

# **De nuevo sobre la culpa con representación y el dolo eventual: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de diciembre de 2015, radicado 45008, m.p.: Eugenio Fernández Carlier**

SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA\*

## **1. Consideraciones previas**

Son varios los pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana en materia de dolo eventual que han permitido justificar los principales cambios del artículo 22 del Código Penal vigente y, de paso, han justificado la adopción de las teorías de la representación o probabilidad en contraste con las teorías del consentimiento o la voluntad<sup>1</sup>.

El presente comentario, hace un recuento de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2015, pretendiendo ser un paso más de concreción a la labor de la doctrina colombiana a la hora de distinguir el llamado dolo eventual de la culpa con representación.

---

\* Abogado de la Universidad EAFIT. Magíster en Derecho Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad de la Universidad de Cádiz-España. Magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT.

1 Al respecto, véase: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 32964; sentencia del 15 de septiembre de 2004, rad. 20860; sentencia del 8 de septiembre de 2004, rad. 20373.

## 2. Hechos y actuaciones procesales

La Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de (J) quien fuera declarado penalmente responsable de homicidio agravado. Los hechos ocurrieron a finales del año 2010, cuando (J) era miembro activo de la Policía Nacional y sostenía un noviazgo con (M). El patrullero descargó su arma sin seguir el protocolo definido por la institución, no revisó el número de cartuchos ni revisó el tambor del revólver y creyendo que el arma no tenía municiones, le disparó a (M) a corta distancia, causándole la muerte.

El *a quo* lo condenó como autor del delito de homicidio agravado conforme a lo previsto en los artículos 103 y 104 numeral 7, imponiéndole una pena de 35 años y 10 meses de prisión y 20 años de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria. El *ad quem* confirmó la decisión aunque uno de los magistrados del Tribunal consideró que (J) debía ser condenado como autor de un homicidio culposo.

## 3. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

La alta corporación, anunciando que los cargos desarrollados por el recurrente no tenían vocación de prosperar, se ocupó de analizar el problema de la imputación al tipo subjetivo desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial (por aplicación indebida del artículo 104 numeral 7 y falta de aplicación del artículo 109 del Código Penal), en la medida en que con los hechos y las circunstancias admitidas por las instancias no era posible atribuirle al procesado la realización de un comportamiento doloso sino una acción imprudente. En consecuencia, casa de manera oficiosa la sentencia, bajo las siguientes consideraciones:

Que las partes estipularon que (M) murió de manera violenta por proyectil de arma de fuego y que (J) fue quien causó la muerte con el arma de dotación asignada por la Policía Nacional. En consecuencia, únicamente se debatiría en juicio la modalidad de la conducta punible conforme al artículo 21 del Código Penal, esto es, culpa, dolo o preterintención.

Que durante toda la actuación de ambas instancias se contempló la posibilidad de que el acusado, por broma o por estulticia, accionara el revólver contra la víctima y la matara sin haberlo querido, creyendo que no estaba cargado.

Y, que a partir de los hechos estipulados por las partes se condenó a (J) como autor de una conducta de homicidio agravado a título de dolo eventual, señalando que el patrullero debió haberse representado la realización del resultado típico y que tenía conocimientos especiales en el uso y cuidado de su revólver.

Con esta postura, la Corte Suprema de Justicia sostiene que se violó de manera directa la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 104 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 109 de dicho estatuto y, en consecuencia, casa la sentencia de manera oficiosa declarando a (J) como autor responsable de un delito de homicidio culposo.

#### 4. Consideraciones respecto a la casación oficiosa

Las razones esgrimidas por la corporación para casar oficiosamente fueron las siguientes:

- a) Representarse la producción del resultado típico no es suficiente para atribuir dolo eventual, en tanto ello también constituye un presupuesto de la llamada culpa consciente.
- b) Los conocimientos especiales en el sujeto activo son, en principio, criterio de imputación objetiva, es decir, están circunscritos a la vulneración de un deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, tampoco son suficientes para determinar si, a raíz de su concurrencia en el procesado, este obró con dolo eventual.
- c) Desde una perspectiva volitivo normativa, no hay razón alguna para colegir en el acusado la decisión de actuar en menoscabo del bien jurídico.
- d) No hay motivos políticos criminales, ni relacionados con las funciones de la pena, que devenguen en necesaria la atribución subjetiva por dolo eventual.

Respecto al primero de los requisitos, la sentencia afirma que el conocimiento de la situación de riesgo en el autor del injusto se predica, en términos de imputación subjetiva, tanto para el dolo eventual como la culpa consciente. De ahí que: “afirmar (como lo hizo la primera instancia) que (J) debió haberse representado el resultado dañoso porque la acción emprendida permitía a cualquiera asumir la [...] materialización de un hecho típico, o sostener (en palabras del *ad quem*) que el acusado conocía y entendía que con un arma de fuego no se puede jugar, de ninguna manera conlleva una imputación al tipo subjetivo doloso, por cuanto no fueron más allá de la descripción de un contexto de obrar imprudente, en el cual el autor, en tanto ser capacitado para prevenirlos, tuvo que advertir el peligro para el bien jurídico. Lo anterior es culpa con representación y no dolo eventual.”

Para hablarse de dolo eventual, señala la corporación, además de haberse acreditado que (J) previó la producción del resultado, debía establecerse que su conocimiento de la situación de riesgo le hacía suponer que las condiciones que podrían suponer la realización de dicho resultado no estaban bajo su control. En consecuencia, se menciona, (J) habría obrado bajo la convicción errada de haber adoptado las medidas de seguridad suficientes para eliminar el peligro para el bien jurídico.

En atención al segundo requisito, los conocimientos especiales de (J) se aprecian al momento de valorar si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, esto es, en sede de imputación objetiva del tipo. Lo anterior significa que el conocimiento especial puede fundamentar una imprudencia en tanto que la creación de un riesgo desaprobado también es requisito exigido en los comportamientos imprudentes. En otras palabras, para la Corte Suprema, de los conocimientos especiales del agente no se fundamenta la atribución de la conducta a título de dolo eventual. En efecto: “los jueces no fueron más allá de un apreciación respecto de las calidades personales del autor, necesaria para establecer el parámetro de diferencia entre la realización de un riesgo permitido y la creación de un peligro jurídicamente desaprobado”.

Conforme al tercer requisito, la sentencia afirma que el dolo debe comprender un elemento cognitivo y volitivo al señalar que “cualquier comportamiento doloso debe representarle a su autor una actuación contra el bien jurídico, una decisión consciente dirigida en pro del acontecer lesivo. En otras palabras, es posible abordar la figura del dolo eventual no solo bajo una aproximación cognitiva normativa (relativa al conocimiento de la producción del resultado), sino también desde una volitiva (que, claro está, también debe analizarse bajo presupuestos normativos)”.

En el caso concreto, sostiene la sentencia, no era posible atribuir a (J) un dolo directo de primer grado porque no quedó acreditado en las instancias que él tuviera la intención de atentar contra el bien jurídico; de paso, tampoco se dejó la producción del resultado librado al azar en razón a que había activado un mecanismo de control (descargar el revólver sin seguir el procedimiento protocolario) circunstancia que de manera equivocada (y contraria al deber de cuidado) consideró suficiente para no generar daño alguno. Luego, señala la corporación, dicha suposición (aunque equivocada) fue la que le permitió confiar (imprudentemente) en la no producción del resultado.

Finalmente, frente al último criterio, como a (J) tendría que habersele procesado como autor de un homicidio culposo, la pena adoptado resulta a todas luces innecesaria.

## **5. Decisión**

La Corte Suprema de Justicia desestima los cargos propuestos por el censor y casa oficiosamente la sentencia, declarando a (J) como autor responsable de homicidio culposo.

## 6. Salvamentos de voto

El Dr. Castro Caballero salvó su voto señalando que no se cumplen las exigencias dogmáticas para concluir que la imputación al tipo subjetivo es culposa. En primer lugar, señala que la distinción entre dolo eventual y culpa consciente gira en torno a la posición que el agente asuma frente a la representación de la probabilidad de afectación del bien jurídico ya que ambos suponen la representación del resultado típico.

Valiéndose de las sentencias del 25 de agosto de 2010 radicado 32964 y del 13 de septiembre de 2004 radicado 20860, sostiene que la jurisprudencia ha abandonado la teoría estricta del consentimiento, acogiendo una teoría la probabilidad en la cual el componente volitivo del dolo pierde su papel. En consecuencia, sostiene que (J) no podía suponer o confiar en que todos los cartuchos habían sido expulsados, no haciendo nada por evitar el resultado lesivo o, en palabras del legislador, lo dejó librado al azar.

Para el magistrado, la decisión de la sala respecto a la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente está fundamentada en las teorías de la "actitud interna" o la de decisión propuestas por Kauffman, Kindhäuser y Roxin, las cuales se fundamentan en que cualquier conducta por parte del sujeto, tendiente a evitar el resultado lesivo para el bien jurídico, permite afirmar la existencia de la culpa y excluir el dolo. Sin embargo, para el magistrado, estas posturas no son reconocidas como pauta general para diferenciar el dolo de la imprudencia.

Por otro lado, sostiene que se está desconociendo la aplicación de la imputación jurídica del resultado a delitos dolosos e imprudentes, en razón a que los conocimientos especiales del agente son relevantes para definir la infracción al deber objetivo de cuidado y especialmente relevantes para establecer si el agente se representó como probables la realización del tipo objetivo. En el caso concreto, señala que (J) estaba en condiciones de conocer la gran probabilidad de que se produjera el resultado lesivo, lo que evidenciaba la temeridad de su conducta. Finalmente, menciona que los argumentos de innecesariedad de la pena no tienen relación con la imputación al tipo subjetivo.

Luego, para el magistrado resulta claro que (J) se representó o conocía la concreta y elevada probabilidad de la producción del resultado antijurídico derivado de su conducta y no obstante continuó en su ejecución, dejando su no ocurrencia librada al azar, por lo cual, el atentado contra la vida lo cometió con dolo eventual. Igualmente, para afirmar que el hecho fue cometido a título de imprudencia, era necesario demostrar que la posibilidad del resultado era remota y que era cierta la confianza en poder evitarlo.

Por otro lado, el Dr. Patiño Cabrera salvo parcialmente su voto al señalar que el elemento volitivo no resulta absolutamente necesario para la conceptualización del dolo eventual.

Para el magistrado, (J) estaba obligado a ejecutar todas las medidas de seguridad a su alcance para mantener el riesgo dentro de los límites permitidos. No hacerlo, conduce a imputarle responsabilidad penal. Por lo anterior, “no descargar el revólver siguiendo los parámetros institucionales debidos y perfectamente conocidos por su condición de patrullero, apuntar con el arma a tan corta distancia y accionar el gatillo, pone en evidencia que dejó la producción del resultado al azar.” Por último, señala que no contar los cartuchos que había extraído previamente del arma, permite colegir no que se representó un riesgo y confió en poder evitarlo sino en que se representó el resultado como probable, pero no le importó, o se conformó con su posible producción.

## 7. Comentario

En la jurisprudencia de la Corte Suprema no resulta difícil concebir que se acoge una teoría de la representación o probabilidad en materia de dolo eventual; tampoco, que se mantienen los empeños por suprimir el elemento volitivo del dolo, dejando de lado las teorías que abogan por la “actitud interna”. Empero, no podemos olvidar que el problema del dolo eventual resulta ser más de orden político criminal que dogmático y que si la delimitación se ancla aquí, el dolo eventual cuenta con una estructura propia de los comportamientos imprudentes<sup>2</sup>.

Por lo anterior, hemos abogado por construir una diferenciación de las categorías o instituciones jurídico-penales (dolo/culpa, acción/omisión, autoría/participación) no a partir de casos tópicos, aislados singularmente entre sí, sino mediante la adopción de una teoría del delito construida a partir de los principios y normas rectoras del sistema penal.

---

2 SOTOMAYOR ACOSTA / GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, número 60, Temis, 1999, pp.17 y ss.

## Bibliografía

- CASTAÑO VALLEJO, RAÚL, «El dolo eventual y su tratamiento en el Derecho penal colombiano.» *Tesis de Maestría en Derecho penal* (Universidad EAFIT), 2012, pp. 1-101.
- GARCÍA, ESTHER HAVA, «Dolo eventual y culpa consciente: criterios.» *Anuario de Derecho Penal*, 2003, pp. 1-20.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 9196 del 14 de mayo de 1996.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 20860 del 15 de noviembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 9032 del 12 de octubre de 1995.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 20373 del 8 de septiembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 14355 del 17 de agosto de 2000.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 27431 del 26 de septiembre de 2007.
- Corte Suprema de Justicia, *Sentencia* 32964 del 25 de agosto de 2010.
- SOTOMAYOR ACOSTA / GALLEGO GARCÍA, «El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias politico-criminales.» *Nuevo Foro Penal*, número 60, Temis, 1999, pp. 7-30.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ / GUTIÉRREZ WOLFFHÜGEL, «La diferencia entre el dolo eventual y la culpa en la reciente jurisprudencia.» *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012, pp. 99-180.