de que salga la bala es de 1 contra 5, es decir, aproximadamente el 17%, con lo cual es más probable un desenlace sin muerte que la inversa.

Si se siguiera la teoría de la probabilidad, en caso de que alguno de los amigos disparara el arma y llegara a darse la muerte del otro, a aquel que dispara solo se le podría castigar como autor imprudente de homicidio, ya que resulta claro que lo más probable es que la bala no saliera y la muerte no se produjera, por lo tanto, la teoría de la probabilidad fracasa ante este tipo de situaciones.

### 2. 3. Teoría de la Voluntad, del Consentimiento o de la Aprobación

Concebida a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX esta teoría surge bajo la influencia del más eminente penalista de la época Von Feuerbach; esta se estructura a partir de la aceptación de la probabilidad de producción del resultado por parte del agente. No basta con la mera representación del resultado por parte del autor, se requiere además que lo acepte o permita, pues a pesar de que pudo preverlo de todas maneras se decidió a actuar.

Así las cosas el sujeto se enfrenta a “si debe o no debe continuar con su obrar” y si continúa entonces obra con dolo eventual; pero si por el contrario se abstiene, falta la relación emocional exigida en el dolo eventual pues sencillamente “puede afirmarse una realización delictiva imprudente”. (RAGUÉS, 1999. Pág 62).

La teoría presenta la dificultad del como ¿se demuestra en qué momento el autor “acepta” dicho resultado? En este orden de ideas, sería necesario penetrar la conciencia del autor, de espiar su ánimo, propio de una sistemática del delito que prohíba un derecho penal de autor el cual no compagina con los postulados de un derecho penal liberal al cual solo le interesa el

derecho penal de acto. (Terragni, 2009, Pág. 111)

En otras palabras, para que el dolo eventual se presente, debe darse junto con la previsión del resultado que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con dicho resultado.

#### 2. 4 Teoría de la Capacidad o Voluntad de Evitación

Es esta una teoría basada en el criterio de Armin Kaufmann, y cuya postura parte de una concepción eminentemente normativa del dolo.

Rechaza la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto dependa de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. En estos planteamientos la determinación del dolo atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. Se sostiene que las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo sino siempre adscriptivo” (TERRAGNI, 2009. Pág. 53)

Según ésta teoría se debe tener en cuenta la voluntad de evitación cuando ésta es dirigida inequívocamente a no permitir que la consecuencia accesoria se lleve a cabo, caso en el cual nos encontramos frente a la culpa con representación.

Siendo así, se puede colegir que cada una de las anteriores teorías, partiendo de un plano estrictamente subjetivo, pretende establecer de qué forma el autor “toma la decisión” a partir de la cual se habrá de calificar su conducta como enmarcada en el dolo eventual o en la culpa con representación.

Según Velásquez en el dolo eventual el autor deja librado el resultado al azar aunque no lo quiere, en cambio en la culpa con representación si le preocupa el resultado y por ello, imprudentemente confía en evitarlo (MOLINA, 2009. Pág. 692). En el mismo sentido, se alega que en el dolo eventual el autor acepta el posible resultado que se presente, en cambio en la culpa con representación no lo acepta y por ello, despliega acciones tendentes a evitar el resultado no querido; en el dolo eventual el autor no renuncia a la ejecución de la conducta que

posiblemente desencadene el resultado no querido es decir, la decisión en contra del bien jurídico es inequívoca, la cual es una pauta de la teoría del “tomarse en serio” (Roxín, citado en Gómez pavajeau, 2002, p. 125), en cambio, en la culpa con representación si le es posible hace cesar la conducta (Zaffaroni, 1973), para así poder impedir el resultado aunque no lo pueda lograr, es pues cuestión de actitud.

En palabras del profesor Gómez López:

La conducta culposa es una acción voluntaria pero dirigida a lograr un fin distinto del típico; esa es la intención del actor, que apunta a ello su voluntariedad y representación; sólo que, aparejada a la representación de su fin principal –no típico–, aparece la previsión de un posible efecto típico pero que es ajeno a su voluntad y al que por el contrario rechaza, es decir, no lo quiere ni se lo propone, pero por un defecto de cálculo termina ocasionándolo. En el dolo eventual, el agente piensa que con su acción puede dar muerte a un hombre y corre el riesgo, dejando librado al albur el desenlace final. En el dolo eventual la lesión al bien jurídico se produce porque el autor no hace nada para evitar el resultado previsto. En la culpa con representación la lesión al bien jurídico se ocasiona por imprudencia al actuar y no por aceptación de la posible ocurrencia; es claro que en la culpa hay un error y, en el dolo eventual hay una aceptación (GÓMEZ, 2001. Pág. 556)

Luego del análisis de las diferentes teorías que marcan el límite entre dolo eventual y culpa con representación, se puede concluir que se diferencian entre sí, por prevalecer en algunas el elemento volitivo y en otras, el intelectual. Por ello, vale resaltar que la toma de decisión por una u otra calificación —dolo eventual o culpa con representación— presenta una extrema dificultad probatoria de casi imposible verificación, pues sólo podrá ventilarse tan ardua incertidumbre con la propia confesión del imputado.

### **3. DIFICULTAD PROBATORIA DEL DOLO EVENTUAL Y CULPA CON REPRESENTACIÓN.**

En materia penal, al abordar las disposiciones generales en la práctica de pruebas se afirma lo siguiente. “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (Código de procedimiento Penal, 2004, artículo 372).

En cuanto a la estrecha relación existente entre el dolo eventual y la culpa con representación el mayor problema se presenta en el campo probatorio, ya que es el juez quien deberá tomar una decisión de acuerdo con las pruebas que “demuestren” las representaciones realizadas por el sujeto al momento de actuar y que den cuenta de aquellos motivos que actuaron sobre su psiquis, obligándole por lo tanto a sumergirse en los más recónditos elementos del pensamiento humano a fin de interpretar y aplicar las leyes.

Sin embargo, del hecho que exista una fuerte dificultad para demostrar la existencia de la representación o de la voluntad, o que se haga difícil señalar si fue el componente volitivo o cognoscitivo el que llevó a la realización de la conducta, no se puede proponer como bien se refiere, que por dicha dificultad probatoria se aplique la pena del delito doloso a los casos culposos.

La representación mental que se exige tanto para el dolo eventual como para la culpa con representación, es un tema que tiene que ver con la Psiquis del autor, lo que conlleva a un análisis especializado para establecer si esas representaciones se dieron o no en el sujeto y si las mismas son representaciones reales del autor, pues como se observa no queda claro por la imposibilidad de demostrar si el sujeto se representó o no el riesgo y cuál fue su decisión al respecto, o dicho de otra forma, si el agente dejó el resultado al azar o confió en poder evitarlo, sin mencionar las deficiencias del ser humano por razones endógenas y exógenas como la edad, las patologías y demás factores que podrían afectar la percepción de las imágenes con las que se representan los hechos antijurídicos.

De otra parte, valdría la pena destacar lo complejo que resultaría para el operador judicial a la hora de establecer si la conducta esgrimida por un conductor que en estado de embriaguez le causa la muerte o lesiones a una o varias personas, sucedió a título de dolo eventual o culpa con representación, pues aunque el funcionario judicial tuviese el apoyo de un experto en el tema de la Psicología para demostrar la intencionalidad en dichas conductas, aun así sería muy complicado por cuanto los jueces poseen un conocimiento medio en dichas áreas con el cual no les es dado entender esas especialidades, razón por la que se ha discutido no solo en la doctrina



sino también en la jurisprudencia acerca del uso de la ciencia y la tecnología en materia probatoria en los procesos; al respecto Michelle Taruffo (2011) expresa que:

(...) estas consideraciones nos conducen a observar que el recurso de la ciencia puede ser útil tanto en el ámbito del proceso civil como el ámbito del proceso penal, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas, e incluso provoca una serie de cuestiones y de dificultades que debemos considerar con atención. (Taruffo, 2011).

Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de concreta incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse, a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado, la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y controlar la discrecionalidad del juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atendibilidad y de utilidad probatoria.

Sin embargo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la intima conviction irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades nos llevan a la conclusión de que:

Necesitamos modelos conceptuales y lógicos particularmente complejos, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema de la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto de la ciencia en los diferentes contextos procesales. (Taruffo, 2011).

Así mismo, en lo que respecta a la apreciación de la prueba pericial por el juez, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, establece que para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos artísticos en que se apoya el perito.

En este orden de ideas, cómo haría entonces el juez haciendo uso de la sana critica para

establecer si la representación mental del autor de una conducta relacionada con los accidentes de tránsito en estado de embriaguez, estaba dirigida a la obtención del resultado o si por el contrario lo previo en grado de probabilidad o si confió en poder evitarlo; y finalmente determinar si se da el dolo eventual o culpa con representación.

Lo anterior deja concluir que es un gran problema que un juez haciendo uso de la íntima convicción tome decisiones que a la postre viole derechos fundamentales basado en meras convicciones.

En este entendido vale resaltar que la toma de decisión por una u otra calificación —dolo eventual o culpa con representación— va a llevar una extrema dificultad probatoria de casi imposible verificación, pues sólo podrá ventilarse tan ardua incertidumbre con la propia confesión del imputado.

### 3.1. Fracaso del Dolo Eventual

Una vez hecho el estudio se establece que el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación, sigue aun siendo muy complejo y de difícil entendimiento, no solo para los operadores judiciales, sino además para los abogados e incluso académicos; por lo cual se hace necesario tomar medidas jurídicas que coadyuven al restablecimiento de la justicia en los delitos en accidentes de tránsito bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes.

Las razones por las cuales el dolo eventual no debe ser una modalidad de dolo aplicable en accidentes de tránsito son varias, y en su lugar debe el Código Penal reglamentar en el sentido de establecer de manera clara y específica las conductas punibles a título de dolo eventual. Algunas de las razones se traducen en:

La existencia de una falta de normatividad específica, en el Código Penal Colombiano que prescriba con exactitud las circunstancias de las conductas del delito imprudente, en las cuales se

está ante una culpa con representación o dolo eventual, como por ejemplo en la forma que lo redacta la norma Penal Argentina que en su artículo 84 señala:

Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

En esta norma se advierten dos clases de agravantes, ya sea por el resultado o por el medio empleado. En el primer caso, se establece que el mínimo de la pena se le elevará a dos años “si fueren más de una las víctimas fatales”, o sea que a la conducta típica básica de matar en forma imprudente o negligente se le suma un plus: el número de víctimas fatales”; en el segundo caso se señala que la pena se aumentará cuando se presente “conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor”, es decir, se agrava por el medio empleado para la comisión de la misma.

Por otra parte, la imposibilidad de demostrar, desde el punto de vista probatorio, la certeza de la representación de la conducta antijurídica por parte del presunto autor de una infracción penal, en normas de tránsito, para establecer si se aceptó el resultado y se dejó su no producción al azar (Dolo eventual) o confió en poder evitarlo (Culpa con representación), por cuanto es más del resorte de un psicólogo jurídico que de un investigador judicial, generando ambigüedades que desdican del convencimiento más allá de toda duda que exige la norma penal de nuestro país.

Existe además, dificultad en ubicar la culpabilidad del agente infractor en las conductas del delito imprudente, ya que mientras algunos doctrinantes se acogen a la teoría del riesgo permitido, propio de una imputación objetiva; otros por ejemplo, se alinean en el campo del causalismo, ubicando la culpa y el dolo en la culpabilidad, lo cual genera un gran problema a la hora de establecer la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, por cuanto en ambas se representa el hecho antijurídico y la probabilidad de un presunto resultado con la diferencia que mientras uno lo deja librado al azar (Dolo eventual) el otro cree poder evitarlo

(Culpa con representación), cosa que no es fácil establecer; de otra parte se desconoce uno de los principios de las normas rectoras del código penal, como lo es el indubio pro reo.

La representación mental que se exige tanto para el dolo eventual como para la culpa con representación, es un tema que tiene que ver con la Psiquis del autor, lo que conlleva a un análisis especializado para establecer si esas representaciones se dieron o no en el sujeto y si las mismas son representaciones reales del autor, pues como queda demostrado no queda claro por la imposibilidad de demostrar si el sujeto se representó o no el riesgo y cuál fue el mismo, o mejor dicho el alcance del mismo al igual si dejó el resultado al azar o confió en poder evitarlo, sin mencionar las deficiencias del ser humano por la edad, patologías y demás factores externos e internos que podrían afectar la percepción de las imágenes con las que se representan los hechos antijurídicos.

### 3.2. Razones para Decidir Culpa con Representación

Al hacer un examen riguroso se concluye que en la mayoría de los casos de accidentes de tránsito donde haya lesionado o muertos se debe endilgar al autor la responsabilidad a título de culpa con representación, toda vez que la acción en el dolo eventual, se desprende de una acción inicial concreta de dolo directo. La acción de la culpa con representación, surge de una calificada imprudencia directa por haberse previsto en forma abstracta un posible daño.

La probabilidad del daño antijurídico en el dolo eventual es concreta, deseada y con marcada intención. La probabilidad del daño en la culpa con representación es abstracta y no deseada.

En el dolo eventual, el autor se representa, quiere el resultado y nunca busca evitarlo; lo deja librado al azar. En la culpa con representación, el autor no quiere el resultado, e inspirado en la confianza cree poder evitarlo.

En el dolo eventual, lo cognitivo y volitivo son concurrentes, pero el consentimiento delictivo se encuentra condicionado a situaciones ajenas a su voluntad criminal. En la culpa con

representación, lo que predomina es la voluntad para la infracción al deber objetivo de cuidado con probabilidad de causar un daño.

Quien actúa con voluntad de evitación del resultado, entonces se encontraría ante la observancia del deber objetivo de cuidado y no ante la infracción misma, mientras que quien actúa con la confianza de evitación racional, incurre en una culpa sin representación.

#### **4. DESARROLLO DEL DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

En Colombia se ha definido y consagrado de manera expresa el dolo, así como cada una de sus variables, consagración expresa que obliga a que toda definición del mismo se haga de conformidad con lo que ha sido legalmente dispuesto. Es así que, en el Código Penal se ha señalado el dolo desde la perspectiva trazada en su artículo 22, en el cual se indica:

**Art 22. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

En este artículo se consagra el dolo eventual bajo la formula “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, formula a partir de la cual puede observarse una gran diferencia en relación con lo dispuesto en el Código Penal del 80, que en su artículo 36 permitía deducir el dolo eventual bajo la figura de “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización; lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”.

De una simple lectura de lo señalado en el código penal del 80 y lo estipulado en el actual libro de las penas, es posible detectar el giro dogmático en relación con el dolo eventual, es así que con el cambio de la expresión “previéndola al menos como posible” por el de “prevista como probable” el legislador señala el apego a una determinada teoría del dolo eventual, como lo

es la teoría de la probabilidad y el abandono de la teoría de la voluntad. Por lo menos, así lo permite ver la jurisprudencia, ya que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha señalado que:

El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto confía en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo. (C.S.J, Sala Penal, S- 20860, 2004. P. 17)

El giro dogmático que en relación con el dolo eventual dio el legislador, también se refleja en el desarrollo de la jurisprudencia, es así que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 9032 del 12 de octubre de 1995, con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda afirma que:

A diferencia de la culpa con representación bajo la cual considera el actor el riesgo de los bienes tutelados, que no quiere ni acepta producir, pero infructuosamente pretende evitar, en el dolo eventual la representación del resultado punible no se acompaña de una actividad encaminada a eludirlo, sino que se asume y acepta como alternativa posible. (C.S.J, Sala Penal, C-9032, 1995. P. 15)

Indicando además que “su adecuación cabía bajo la descripción del dolo que entraña el artículo 36 del Código Penal, según el cual se tiene que esta forma de culpabilidad se da no solamente cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, sino que también “cuando la acepta previéndola al menos como posible”(C.S.J, Sala Penal, C-9032, 1995. P. 16). Es esta una línea jurisprudencial que se manifiesta acorde con la teoría de la voluntad o del consentimiento y que se mantendría invariable, distinguiendo siempre el dolo eventual de la culpa con representación a partir del elemento volitivo

Aunque las dos formas de culpabilidad en comentario guardan tan gran similitud, es de recordarse que en el **dolo eventual** el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la **culpa consciente**, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese

tipo penal -por ello se la conoce también como culpa con representación-, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él” (C.S.J, Sala Penal, C-9196, 1996. P. 16, M.P. Dídimo Páez Velandía).

Como se ha indicado fue esta la línea jurisprudencial que se siguió en vigencia del Código Penal del 80 con la consecuente aceptación de la teoría de la voluntad o el consentimiento en cuanto a lo que tiene que ver con el dolo eventual; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Penal del 2000, se da un giro copernicano en lo atinente a esta materia y así lo reconoce la Corte cuando afirma:

Indudablemente, en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del **consentimiento**, (emplea la expresión “**la acepta**, previéndola como posible”) en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.

El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la **probabilidad**, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto **confía** en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo. (C.S.J, Sala Penal, C-20860, 2004. P. 63, M.P. Germán Galán).

En el nuevo texto penal queda claro que lo representado por el sujeto no es lo posible, tal como lo indicaba el Código del 1980, en el que se entendía como tal aquello que era real, objetivo, necesario; lo que ahora se representa es aquello que es probable, que es de índole gnoseológico, subjetivo, referido a acontecimientos. En desarrollo de esta postura la Corte integró un elemento volitivo a tener en cuenta en la determinación del dolo eventual, así lo señala la Corte en sentencia 20373 de 2004 del M.P. Yesid Ramírez Bastidas, quien refiere que el dolo eventual “se configura cuando el sujeto se representa una probabilidad concreta de realizar una conducta punible que no hace parte de su propósito criminal y que, sin embargo, integra a su voluntad al no intentar evitarla y dejar su no producción librada a la suerte”(p.14).

Resulta claro el giro que en cuanto a la teoría del dolo eventual se ha producido en el ordenamiento colombiano, ya que en el código de 1980 se había acogido bajo la llamada teoría estricta del consentimiento, esto por cuanto en dicho ordenamiento se empleaba la expresión “la acepta, previéndola como posible”, expresión que hace énfasis en el factor volitivo del autor que acepta o aprueba la realización del tipo ya que cuenta con el acaecimiento del resultado; sin embargo, esta teoría en vigencia del código de 2000 se abandona a fin de la denominada teoría de la probabilidad, en la que prevalente el factor cognitivo, en esta teoría el dolo eventual surge por cuanto el sujeto está conforme con la realización del injusto típico ya que a pesar de representárselo como probable, nada hace por evitarlo.

Ahora bien, con el desarrollo de estas dos líneas jurisprudencias tanto el legislador como la jurisprudencia intentan dar respuesta al qué hacer cuando se está en presencia de aquellos casos límite, casos que por su marcada importancia y ante la presión ejercida por la sociedad requieren una respuesta de política criminal del Estado. Siendo así el desarrollo jurisprudencial parece privilegiar el empleo del dolo eventual cuando se está en presencia de casos límites, más aun cuando se está frente a hechos cuya peligrosidad y cuyos resultados son de tal tenor que pareciera que solo han podido ser realizadas bajo la figura del dolo eventual.

Y es esto precisamente lo que ocurre cuando se trata de definir la responsabilidad en accidentes de tránsito en los cuales se tiene como responsable a una persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol, en este tipo de accidentalidad se ha pretendido hacer uso del dolo eventual como una forma de respuesta a la presión ejercida por los medios y la sociedad, orientando este tipo de imputación más como un efecto que responde a lo que se ha conocido como el populismo punitivo y menos a la observación del cumplimiento de los elementos dogmáticos necesarios para la determinación de esta responsabilidad.

De las diversas sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia es posible identificar el cambio de postura frente a la adopción de una u otra de las teorías en relación con el dolo eventual cuando se trata de homicidios ocurridos en ocasión de accidentes de tránsito, así mismo y a partir de dos sentencias específicas será posible señalar como aun frente a conductas punibles ocurridas en similares condiciones, desde el punto de vista del realizador, pero en las



cuales se partió de concepciones distintas del dolo, se termina optando por la imputación a título de dolo eventual.

Es así como en sentencia 14355 del 17 de agosto de 2000 con ponencia del Magistrado Jorge Aníbal Gómez, se resuelve en relación con los hechos

Ocurridos en la madrugada del día 15 de diciembre de 1994, fecha en la cual el señor José de Jesús Pintor Cruz conducía a exceso de velocidad el bus ejecutivo de placas SFF 463, por la troncal Caracas de esta ciudad y en dirección al barrio Monteblanco –sentido norte-sur-, cuando en la intersección con la calle 27 sur, a pesar de que el semáforo estaba en rojo, continuó apresuradamente la marcha y atropelló entonces la motocicleta maniobrada por el señor Jorge Ladino Sanabria, quien murió cuando gravemente herido era trasladado a un centro asistencial. El conductor del autobús se propuso alejarse del lugar, más adelante hizo evacuar a los pasajeros, pero gracias a la interposición solidaria de algunos taxistas, aquél fue capturado por la policía y se determinó posteriormente que en la ocasión estaba bajo los efectos de la embriaguez producida por el alcohol y la marihuana. (p. 5)

Debe tenerse en cuenta que el conductor que ocasionó este accidente de tránsito señor José de Jesús Pinto, en fecha no muy lejana había protagonizado un evento similar cuando siendo aproximadamente las 09:00 horas del día 29 de mayo de 1994

Transitaba por la avenida 30 de esta ciudad, en sentido sur-norte, y en el cruce de la avenida 6ª, debido al exceso de la velocidad imprimida a dicho automotor y la violación de la luz roja del respectivo semáforo, se produjo una colisión con el campero Mitsubishi de placas BBB 426, conducido por el joven YESID RINCÓN ZÁRATE, que se desplazaba en dirección occidente-oriente y en el cual viajaban como pasajeros la señora LUZ MERY LINARES BOLAÑOS y el menor LEONEL ESNEIDER GARZÓN LINARES, quienes resultaron lesionados. Además, a raíz del impacto, el señor LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ MERCHÁN, pasajero del autobús, salió despedido por el vidrio panorámico, se estrelló contra el pavimento y seguidamente fue arrollado por el mismo vehículo, trance en el cual sufrió el traumatismo múltiple que se convirtió en causa eficiente de su deceso. (C.S.J, Sala Penal, C-14355, 2000. P. 2, M.P. Jorge Aníbal Gómez).

De la ocurrencia de los dos accidentes en un periodo tan corto de tiempo, la violación de las normas de tránsito, el intento de huida del lugar donde ocurrió el incidente y la intoxicación previa que existía, la Corte determinó que esta actuación fue realizada bajo la figura del dolo eventual, para lo cual argumenta que “no sólo nutre el conocimiento de un resultado antijurídico de gran probabilidad sino que también impulsa la voluntad, pues el actuar reiterado en tan lamentables condiciones, también sería evidencia de la desconsideración, el desprecio y la falta de respeto hacia la vida y la integridad de los demás”(p.31). La Corte fundamenta su decisión en elementos que son propios de una concepción volitiva del consentimiento del dolo eventual, ya que emplea todos los datos de la experiencia del sujeto, como lo son la ocurrencia de un hecho catastrófico anterior o el que no haya detenido su vehículo e intentara huir del lugar, para con ellos conformar su voluntad.

Finalmente la Corte decide, bajo una supuesta teoría volitiva de corte ontológico, dar respuesta a este caso fundamentándose para ello en el conocimiento que tenía el sujeto de los hechos anteriores y en su voluntad como elementos constitutivos del dolo, lo que sin embargo nos lleva a un verdadero problema, ya que, tras la aceptación de una teoría de corte volitivo, se conforma la voluntad del individuo a partir de sus conocimientos; es decir, de factores cognitivos.

Ya se ha indicado que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la Corte toma partido por la teoría de la representación, señala la Corte que “el código de 2000, en cambio, abandona esa filiación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual.... el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representarlo como probable, nada hace para evitarlo” (C.S.J. Sala Penal, C- 20860, 2004). Precizando de esta forma que se debe cumplir con unos ciertos elementos; por un lado, que “la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho”; que “la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto” y por último, que se dé la existencia de un componente volitivo en relación con el dejar librado al

azar, lo que implica “que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado” (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 38, M.P. José Leónidas Bustos).

En la sentencia 32964 de fecha 25 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. José Leónidas Bustos, nuevamente se puede evidenciar el cambio de postura de la corte en relación con el dolo eventual, dicha sentencia hace referencia a hechos ocurridos

En la noche del miércoles 22 de agosto de 2007, **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón**, piloto de profesión con 24 años de edad en ese entonces, asistió a una fiesta en la calle 145 A #21-71 de Bogotá, lugar de residencia de TATIANA PEÑA GUTIÉRREZ, quien celebraba su cumpleaños, a donde llegó entre las 10 y las 11 de la noche en la camioneta Toyota Prado gris, identificada con las placas BYG 321, lugar en el cual permaneció hasta las cuatro de la madrugada ingiriendo licor en considerable cantidad.

Ya en el parqueadero donde había dejado estacionado su vehículo, fumó un cigarrillo de marihuana y hecho lo anterior emprendió su camino tomando la avenida 19, en sentido norte- sur, sucediendo que a la altura de la calle 116, la cual atravesó con exceso de velocidad, sin obedecer la luz roja del semáforo que le imponía detener la marcha, y sin realizar maniobra alguna para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, colisionó de manera violenta con la camioneta Nissan de placas CFQ 393 que se desplazaba a 72 velocidad reglamentaria en dirección occidente- oriente por la referida calle 116, arrastrándola por varios metros, al punto de derrumbar tres postes ubicados sobre el separador y causar la muerte instantánea de sus ocupantes, señores Ricardo Alejandro Patiño y José Lizardo Aristizábal Valencia”. (p. 2)

Estamos, por lo tanto, frente a un trágico hecho ocurrido a consecuencia de un accidente de tránsito, conducta punible ocurrida en circunstancias similares a las ya analizadas desde el punto de vista del realizador, pero en la cual a pesar de partir de unas concepciones distintas del dolo, se termina optando de igual manera, por la imputación a título de dolo eventual. Para entender esto se debe tener en cuenta lo ya ha indicado por la Corte en cuanto a la probabilidad de producción del resultado, en los que se destacan aspectos como:

Que la probabilidad de realización del tipo debe darse en el plano de lo concreto y no de lo abstracto, se materializa en las características objetivas del riesgo generado que son las que en última instancia determinan la representación del peligro para los bienes jurídicos, siendo así, si los riesgos se mantienen en un nivel menor que apenas supera los permitidos, la probabilidad de producción se mantiene en el plano de lo abstracto, mientras que si los riesgos se dan en un grado mayor el conocimiento de probabilidad de producción pasa al plano de lo concreto, cuando el peligro, los riesgos se mantienen en un nivel abstracto podríamos estar ante la culpa con representación, pero cuando el nivel de riesgo pasa al plano concreto estamos ante el dolo eventual. (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 55, M.P. José Leónidas Bustos).

Una vez señalada la forma en la cual la probabilidad de producción se da en el plano de lo concreto, se debe indicar la manera en que se configura en el sujeto la representación como probable de la producción del resultado antijurídico y para ello, la corte acude tanto a las características personales y particulares del acusado, como a las circunstancias fácticas que se dieron durante el trágico suceso. “múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado tenía conocimiento amplio de los riesgos que implica conducir bajo los efectos del alcohol, o de sustancias estupefacientes, o con desbordamiento de las velocidades reglamentariamente permitidas, y que podía discernir, en el plano de lo abstracto, sobre peligros inherentes a estos comportamientos.” (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 57, M.P. José Leónidas Bustos).

Señala la corte que existen *i)* un especial formación que tenía el acusado en su condición de conductor de vehículos automotores y de piloto de aviones comerciales, situación especial por la que tenía prohibido la ingesta de alcohol y aun más de sustancias estupefacientes, indica la existencia de constantes controles policiales y de sanciones dirigidas a prevenir la conducción bajo el efecto de bebidas y sustancias embriagantes. *ii)* existen unos factores de riesgo con los que se determina la concreta probabilidad de producción del resultado típico como lo es que el sujeto se encontrara bajo el efecto de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes, que estuvo cerca de colisionar con otro vehículo, que realizo un cruce en una intersección vial a pesar de encontrarse el semáforo en rojo, etc. Para la corte la representación como probable de la producción del resultado punible se configura en el sujeto a través de la combinación tanto de

elementos cognitivos como lo son aquellos conocimientos personales que previamente poseía, como de las condiciones empíricas que se presentaron antes y durante la ocurrencia de los hechos.

El último de los elementos a través de los cuales se determina el dolo eventual, es un aspecto de carácter volitivo relacionado con el dejar librado al azar la producción del resultado, siendo así “si sumado a ello decide actuar, como lo hizo en el presente caso el procesado, sin realizar ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación, la conclusión que emerge nítida es que dejó la no producción del resultado al zar y que actuó por tanto con voluntad dolosa (aspecto volitivo)” (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 59, M.P. José Leónidas Bustos). Indica la corte que para el caso en análisis, el haberse saltado la luz roja del semáforo “la cual no es un simple llamado a detenerse, vacío de contenido. Es una ADVERTENCIA del peligro concreto que conlleva su inobservancia” (P.59) constituyendo una concreta representación del riesgo, la cual determina una decisión de actuar a pesar de la advertencia de detenerse.

Finalmente, a partir de los tres elementos señalados *i)* La probabilidad de realización del tipo que debe darse en el plano de lo concreto, *ii)* La representación el sujeto como probable de la producción del resultado antijurídico y *iii)* El dejar librado al azar la producción del resultado, es que en este caso concreto la corte construyó el argumento a partir del cual se imputo responsabilidad desde el dolo eventual.

Del análisis de estas sentencias, resulta claro que aun con la adopción de teorías totalmente opuestas en relación con el dolo eventual, la conclusión a la que la Corte acude termina siendo la misma, la adopción del dolo eventual, esta es una discusión que no termina del todo saldada y que no es para nada pacífica, como se hace aún más evidente en los consecuentes salvamentos de voto de los magistrados Javier Zapata Ortiz y Sigifredo Espinosa Pérez.

En su salvamento de voto y refiriéndose al componente cognitivo de la teoría de la probabilidad, la cual fuere adoptada por la Corte, señala el Magistrado Espinosa que “el conocimiento es un lugar común de la culpa consciente y el dolo eventual”, por lo cual resulta imposible tomar este elemento como fundamento para la determinación del dolo eventual,

indicando además que la diferencia que se plantea en relación con el dolo del artículo 22 del C.P y la culpa señalada en el 23 del mismo ordenamiento en cuanto a que en el dolo la persona en relación con la realización de la conducta “la deja librada al azar” , mientras que en la culpa “confía” en poder evitarla. Para este magistrado confiar y dejar librado al azar no son conceptos objetivos u objetivables, por lo que para el caso en análisis “imposible resulta determinar en la práctica, si la persona siguió conduciendo el vehículo a alta velocidad y pasando el semáforo en rojo, porque en su ser interior esperaba que no se produjese ningún resultado, o porque éste, finalmente, poco le importa” (p.68)

Continúa el magistrado Espinosa con el análisis de concepto de evitación o evitabilidad introducido por la Corte para dar sustentar su decisión, es así que, el “querer” del sujeto en la realización de la conducta se representa en el “dejar librado al azar” y que se da como consecuencia de la no realización de maniobra alguna encaminada a impedir el resultado previamente representado.

Con la introducción del concepto de evitación o falta de maniobras de evitación, la Corte introduce un concepto finalístico que fuera desarrollado por Kaufmann, pero que Roxin observa más como un indicio que como una verdadera teoría para la determinación del dolo eventual.

Pero con el criterio de Kaufmann no se consigue más que un indicio (refutable). Pues, por un lado, la negligencia o ligereza humana tiende con no poca frecuencia a confiar en la propia buena estrella también sin aplicar especiales medidas de precaución (¡piénsese en el caso en el que se tira la colilla del cigarrillo al rojo en un paraje con peligro de incendio!); y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito y continua actuando a pesar de ello” (Roxin, 1997, p. 436)

Es así que la culpa del artículo 23 del código de la penas incluye el ingrediente normativo de la confianza en la evitación de resultado, confianza que no implica una acción específica, el no actuar por sí mismo puede señalar la confianza absoluta en la no producción del resultado. Por lo tanto, el concepto introducido por la Corte a fin de afirmar su toma de posición en relación con el dolo eventual, sirve de igual manera para la determinación de la culpa con representación.

Por su parte el magistrado Javier Zapata Ortiz, presenta otros argumentos en contra de la decisión tomada por la Corte, en su salvamento de voto hace referencia a las condiciones especiales del acusado y de las circunstancias específicas en las cuales se dieron los hechos, señalando que, el hecho de ser piloto de avión comercial, ser conocedor de los efectos del consumo de alcohol, tener un alto número de comparendos impuestos o actuar de manera calmada una vez ocurridos los hechos, no son circunstancias suficientes que permitan establecer el dolo en la conducta. El magistrado Zapata se vale de dos máximas de la experiencia “Siempre o casi siempre los choques entre vehículos automotores tienen ocurrencia en razón de la imprudencia de los conductores” y “Siempre o casi siempre los conductores de vehículos, aunque se encuentren embriagados con alcohol y/o estupefacientes, no persiguen causarse lesiones o la muerte”, para señalar que es tal la fuerza de estas máximas que “La práctica judicial no es determinante del precepto sino lo refleja. Por ello, ocurre que usualmente los hechos sucedidos en accidentes de tránsito se imputan subjetivamente a título de culpa” (p.100).

Siendo claro para el Dr. Zapata que son estas

Dos reglas seguras a partir de las cuales se puede establecer si los resultados lesivos de la vida o la integridad personal en un accidente de tránsito, le son imputables a su autor a título de culpa o dolo eventual. Se dirá, apelando a ellas, que habrá imprudencia en todos los eventos en los cuales no exista elemento de juicio que las desvirtúe. Es decir, en la casi totalidad de casos si se toma en cuenta el conocimiento empírico, lo cual significa que la atribución de dolo quedará así limitada a sucesos absolutamente excepcionales como, por ejemplo, de conductores suicidas–homicidas y atentados terroristas suicidas en vehículo automotor”(C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 101, M.P. José Leónidas Bustos).

Las críticas realizadas por estos dos magistrados en sus correspondientes salvamentos de voto, se encuentran finalmente dirigidas a la asunción de conceptos finalistas que no son más que indicios que pueden servir al momento de determinar la responsabilidad del sujeto, pero que de manera alguna pueden ser tomadas como teorías que den respuesta definitiva al debate. E igualmente se establece para estos juristas, que la Corte decidió optar por la construcción de una concepción de Corte funcionalista a fin de dar respuesta a la presión ejercida por los medios de comunicación y la sociedad como a la necesidad real de reducir el número de homicidios y

lesiones personales generados por conductas ocasionadas por conductores bajo el efecto de bebidas embriagantes o bajo el efecto de sustancias estupefacientes.

En el desarrollo jurisprudencial se ha presentado por parte de la Corte una tendencia oscilante entre la teoría de la representación y la teoría del consentimiento, lo que lleva a que en las decisiones que al respecto se toman se mezclen conceptos pertenecientes tanto a una como a otra teoría, a fin de justificar la decisión tomada la cual responde a una necesidad de política criminal de punir como dolosos hechos que debido a su gravedad o connotaciones publicas parecieran así requerirlo

## **5. HACIA LA ELIMINACIÓN DEL DOLO EVENTUAL**

La imputación subjetiva a título de dolo eventual en aquellos hechos punibles ocurridos con ocasión de accidente de tránsito y cuyo sujeto activo se encuentre bajo los efectos de bebidas alcohólicas debiera ser eliminada de la práctica de los operadores de justicia y esto es así, por cuanto el término mismo de dolo eventual es reconocido por gran parte de la doctrina como incorrecto, ya que el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es “eventual”, sino por el contrario incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo. Únicamente la producción del resultado, y no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas.

En la culpa con representación, el sujeto al realizar la acción, es consciente del peligro de la misma y del posible desenlace, pero no acepta su resultado sino que por el contrario, confía en que mediante sus habilidades personales podrá evitarlo. Por supuesto, que será reprochable su actitud negligente pero el reproche deberá ser más atenuado.

La figura del dolo eventual resulta ser una creación de carácter dogmático, cuya discusión está lejos de saldarse, menos aún la definición de la línea determinadora de la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación, creación dogmática que no cuenta con un correlato



claro en la práctica del derecho penal, por lo que siguiendo las palabras del Dr. Sigrifredo Espinoza “cuando los hechos asoman graves y como especie de rumor magnificado por los medios, la comunidad clama por resultados, la tentación justiciera parece inevitable” (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 63, M.P. José Leónidas Bustos) acudiéndose por lo tanto a la imputación en términos de dolo eventual.

Como ya se vió, la Corte construye el argumento a favor del dolo eventual en la representación que de la probabilidad de producción del resultado lesivo se debe dar en el sujeto, aspecto de carácter cognitivo, que se debe situar siempre en el plano de lo concreto para que la conducta pueda llegar a imputarse a título de dolo eventual y que de llegar a darse el caso en que el conocimiento de la probabilidad de producción se queda en el campo de lo puramente abstracto, la imputación deberá realizarse a título de culpa. Es decir que para la Corte el nivel de representación que los riesgos asumidos por el sujeto produzcan en él, bien sean de mayor o menor riesgo, son los que determina el dolo eventual o la culpa con representación. Siendo así, como establecer en cada caso concreto, si los riesgos asumidos por el sujeto fueron mayores o menores y si la representación que de los mismos realizó se situó en el campo de lo abstracto o de lo concreto.

Puede partirse de la premisa según la cual una persona con una formación promedio y pleno conocimiento de las normas de tránsito, al tomar el volante bajo los efectos del alcohol se representa un alto grado la probabilidad de ocurrencia de un hecho punible, como las lesiones personales o la muerte, situándose por lo tanto en el plano de lo concreto, sin embargo, también es cierto que esa misma persona, frente a la misma conducta, podría situarse en otro grado de representación del riesgo; por ejemplo, al haber conducido en anteriores oportunidades bajo los efectos del alcohol sin que se produjera daño a bien jurídico alguno, situación en la cual al tomar el volante se represente en menor grado la probabilidad de producción del hecho punible; es decir, situándose en el plano de lo puramente abstracto.

Resulta, por lo tanto, imposible determinar la peligrosidad de la conducta a partir de factores tan ambiguos como el del mayor o menor nivel de riesgos representado en el sujeto, no resulta para nada claro el por qué emplear esta fórmula para la determinación del dolo eventual, menos

aún el empleo que de este título de la responsabilidad penal se hace por parte de los operadores de justicia, peor aun si se tiene en cuenta que cuando se está transitando por un camino tan oscuro como el que separa el dolo eventual de la culpa con representación, no se puede pretender llenar los vacíos de la ley imputando el grado de responsabilidad mayor, el cual va en contra del interés del imputado; por lo tanto, en estos casos límite, como se les ha llamado, debería optarse por el mayor respeto a las garantías del procesado acudiéndose a la imputación subjetiva de la responsabilidad que resultare menos afrentosa al procesado, como lo es la culpa, con representación.

El dolo eventual es una creación dogmática en perjuicio del imputado, porque más allá de las posiciones doctrinarias, y ya se ha advertido que cuando aparece algún hecho con repercusión pública, generalmente los jueces se ven tentados a recurrir al dolo eventual, en tanto el tipo culposo no cumple con la función de la pena en cuanto a la prevención general positiva fundamentadora o limitadora.

Es evidente que el cambio de postura de la Corte y el uso de la imputación a título de dolo eventual por parte de los operadores de justicia corresponde más a unas exigencias de política criminal, la cual desea dar respuesta al clamor de la sociedad y a la necesidad real de reducir el número de lesionados y muertos a causa de sucesos producidos en ocasión de la conducción de vehículos automotores bajo el efecto de bebidas embriagantes, y esto es así ya que este tipo de conductas despierta un fuerte clamor social, ya que sin lugar a dudas las tragedias que se presentan en las vías y carreteras con ocasión de este tipo de conductas desatan en la comunidad fuertes sentimientos de carácter emotivo, así como la exigencia de sentencias ejemplarizantes, sin embargo, este clamor de la sociedad, no puede llevarnos al desconocimiento de la dogmática penal, a punto de llevarnos a considerar como dolosas conductas que por reprochables que resulten, no van más allá de la culpa o culpa con representación.

De manera afortunada ha señalado el Dr. Zapata:

La existencia del dolo eventual, en hechos asociados al tránsito de vehículos, jamás puede determinarse por el tamaño de la imprudencia ni por la magnificación del resultado y es deber del Juez, en esa medida, resistirse a la tentación de emplear la figura –con transgresión del principio

de legalidad— para franquear los límites de la tipicidad culposa y castigar con dureza en casos especialmente graves, como el del proceso. (C.S.J, Sala Penal, C-32964, 2010. P. 105, M.P. José Leónidas Bustos)

Ahora bien, a pesar del uso que de manera funcional se ha hecho del dolo eventual a fin de evitar o reducir el número de lesionados o muertos en este tipo de sucesos, no pareciera que se esté cumpliendo con el objetivo, toda vez que y pese a la constante imputación que se ha hecho de esta figura, el número de episodios trágicos pareciera aumentar; por lo tanto, la respuesta a esta necesidad podría estar situada en otra parte. Una respuesta a esta necesidad y con la cual se puede evitar dar ese salto de lo culposo a lo doloso, podría ser el aumento de las penas en los delitos culposos, estableciendo una importante graduación entre el mínimo y el máximo, de modo tal que si el resultado ha sido de gravedad extrema, el juez se vea con la libertad suficiente para imponer una pena que cumpla con la prevención general positiva.

Finalmente y con la puesta en vigencia de la Ley 1696 de 2013, se evidenció que el uso forzado que del dolo eventual en este tipo de sucesos se daba por parte de los fiscales y jueces de la república, aun forzando al máximo la dogmática penal, no era la respuesta necesaria para la reducción de este tipo de tragedias, es así que, con la implementación de fuertes sanciones de carácter policivo y administrativo se ha reducido el número de casos de conductores ebrios, situación está que invita a reflexionar en torno al carácter mínimo que debe tener el derecho penal y a la nefasta presencia del populismo punitivo como respuesta a los problemas que aquejan la sociedad.

Como bien indico el Dr. Sigifredo Espinosa

Llegará el día, espero, en que reposados los ánimos y vistas las enormes consecuencias de lo que ahora se postula por mayoría, la Sala recoja su criterio para que las aguas retornen a su cauce, pues, para finalizar, por mucho que se afine la retórica o se apele a teorías doctrinarias en ocasiones incompatibles entre sí, la culpa es culpa y el dolo es dolo”. (P.81)

## **6. CONSECUENCIA PROCESALES DEL DOLO Y LA CULPA**

Una vez señaladas las diferencias que en términos dogmáticos se presentan entre el dolo eventual y la culpa con representación, se abordará el estudio de los efectos que en términos de punibilidad se presenta tras la imputación de una conducta en una u otra de estas modalidades de la culpa, así como de las consecuencias procesales de dicha imputación.

A fin de abordar este tema se seguirá a manera de ejemplo la imputación frente a un homicidio en accidente de tránsito.

Lo primero será señalar que en el código de las penas Ley 599 del 2000, se establecen las modalidades de la conducta punible, así en su artículo 21 y siguientes se señala:

Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja libre al azar.

Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiendo previsto confió en poder evitarlo.

De estas disposiciones se hace evidente que la imputación de una conducta a título de culpa solo es posible en aquellos casos en los cuales la misma se encuentre expresamente señalada en la ley, tal es el caso de la conducta punible de homicidio, es así que en el Capítulo II del libro de las penas, Artículo 103, se tipifica el delito de homicidio.

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

Señalándose en el artículo 109 la modalidad de esta conducta a título de culpa

Artículo 109. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Del simple análisis de estas dos modalidades de la culpabilidad señaladas para el homicidio, resulta más que clara las consecuencias que en términos de punibilidad presentan estos dos tipos penales; por una parte, la pena contemplada para el homicidio doloso, varía entre los 17.3 a 37 años de prisión, mientras que la misma conducta en su modalidad culposa implica una pena de prisión que va de 2.6 a 9 años, pena que se acompaña de una sanción pecuniaria de 150 SMLMV, la cual no se considera en el homicidio doloso.

Si bien el ordenamiento penal colombiano reconoce la existencia de estas dos modalidades del homicidio, debe señalarse que los homicidios ocurridos en atención a la ocurrencia de accidentes de tránsito han venido siendo atendidos en Colombia como conductas culposas por cuanto se considera que cumplen con los elementos señalados por el artículo 23 del código penal al cual se vinculan varios aspectos:

La violación del deber objetivo de cuidado, la previsibilidad y, finalmente, la evitabilidad, todos ellos unidos por la existencia de un resultado que se identifica con una descripción típica: la violación del deber objetivo de cuidado, más el no haber previsto el resultado siendo previsible o violación del deber de cuidado, más la no evitación del resultado dañino, habiendo podido evitarlo. (Espinoza y Sepúlveda, 2002, P.17)

Es así que, una conducta para que sea culposa, como es el caso de los homicidios en accidentes de tránsito debe contar con los elementos propios de la culpa como i) la voluntariedad, esto que la acción u omisión que el sujeto realiza, sea voluntaria. ii) la involuntariedad del hecho, es decir la falta de intención o voluntad en el resultado obtenido y es que precisamente es la intención la que caracteriza al dolo, por lo que la ausencia de la misma constituye la culpa. iii) que el resultado no querido se verifique por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamento u órdenes.

Si los homicidios ocasionados en accidentes de tránsito cumplen con los elementos que el artículo 23 del Código de las Penas establece como los propios de las conductas culposas, resulta por lo mismo exagerado tomar estos homicidios como dolosos, no solo por cuanto la misma ley ha permitido valorar este lamentable resultado como fruto de una conducta negligente o de impericia, el cual se aleja del deseo doloso de ocasionar la muerte a otra persona, sino además por que la consideración a título de dolo de estos homicidios acarrea para el sujeto activo de la conducta aún mayores consecuencias en términos de punibilidad tal y como ya se ha indicado.

Sin embargo y en consideración al alto número de accidentes de tránsito en los cuales se ven involucrados conductores bajo el influjo de bebidas embriagantes u otras sustancias y que arrojan como resultado el homicidio, es que el legislador ha venido estableciendo una mayor carga punitiva para esta conducta.

Por ello, se han establecido en el artículo 110 del Código Penal las Circunstancias de Agravación Punitiva para el homicidio culposo, teniéndose que la pena se aumentara si “al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.” Igualmente con el artículo 2 de la Ley 1696 de 2013 se incorpora una nueva circunstancia de agravación punitiva en la cual se indica que “si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1 o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentara de las dos terceras partes al doble”

Resulta por lo tanto evidente que la respuesta de política criminal frente al aumento de los homicidios culposos en accidentes de tránsito ha sido el incremento de las penas, sin embargo y aun a pesar de dichos incrementos punitivos, la sanción penal para el homicidio culposo se mantiene muy por debajo de la que se ha señalado para el homicidio doloso; por lo tanto, las

consecuencias jurídicas que para el sujeto activo de la conducta punible se derivan de imputarse los homicidios ocurridos en accidente de tránsito ya no a título de culpa, sino en términos dolosos serían bastante gravosas por cuanto variaría en gran medida la pena a la cual se encontraría expuesto, ya que si se realizan los incrementos punitivos de las circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo, la pena será de entre 53.3 a 216 meses de prisión, muy por debajo de los 208 a 450 meses señalados para el homicidio doloso.

Otra de las consecuencias que se desprende de los términos en los cuales se impute la comisión de un homicidio en accidente de tránsito, es lo referente a la imposición o no de una medida de aseguramiento.

En la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, se establecen una serie de medidas encaminadas a garantizar el buen desarrollo del proceso penal, evitar la obstrucción del mismo y garantizar la protección de la víctima, así como la comparecencia del imputado, siendo estas medidas conocidas como medidas de aseguramiento, las cuales pueden ser, de conformidad con el artículo 307 de dicho ordenamiento, privativas o no privativas de la libertad, siendo la medida de aseguramiento privativa de la libertad la que resulta ser más restrictiva de derechos fundamentales.

Ahora bien, el artículo 313 del código de procedimiento penal indica en qué casos es procedente la aplicación de la privación de la libertad en establecimiento carcelario, señalando que la misma procede entre otros, cuando se esté en presencia de “los delitos investigados de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años” siendo así resulta a todas luces claro que de imputarse un homicidio en accidente de tránsito como culposo no es aplicable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad y consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario, por cuanto la pena dispuesta para dicha conducta no excede los cuatro años señalados por el artículo 313, sin embargo de darse una imputación de esta misma conducta a título de dolo, por estar en presencia de una pena

que va de los 208 a 450 meses de prisión, la medida de aseguramiento y la detención preventiva en establecimiento carcelario se hace más que procedente.

Es así que el sujeto penalmente responsable de la comisión de un homicidio en accidente de tránsito se ve expuesto a la imposición de una medida de aseguramiento, la cual podría llegar incluso a afectar su libertad, de conformidad con el tipo de imputación que le sea efectuada por el fiscal que lleve el caso, de esta forma si la imputación se efectúa a título de dolo la imposición de una medida de aseguramiento es más que viable, sin embargo si la imputación se efectúa a título de culpa, la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario no sería pertinente.

Ahora bien, del tipo de imputación que se efectuó cuando se esté en presencia de un homicidio en accidente de tránsito, también se tendrán consecuencias en cuanto al lugar en el cual se dé cumplimiento a la medida de aseguramiento o a la sentencia condenatoria, esto por cuanto en la Ley 65 de 1993 o Código Penitencia y Carcelario, recientemente modificada por la Ley 1709 de 2014, ha establecido que

**Artículo 23. Cárcel para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.** Son los lugares destinados para el cumplimiento de la detención preventiva y de la pena privativa de la libertad por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.

Teniendo en cuenta esta disposición resulta claro que si el homicidio ocasionado en accidente de tránsito es imputado en términos de homicidio doloso, tanto la medida de aseguramiento como la pena que se imponga al procesado deberán ser cumplidas en un establecimiento carcelario común, mientras que de darse la imputación en términos de homicidio culposo, el procesado podrá dando cumplimiento a la norma ya señalada, cumplir dicha privación de la libertad en un establecimiento de carácter especial. Es esta una disposición que resulta más que coherente con el tipo de conducta de la que se está tratando, por cuanto se busca la reclusión de



la persona que ocasiona un homicidio culposo, en un establecimiento de carácter especial, el cual le evite ser víctima de las condiciones lamentables que se viven al interior de los establecimientos carcelarios y de los efectos criminológicos que tanto para el procesado como para su familia puede ocasionársele al ser sometido a la reclusión junto a verdaderos delincuentes de oficio.

Una última consecuencia que se analizará y que surge como resultado de la imputación a título doloso de un homicidio ocurrido en accidente de tránsito y que afecta en mayor medida la libertad del procesado, es lo relacionado a la posibilidad de acudir a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

El artículo 38 del Código Penal Colombiano, modificado por la Ley 1709 de 2014 señala que:

**Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutivo de la prisión.** La prisión domiciliaria como sustitutivo de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

Siendo así, la persona que se encuentre condenada podrá solicitar de conformidad con el artículo señalado, que dicha pena privativa de la libertad sea cumplida en su lugar de residencia o en algún otro lugar que el juez determine, esto siempre y cuando se cumpla con los requisitos que han sido señalados para tal fin en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, el cual establece:

**Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.** Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado
4. Que se garantice mediante caución...

Nuevamente se tiene que del tipo de imputación efectuada en caso de ocurrencia de un homicidio en accidente de tránsito se ve afectada en mayor o menor medida la libertad del procesado, esto por cuanto, si la imputación se efectúa a título culposo la pena privativa de la libertad a imponer no supera los 8 años de prisión, teniéndose por lo tanto la posibilidad de solicitar la prisión domiciliaria, sin embargo de darse la imputación de dicho homicidio a título de dolo la pena será de como mínimo 17.3 años de prisión, lo que impediría que el juez de conocimiento acceda a imponer este tipo de medida.

Puede observarse que de la imputación que se realice bien sea a título de dolo o de culpa, de un homicidio ocurrido en accidente de tránsito en el cual el penalmente responsable se encuentre bajo el influjo de bebidas embriagantes, se desprenden una serie de consecuencias que afectan sin lugar a dudas el desarrollo del proceso y las consecuencias que en términos de punibilidad se desprendan del mismo, afectación que tiene como eje principal la libertad del procesado, resulta por lo tanto necesario que la jurisprudencia y la administración de justicia definan de manera clara y expresa en qué circunstancias específicas se podrá realizar la imputación de estas conductas en términos de dolo, esto a fin de evitar que se presenten situaciones en las cuales frente a dos conductas que parecieran iguales en sus hechos facticos así como en el resultado ilícito obtenido, se formulen imputaciones una en calidad de dolo y otra a título de culpa, haciendo así más gravosa la situación de una procesado frente al otro y generando una franca desigualdad e incertidumbre frente a la ley.

## **7. CONCLUSIONES**

Existe un fuerte debate en el campo de la dogmática penal frente a la construcción del dolo eventual y el límite que del mismo se hace en relación con la culpa consiente o culpa con representación, debate que se ha centrado en la aceptación de dos teorías centrales, por un lado la teoría de la voluntad ampliamente desarrollada por la teoría de la aprobación y por otra parte la teoría de la representación en su vertiente de la probabilidad.

En los distintos ordenamientos penales desarrollados en Colombia no se ha señalado de manera clara el elemento determinante de la responsabilidad penal, y el desarrollo que de estos ordenamientos se ha hecho, es posible evidenciar un cambio de postura en relación con la teoría del dolo eventual.

El artículo 22 del código penal colombiano plantea los elementos del dolo directo o de primer grado y del dolo eventual; y de otra parte, la culpa consciente o con representación ubicada en el artículo 23 del mismo código punitivo. El verdadero problema del dolo eventual tiene su núcleo en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrarlo especialmente en la existencia o no del elemento volitivo respecto al concreto resultado producido; “en la medida en que la constatación de la representación de su probable producción deviene insuficiente a la hora de afirmar o negar que el comportamiento fue doloso, y ello con independencia de la naturaleza del delito cometido: ya sea este de lesión o de peligro (concreto o abstracto).

El dolo eventual y la culpa consciente, o culpa con representación, parten de una estructura común que dificulta su diferenciación pues en ninguno de estos conceptos, el autor desea el resultado y en los dos al autor reconoce la posibilidad de que se produzca el resultado, ambos supuestos, tienen en común el hecho de que el agente no desea causar el resultado dañino.

El límite entre el dolo eventual y la culpa con representación no se avista en forma clara, puesto que cuando se piensa “apostar” a una de las teorías planteadas para solucionar el problema nos encontramos con la dificultad de tener que emplear elementos que le son propios a la teoría contraria, además se termina empleando datos de la experiencia empírica que implican factores psicológicos o sociológicos las cuales jamás podrán ofrecer conclusiones objetivas e indiscutibles, carentes de la universalidad necesaria para determinar dicho límite, lo que hace que para cada caso concreto, dependiendo de muchos factores pueda, con la misma argumentación, optarse por una u otra de las teorías al respecto.

Es posible llegar a considerar la no existencia del dolo eventual más allá que como una profunda disertación propia de la dogmática penal, empleada para dar respuesta a casos límites

en los cuales se hace difícil el empleo de la culpa con representación.

Si se parte de la base que dolo es conocer y querer la realización típica, en el llamado dolo eventual no solo falta el elemento volitivo que la doctrina pretende suplir, bien sea con el consentimiento o bien la probabilidad, sino que también falta el conocimiento de la realización; pues simplemente hay una representación del resultado probable y no de haberse tomado las debidas precauciones. Esta representación no puede asimilarse al conocimiento de la realización típica como requiere el dolo, por ejemplo saber que se está matando en el caso del homicidio, la mera probabilidad no puede identificarse con el conocer y el querer del dolo, por tanto quedaría subsumido el dolo eventual en la culpa consiente.

Se evidencia el afán de dar respuesta al clamor de la sociedad y a la necesidad de la política criminal de adoptar medida y sentencias ejemplarizantes en los casos de siniestros cometidos con estas específicas características, esto es, por conductores ebrios, para lo cual el juzgador da el paso de una modalidad culposa a una dolosa.

La figura del dolo eventual en el caso de siniestros de tránsito producidos por conductores bajo el influjo de bebidas alcohólicas y en los cuales se presenten muertos o heridos, no debe ser empleada por los operadores de justicia, por cuanto no solo implica forzar la dogmática penal, acudiéndose a argumentos del todo oscuros, sino que además conlleva a un marcado injusto en contra del interés del imputado.

La formulación de imputación de los homicidios ocurrido en accidentes de tránsito puede variar de culposa a dolosa, ocasionando así graves consecuencias punitivas para el penalmente responsable de la conducta.

En la actualidad no existe claridad frente a las situaciones en las cuales los homicidios ocurridos en accidente de tránsito, cuando el penalmente responsable se encuentra bajo el influjo de bebidas alcohólicas, deben ser tratados como conductas dolosas o culposas.

## 7. REFERENCIAS

República de Colombia, Código Penal, Ley 599 de 2000. Ediciones Jurídicas, Bogotá, 2012.

República de Colombia, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Ediciones Jurídicas, Bogotá, 2012.

República de Colombia, Código de Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993. Ediciones Jurídicas, Bogotá, 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de octubre de 1995. Proceso 9032, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda, Bogotá, 1995.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de agosto de 2000, proceso 14355, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Bogotá, 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2004, proceso 20373, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Bogotá, 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2004 radicación 20860. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, Bogotá, 2004.

Corte Suprema de Justicia. 32964 Sentencia del 25 de agosto de 2010. M. P. José Leónidas Bustos Martínez, Bogotá, 2010.

ESPINOZA & SEPULVEDA. (2012). *El miedo como justificación ante la agravación punitiva en homicidios y lesiones culposas en accidentes de tránsito*. Defensoría del Pueblo, Bogotá Colombia

MOLINA, F. (2007). *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*.

Colombia: Universidad Externado de Colombia.

GIMBERNAT, O. E. (1976). *Acerca del dolo eventual, en Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos.

GÓMEZ, J. O. (2001). *Tratado de Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

GÓMEZ, C. A. (2002). *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

BOLAÑO, M. (2005). Algunas consideraciones teóricas acerca del dolo eventual. *CENIPEC*, 24. Enero – Diciembre, 131.

MIDDENDORFF, W. (1981). *Estudios de Criminología Histórica*. España: Espasa-Calpe.

RAGUÉS, i.R. (1999). *El Dolo y su prueba en el proceso penal*. España: J.M. Bosch Editor.

RAGUÉS, i.R. (1998). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos: la estructura de la teoría del delito, Tomo 1*, Madrid: Civitas.

TARUFFO, M. (2011). *Conocimiento Científico Y Estándares De Prueba Judicial*. Universidad de Pavía.

TENCA, A. M. (2010). *Dolo eventual. Una creación dogmática en perjuicio del imputado*. Buenos Aires: Astrea.

TERRAGNI, M. A. (2009). *Dolo Eventual y Culpa Consciente Adecuación de la Conducta a los Respectivos Tipos Penales*. Rubinzal-Culzoni Editores.

WELZEL. H. (1956). *Derecho Penal Alemán*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.

### CONCEPTO:

En el escrito se desarrolla el tema sobre la culpa con representación y el dolo eventual en los accidentes de tránsito, cuando el posible infractor de la ley penal ha ingerido bebidas alcohólicas, para desarrollar el tema se determina que aunque legalmente las dos figuras están reconocidas, no existe una posición clara e inequívoca que delimite la aplicación de ellas.

Los autores exponen diferentes tesis y posturas (teoría de la voluntad, de la representación, de la aprobación, de la evitación) que se han aplicado y se han desarrollado con las cuales se ilustra el tema.

Por otro lado se resalta que en estos eventos la actividad probatoria no es sencilla y que existe una cantidad de elementos psicológicos que no permiten que un operador judicial pueda tomar una decisión certera aunque cuente con los medios técnicos (peritos expertos) para ello, lo cual genera incertidumbre y en muchas ocasiones se prefiere tomar la decisión de aplicar el dolo eventual por la presión de la sociedad, vulnerando las garantías del procesado.

En el escrito se plantean las teorías acogidas en el código de 1980, en el código del año 2000 y la posición jurisprudencial, sobre la aplicación del dolo eventual y la culpa con representación, para desarrollar el tema se exponen varios puntos centrales de decisiones de la Corte Suprema de Justicia que en principio aclaran el tema, pero que posteriormente dejan entrever la mixtura de las diferentes teorías que no permiten dilucidar completamente el tema.

Los autores determinan las razones jurídicas por las cuales consideran que en este tipo de conductas punibles no es viable la aplicación del dolo eventual, expresando que las nuevas posturas aplicadas frente al tema son producto de la presión mediática entre otras circunstancias.

Así mismo los alumnos señalan las consecuencias procesales frente a la imputación de la conducta en la modalidad de dolo y la culpa en los casos de accidentes de tránsito por el consumo de licor, entre ellas las medidas de aseguramiento, el lugar del cumplimiento de las penas, la prisión domiciliaria.

Se manifiesta que corresponde a la jurisprudencia y a la administración de justicia señalar derroteros claros, estableciendo circunstancias específicas para imputar ya sea el dolo o la culpa en estos casos pues de lo contrario frente a casos similares se estaría generando desigualdad e incertidumbre frente a la ley.

Teniendo en cuenta que el tema se ha desarrollado con claridad, profundidad, y suficiencia jurídica, considero que el trabajo expuesto se aprueba.

Carlos Andrés Bernal Castro.

Coordinador  
Especialización y Maestría UMNG