

El Dolo en los Juicios de Responsabilidad Fiscal y Penal

Una mirada al alcance de dicha noción y a las principales diferencias conceptuales de su aplicación en ambas especialidades.



Francisco José Chaux Donado

**Agosto
2025**

El Dolo en los Juicios de Responsabilidad Fiscal y Penal

Una mirada al alcance de dicha noción y a las principales diferencias conceptuales de su aplicación en ambas especialidades

Autor

Francisco José Chaux Donado

Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad y Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional

Documento de análisis institucional

Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP)

Calle 70 No. 7a – 29 / (+57) 313 431 20 95

<http://www.icpcolombia.org>

ISBN: 978-628-95318-7-9

Bogotá, Colombia
Agosto de 2025

Contenido

Resumen.....	4
Introducción	5
1. Asimilación del dolo en el campo del derecho penal.....	6
2. Interpretación del dolo en el control.....	9
de la gestión fiscal.....	9
3. Aspectos distintivos del dolo en la responsabilidad penal y fiscal según su alcance.....	13
Conclusiones	20
Referencias.....	21

Resumen

El presente artículo hace un estudio sobre la concepción general del dolo en los ámbitos de responsabilidad fiscal y penal a la luz del derecho colombiano, teniendo en cuenta las escuelas y corrientes doctrinales que más influencia han tenido en su evolución, así como la regulación normativa y las posturas jurisprudenciales sentadas por las altas cortes que han definido las bases fundamentales para su comprensión. Tras abordar de manera separada el alcance de dicha figura en ambas especialidades, se profundiza el análisis en la identificación, enunciación y explicación de las principales diferencias que se aprecian según su alcance y aplicación en el marco de las actuaciones que se adelantan bajo una y otra rama del derecho. Lo cual se propone como punto de partida para cualquier discusión en foros académicos y legislativos que persigan plantear reformas ante la coyuntura actual que atraviesa el país.

Palabras clave: dolo; responsabilidad penal; responsabilidad fiscal; gestión fiscal; control fiscal; dolo directo; dolo indirecto; dolo eventual; teoría del consentimiento; teoría de la posibilidad; teoría de la representación

Introducción

En medio de un contexto en el que, a pesar de las reformas legislativas y campañas promovidas para fomentar la protección de los recursos del erario y el respeto de la función pública, se han incrementado de manera inusitada los casos de corrupción provocando una clara afectación de la administración pública con repercusiones nocivas para el Estado Colombiano, resulta necesario insistir en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad que hacen parte del ordenamiento jurídico, según sus diferentes especialidades.

Sobre todo, ante la reacción desmesurada de ciertos sectores de la sociedad que abogan por la implementación de políticas que endurezcan los castigos a los infractores y criminalicen de manera generalizada comportamientos que antes eran socialmente aceptados.

Lo anterior contribuye a evitar que haya confusión de competencias por parte de los servidores públicos, fallos discordantes que tengan origen en unos mismos hechos y, en general, que se trastoque la naturaleza de los procesos que son llevados ante la jurisdicción.

Aunque dentro del marco del derecho sancionador rijan principios constitucionales comunes como el debido proceso y se tenga en cuenta la conducta del individuo como objeto a valorar, cada una de las especies que lo integran -civil, disciplinaria, administrativa, fiscal y penal- operan de manera autónoma, esto es, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias, y se rigen por normas independientes.

Por medio de presente artículo, busco ilustrar al lector en la identificación de las principales diferencias que emergen de la concepción y aplicación de la figura del dolo en las esferas de responsabilidad penal y fiscal en nuestro país. Para ello, analizaré los aspectos que pasan a exponerse en el acápite sucesivo de manera secuencial y que sirven de base para las conclusiones finales, profundizando en: (i) la forma como ha sido asimilada dicha noción en el campo de la *última ratio*, (ii) su interpretación en el control de la gestión fiscal y (iii) los aspectos distintivos concretos que se derivan según su alcance en ambas especialidades.

1. Asimilación del dolo en el campo del derecho penal

Originalmente concebido como elemento constitutivo de la culpabilidad bajo la teoría causalista que inspiró la expedición del Decreto Ley 100 de 1980, y luego de plantearse su traslado hacia el tipo subjetivo excluyendo la conciencia de antijuridicidad de su composición con el auge del finalismo, actualmente el dolo dentro del derecho penal colombiano es reconocido, junto a la culpa y la preterintención, como una modalidad de la conducta punible (Código Penal, Ley 599 de 2000, art. 22).

La definición concreta del dolo parte de la conjunción de dos elementos fundamentales: uno cognitivo y otro volitivo. Ambos aparecen representados en la conciencia o psiquis del sujeto, de modo que debe saber o estar al tanto de los elementos objetivos del tipo respectivo y, adicionalmente según su libre albedrío, querer su materialización.

En ese sentido, consiste de manera sintética en “conocer que, con la propia conducta, activa u omisiva, es probable que se incurra en hechos constitutivos de una infracción penal, y con todo y ello, querer o aceptar la realización de la conducta” (Castro, 2006, p. 231).

El conocimiento o saber ilustrado implica la posibilidad de entender y poder assimilar cuáles son los elementos objeto de protección bajo la esfera del *ius puniendi*, en concordancia con los bienes jurídicos y los criterios de imputación objetiva.

La voluntad, en contraste, guarda relación con los atributos inherentes a las facultades de poder y querer hacer algo en concreto.

Ahora bien, los aludidos componentes de esta disposición de ánimo hacia la realización de una conducta definida en la ley como delictiva, no siempre presentan los mismos grados de intensidad ni de determinación, lo cual ha dado lugar a que la doctrina dominante dentro de la comunidad jurídica señale la existencia de diferentes clases de dolo.

Según la clasificación expuesta por Velásquez (2009, p. 625), la voluntad tiene diversas manifestaciones, algunas de ellas que hacen que se refleje con un carácter evidente y otras, en cambio, en las cuales su presencia no se avizora a primera vista con nitidez o de manera explícita. Con base en ese rasgo distintivo, el dolo puede ser catalogado como directo, indirecto o de segundo grado y eventual.

El primero se presenta cuando la realización de la conducta típica corresponde al designio esperado por el agente, esto es, cuando se ajusta al resultado previamente proyectado o representado, en palabras del profesor Roxin (1997, p. 421), “la acción se emprende con conciencia de la segura producción del resultado”.

Por su parte, el segundo, también llamado dolo mediato o de consecuencias necesarias, ocurre cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura como efecto concomitante de la acción emprendida. Por ejemplo, el caso del homicida que, con el fin de segar la vida de un tercero y siendo consciente de que se encuentra acompañado, utiliza un artefacto explosivo de largo alcance o dispara de manera indiscriminada y a corta distancia para ultimarlos, ocasionando a su vez el deceso de quienes estaban con él.

Finalmente, la tercera categoría hace referencia a aquellas situaciones en las cuales el individuo no encamina directamente su voluntad hacia el resultado típico, pero en definitiva lo acepta, consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable. A diferencia del dolo indirecto, ese efecto concomitante no es inevitable ni está inexorablemente ligado al objetivo perseguido, sino concatenado al mismo y esa segunda consecuencia es factible que se produzca si se deja librada al azar.

La distinción radica, en consecuencia, en el pronóstico de probabilidad sobre la configuración del resultado típico y, por contera, en qué es aquello que el individuo asume como consecuencia de sus acciones u omisiones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1680-2022, rad. 60875).

Si bien algunos autores como Muñoz Conde (2012, p. 56) señalan que las variaciones psicológicas “no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía”, en el ordenamiento colombiano no se sigue esa línea de razonamiento. Por el contrario, uno de los criterios a tener en cuenta para individualizar la pena es precisamente la intensidad del dolo, lo que obliga al fallador a castigar con mayor drasticidad aquellos comportamientos en que tal factor se acentúa (Código Penal, Ley 599 de 2000, art. 61).

Ahora, en orden a establecer si el actor previó como no segura la realización del tipo penal y separar cualquiera de las clases de dolo de la culpa con representación, a nivel dogmático se han postulado diversas teorías, cognitivas o volitivas, según el criterio que se pretenda prevalecer, como procedo a explicar a continuación, siguiendo los lineamientos planteados por el profesor Bustos Ramírez (1989 p. 183).

Para el siglo XIX se consolidó en un primer momento la teoría del consentimiento o aprobación, según la cual el elemento distintivo está en que el sujeto haya internamente aprobado el resultado, es decir, que haya estado de acuerdo con él. Sin embargo, esta postura pasó paulatinamente a ser objeto de fuertes críticas debido a que no es fácil de demostrar tal aquiescencia en la práctica y claramente se aparta de las garantías derivadas de la concepción del derecho penal de acto, asumiendo posturas más de tipo peligrositas.

Luego cobró fuerza la teoría de la posibilidad, cuyo enfoque gira en torno a la premisa de que la simple representación de la posibilidad ya debería ser suficiente en el *iter criminis* para hacer desistir al sujeto de seguir ejecutando determinada acción lesiva, sin que tenga cabida persistir confiando en la no producción del resultado o dejarlo al azar. No obstante, al igual que la anterior corriente fue rápidamente desestimada, puesto que lo que hizo fue ofrecer una solución al dilema con la terminología, pero carente de efectividad en la realidad.

Lo propio ocurrió con la teoría ulterior de la representación, que acude al criterio de la probabilidad para el abordaje del riesgo en la acción emprendida y buscó dar un enfoque de mayor objetividad en este contexto. A pesar de tener una amplia difusión, se le censura porque puede dar lugar a interpretaciones que terminen presumiendo el dolo, en contravía de normas rectoras sobre las que se inspira el derecho penal y la necesidad de acreditar la responsabilidad subjetiva de quien es objeto de persecución punitiva.

Por ello se ha pretendido acentuar el aspecto volitivo y complementar el grado de compromiso del sujeto en la representación del resultado probable con nociones alusivas a la asunción del riesgo, pero la discusión en este terreno sigue abierta y en constante evolución.

Incluso, con Jakobs (1995, p. 316), exponente de la vertiente radical del funcionalismo, se llega al extremo de pretender eliminar el componente emocional del dolo y trasladarlo a la acción. Según este reconocido

tratadista, la voluntad o el querer permanecen en la acción y así el dolo quedaría como el conocimiento de la misma junto con las consecuencias que de ella se desprenden, alejado del designio como tal.

Lo cierto es que la dificultad probatoria que acarrea su acreditación exige de parte de los operadores jurídicos un esfuerzo marcado en el manejo de los principios lógicos de la argumentación y una carga persuasiva que se ajuste a la realidad procesal a la hora de formular sus pretensiones dentro del marco de una actuación en curso.

En lo que tiene que ver con la prueba de la concurrencia de los elementos cognitivo y volitivo, dichos presupuestos deben determinarse a través de razonamientos de tipo inferencial, sustentados en hechos externos demostrados y en la aplicación de las llamadas reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta o del riesgo creado, o bien el mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo que se configura por la acción del agente, entre otros factores.

De allí que jurisprudencialmente se sostenga que por ser el dolo una manifestación del fuero interno, puede conocerse, directamente por confesión, o indirectamente por manifestaciones externas concretadas durante el *iter criminis*, o con posterioridad a la consumación del delito. Y sea necesario determinar en cada caso en concreto, según los medios suasorios, si racional y razonablemente el sujeto agente asumió como probable o posible el resultado que jurídicamente se le recrimina. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP497-2025, rad. 67167).

2. Interpretación del dolo en el control de la gestión fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal a nivel interno se fundamenta en la facultad otorgada al Contralor General de la República para que, de manera directa o por delegación, adelante un control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales a su cargo, o que sean puestos bajo su disposición material o jurídica y, una vez surtido el trámite de naturaleza administrativa respectivo, se determine si hay mérito para imponer las sanciones pecuniarias a que haya lugar, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva de ser necesario (Constitución Política, art. 272).

Para su estructuración es necesario que concurren varios elementos como son: primero, una conducta dolosa o culposa que sea atribuible, por acción u omisión, a una persona que realiza gestión fiscal en los términos señalados en la ley; segundo, la provocación de un daño patrimonial al Estado; y, tercero, la configuración de un nexo causal entre los dos aspectos anteriores (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de fecha 15-05-25, rad. 25000234100020120040901).

Según la normativa aplicable y la jurisprudencia orientadora en la materia, este tipo de responsabilidad se caracteriza primordialmente porque: (1) se determina bajo un procedimiento de naturaleza administrativa; (2) antes que estar orientada hacia un objetivo sancionatorio, persigue una finalidad resarcitoria, tendiente a recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al erario, según la cuantía y los límites establecidos; (3) se deben preservar las reglas generales del debido proceso; y (4) presenta algunas particularidades frente a la carga probatoria exigible, la solidaridad y las formas propias de la actuación (Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2014).

Acorde con estos rasgos, se encuentra proscrita la posibilidad de derivar responsabilidad objetiva en este ámbito y, en particular, el juicio de valoración se entabla con la finalidad de proteger y garantizar el patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que provengan de una administración irregular de dineros o bienes públicos, por personas que adoptan decisiones que inciden en la gestión fiscal o con funciones concatenadas, de manera directa o indirecta, a la misma.

Bajo la figura de la solidaridad, el legislador amplió el alcance de la responsabilidad a otros actores. Así, ante la existencia de un menoscabo patrimonial con carga al Estado, habrán de acudir mancomunadamente a resarcirlo el ordenador del gasto del organismo involucrado, la entidad contratante y el contratista, así como las demás personas -servidores públicos o particulares- que, con culpa o dolo, concurren en la generación u ocurrencia del daño (Ley 1474 de 2011, art. 119).

En el núcleo de la responsabilidad fiscal, se encuentra el concepto de la gestión fiscal, el cual está relacionado con el correcto manejo de los bienes o fondos públicos, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (Ley 610 de 2000, art. 3).

Lo cual debe ser examinado cuidadosamente en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de tales recursos en las que participen servidores del Estado o personas de derecho privado.

Significa lo anterior que “la vigilancia y el control fiscal, así como la responsabilidad fiscal encuentra su marco de acción y al mismo tiempo su límite en la existencia de la gestión fiscal” y, por lo mismo, “sin el desarrollo, ejercicio y ejecución de la gestión fiscal por parte de la administración o de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, no puede establecerse responsabilidad fiscal, toda vez que, de la concurrencia de los elementos que la estructuran, depende necesariamente la ejecución de aquélla” (Corte Constitucional, Sentencia C-438/22).

Ahora bien, la atribución de responsabilidad fiscal es de carácter subjetiva y cualificada, a título de dolo o culpa grave. Por consiguiente, según se anotó, debe existir un nexo causal entre dicha imputación y el daño generado al patrimonio público.

En este escenario, la aplicación de la figura del dolo se lleva a cabo como criterio de imputación, elemento subjetivo de la culpabilidad y factor de graduación de la conducta a tener en cuenta en la valoración individualizada del comportamiento desplegado por el agente, bajo los derroteros demarcados.

Se refiere entonces a la intención deliberada de parte de un gestor fiscal por causar un daño al patrimonio público. En desarrollo de este planteamiento, debo decir que implica la voluntad consciente de afectar negativamente los recursos del Estado y que se aparta de la culpa en términos generales, por cuanto en esta última el menoscabo se produce por circunstancias asociadas a negligencia, impericia o imprudencia.

Frente a la valoración subjetiva de la conducta del agente, es necesario destacar que estas categorías volitivas no se encuentran definidas en la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, de modo que le corresponde al intérprete acudir a las fuentes del derecho para definir su alcance y aplicabilidad en los casos concretos.

Siguiendo esa lógica de razonamiento y con remisión a las disposiciones que regulan las relaciones inherentes al derecho privado, el dolo ha sido definido como “la intención positiva de inferir injuria a la

persona o propiedad de otro”. Por su parte, la culpa grave se entiende como “la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo” (Código Civil, art. 63).

Sin perjuicio de lo anterior, tras la expedición de la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional se equiparó la valoración de la conducta antijurídica para efectos del ejercicio de la acción de repetición o de la derivación de responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, respectivamente, en el dolo y la culpa grave, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política.

En esa providencia se declaró inexecutable la regulación establecida en la Ley 610 de 2000 para establecer la responsabilidad fiscal a partir de la culpa leve, por lo que resulta propicio analizar cuándo se presenta una actuación dolosa o gravemente culposa para entender constatado el elemento subjetivo señalado.

Algunos ejemplos de dolo o culpa grave mencionados por el profesor Sánchez (2007, pp. 91 – 93), que considero oportuno traer a colación para mayor ilustración sobre el punto y que se presentan cuando el sujeto activo ha incurrido en una acción u omisión inexcusables frente a lo consagrado en el ordenamiento jurídico, o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión, arte u oficio, causando detrimento a fondos o recursos públicos, son los siguientes:

Ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión.

Elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad contratante.

(...) En general, cualquier conducta negligente o imprudente abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto.

En cualquier caso y a diferencia de otros sistemas normativos, en el derecho fiscal rigen igualmente una serie de presunciones sobre el dolo y la

culpa grave que deben ser estimadas a la hora de efectuar apreciaciones sobre una conducta objeto de enjuiciamiento en ese campo.

Así, por ejemplo, se presume que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos ha sido emitida condena penal en su contra o sanción disciplinaria por la comisión de un delito o falta disciplinaria imputados a ese título, según corresponda (Ley 1474 de 2011, art. 118).

No obstante, la utilización de este tipo de mecanismos para algunos autores va en contravía de garantías superiores y genera prejuicios que colocan en entredicho el ejercicio de una defensa adecuada contra las sindicaciones formuladas o hacen nugatoria la posibilidad de contradicción.

Como lo indica Arbeláez (2020, p. 18), no se aviene a derecho que por el simple hecho de registrar una sanción en materia disciplinaria y una condena penal por los mismos sucesos, “se concluya de contera que habrá responsabilidad fiscal a título de dolo; de esta manera se estaría violentando la presunción de inocencia y el principio de la buena fe”.

3. Aspectos distintivos del dolo en la responsabilidad penal y fiscal según su alcance

Hechas las exposiciones preliminares sobre el papel que cumple el instituto del dolo en el análisis de las responsabilidades que puede afrontar cualquier ciudadano de cara al adelantamiento de un proceso fiscal o de raigambre penal a nivel interno, en este aparte del texto paso a describir los principales rasgos distintivos que se aprecian en torno a su alcance en ambas especialidades:

El dolo en el derecho penal colombiano actual se considera una modalidad de la conducta punible, mientras que en el ámbito del derecho fiscal se maneja como un criterio de imputación para atribución de responsabilidad subjetiva

Atendiendo la manera en que quedó definido según su consagración normativa en las disposiciones vigentes del Código Penal Colombiano -Ley 599 de 2000, con sus respectivas reformas-, y ante la influencia marcada de las corrientes finalistas y funcionalistas que inspiraron el articulado allí plasmado, la primera observación que debo hacer es que el dolo dejó de ser un elemento de la culpabilidad y fue trasladado a la tipicidad subjetiva.

Se trata, por consiguiente, de un dolo avalorado, cuya estructura preserva, dentro de sus componentes estructurales, el conocimiento de los elementos objetivos de la infracción penal y la voluntad encaminada a querer su realización, pero en el que ya no obra la conciencia de antijuridicidad.

Este último elemento, que hace alusión al entendimiento relativo a que cierta acción u omisión puede ser catalogada como contraria al derecho penal en determinado contexto y cuya exigencia se hace bajo una óptica potencial y no actual, se mantuvo en la culpabilidad, junto a la imputabilidad y a la no exigibilidad de otra conducta (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5522-2019, rad. 54271).

El dolo, la culpa y la preterintención se erigen en modalidades de la conducta punible y, frente a la manera como se encuentran descritos los tipos penales en la Parte Especial de la codificación, las dos últimas operan bajo criterio de *numerus clausus*, es decir, únicamente tienen cabida si el delito correspondiente contempla alguna de las dos, o ambas, de forma explícita en respeto del principio de legalidad.

En suma, como lo expresan Barreto y Barreto (2009, p. 263) “no son formas de culpabilidad, no pueden serlo, son formas de la conducta, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana en el Estado social y democrático de derecho, y como tales se encuentran contenidas en el tipo”, con independencia de los juicios de reproche o exigibilidad a que haya lugar en sede de culpabilidad.

Por su parte y en contraposición a esta postura, en el campo de la responsabilidad fiscal el dolo emerge como un elemento de graduación de la culpabilidad, según se explicó con suficiencia en líneas previas, para efectos de la atribución subjetiva de responsabilidad.

El dolo que se examina en el control fiscal debe estar enmarcado en el análisis del ejercicio de una gestión fiscal y, al ser acreditado, no desemboca en una sanción sino en una declaración de responsabilidad de carácter administrativo, mientras que en la órbita del ius puniendi dicha figura se encuadra dentro de la tipicidad subjetiva y su comprensión debe hacerse entendiendo que se trata de la última ratio y puede acarrear consecuencias punitivas

La responsabilidad que se deriva de la gestión fiscal es de índole administrativa porque allí se juzgan las conductas de personas que manejan

bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, pero además es patrimonial y no desemboca en una sanción. En esa medida, “no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial” (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2015).

Si bien puede haber una condena con implicaciones económicas como consecuencia de esta declaración, esta corresponde a la reparación del daño causado y en manera alguna puede tenerse como una sanción de carácter pecuniario en estricto sentido o asimilarse a la pena principal de multa prevista en el ordenamiento penal (Corte Constitucional, Sentencia C-512 de 2013).

También se debe considerar que el proceso de responsabilidad fiscal no pretende investigar la comisión de un delito o de una infracción previamente tipificados. Lo que allí se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un gestor fiscal que maneje dichos dineros, lo que significa que dicho menoscabo debe ser por lo menos cuantificable.

En contraposición y como lo pone de relieve el profesor Sampedro (2006, p. 330), de acuerdo con los rasgos de fragmentariedad y subsidiariedad que identifican al derecho penal, el objeto o causa de la persecución punitiva va encaminado a la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad y solamente se activa frente a los ataques que generen mayor impacto.

Bajo tales consignas, su naturaleza es residual. Esto significa que no cualquier lesión o puesta en peligro implica antijuridicidad material, sino únicamente aquellas que afectan el objeto de salvaguarda de manera grave y que ameritan la imposición de una sanción penal como respuesta del Estado.

La imputación de responsabilidad fiscal a más de un sujeto, a título de dolo o culpa grave, puede operar solidariamente, mientras que en el ámbito penal la responsabilidad se determina de manera individual y la verificación de la tipicidad subjetiva se ajusta a las diferentes modalidades de autoría o participación

De acuerdo con la jurisprudencia, “en aquellos casos en que haya sido posible imputar –con base en culpa grave o dolo- responsabilidad fiscal a

más de un sujeto, éstos, por determinación expresa del artículo 119 de la ley 1474 de 2011, responderán solidariamente” (Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2014).

En dicha providencia se especifica que esto último no implica la creación de un parámetro de imputación distinto a los que rigen en este campo y exige como presupuesto jurídico la demostración de los elementos constitutivos de ese tipo de responsabilidad.

Acreditado lo anterior, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan infringido las obligaciones asociadas a la adecuada gestión fiscal.

Ahora bien, trayendo estas apreciaciones al contexto del derecho penal con fines comparativos, aunque existe claridad que el delito es fuente de obligaciones y que la indemnización de perjuicios se puede reclamar *in solidum*, incluso acudiendo a figuras como el llamamiento en garantía y el tercero civilmente responsable, todos estos aspectos se examinan en el contexto de un eventual adelantamiento de incidente de reparación integral de perjuicios cuando ya media condena en firme, o bien en el proceso civil que se promueva de manera independiente para una reclamación en ese sentido.

De forma complementaria, cuando varias personas se ponen de acuerdo dolosamente para cometer conductas punibles puede configurarse el reato de concierto para delinquir, si se demuestra que hay vocación de permanencia y se busca perpetrarlos de manera indeterminada, o bien la figura de la coautoría.

Esta última forma de participación admite dos modalidades: propia o impropia. La primera se refiere a aquella especie en la que todos los agentes realizan actos de igual índole o naturaleza para la consecución del resultado lesivo, mientras que la segunda se caracteriza porque el plan preconcebido se ejecuta mediante división de trabajo.

Para el juicio de reproche a los coautores rige el principio de imputación recíproca, de acuerdo con el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia del aporte singular que haya prestado, tras adelantarse un juicio *ex ante* y otro *ex post* conforme al plan común (Suárez, p. 396).

A diferencia de lo que ocurre en los procesos de responsabilidad fiscal, en los que tiende a asemejarse el dolo a la culpa grave, en las actuaciones penales cobra preponderancia su clasificación en dolo directo, indirecto y eventual, así como la evaluación de su intensidad como factor de dosimetría punitiva

Dentro de los fundamentos para la individualización de la pena, la ley señala que una vez establecido el ámbito de movilidad, es decir, seleccionado el cuarto en el que ha de determinarse la pena, el sentenciador la impondrá considerando la intensidad del dolo, junto a los siguientes factores: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto (Código Penal, art. 61).

A manera de ejemplo, en un caso conocido por la Corte Suprema de Justicia en el que se halló responsable a una persona por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en consideración específica a este elemento la Corporación razonó:

La Sala de Primera instancia consideró que la intensidad del dolo se acentuó cuando, a sabiendas de que los destinatarios de la obra serían los niños y niñas del municipio de San Agustín, población especialmente protegida en virtud de lo normado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, J.J.C. no adoptó medidas de vigilancia y control más severas en torno a la tramitación del contrato 586 de 2002, ello a fin de asegurar que ese grupo poblacional pudiera contar prontamente con una infraestructura recreacional que le asegurara su desarrollo armónico e integral.

Para esta Sala, tal postura no merece ningún tipo de cuestionamiento, ya que estima acertado exigir a los funcionarios públicos un grado de diligencia mayor cuando de por medio se encuentra los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes del país, ya que no puede ser admisible que su desarrollo y el ejercicio de sus derechos fundamentales se vea comprometido por actuaciones como la que acá se analizó, proceder este que puso innecesariamente en riesgo la existencia de un espacio recreacional idóneo, destinado a la población infantil del municipio de San Agustín.

En esa medida sí es posible deducir un mayor reproche a J.J.C. que justificara dentro del primer cuarto el incremento del mínimo de la

pena (...). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP386-2023, rad. 62645).

En el ámbito fiscal, en cambio, observo, según lo planteado en acápites previos, una tendencia que busca equiparar la valoración de la conducta antijurídica respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, en el dolo y la culpa grave.

En los procesos penales la demostración del dolo puede hacerse a través de cualquier medio suasorio -incluidos los indicios-, pero no tienen cabida presunciones como las que se aplican en la especialidad fiscal

En materia penal rige el principio de libertad probatoria, conforme con el cual los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios suasorios admitidos por las normas vigentes, siempre que no viole los derechos humanos (Ley 906 de 2004, art. 373).

Referente al dolo, entendido como una categoría jurídica que versa sobre un fenómeno que hace parte de la psiquis y libre albedrío del sujeto, la voluntad de cometer una conducta contraria a derecho con pleno conocimiento de su carácter delictivo, resulta claro que difícilmente encuentra acreditación con medios de prueba directos, de manera que su abordaje debe hacerse a partir de la valoración de los actos externos que reflejan esa voluntad y querer de trasgredir la norma y que “permiten, a la luz de los postulados de la sana crítica, arribar a la certeza racional sobre un asunto que de otra manera permanecería en su fuero íntimo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2011-2018, rad. 50590).

Por otro lado, en el contexto de la responsabilidad fiscal descrito, la consagración de presunciones de dolo o culpa grave se han aceptado bajo el marco de la libre potestad de configuración legislativa, sobre la base de diversas justificaciones, entre ellas, la necesidad de hacer efectiva la acción de repetición, la protección de la moralidad pública y el cumplimiento de los fines del Estado. Asimismo, cuando buscan dar seguridad a situaciones relevantes, salvaguardar bienes jurídicos valiosos y no contravienen la lógica ni la experiencia.

Los límites previstos para avalarlas consisten en que no pueden asimilarse a una presunción de responsabilidad; tampoco pueden tener origen en ficciones, es decir, deben ser construidas a partir de la experiencia

y de un razonamiento lógico; y se han de adoptar como medidas razonables y proporcionadas (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 2017).

Si no se verifica el dolo en materia fiscal, se descarta la responsabilidad del agente. Aunque en el derecho penal también puede dar lugar a una causal de atipicidad, se debe establecer si el error es invencible o superable para determinar si opera o no de ese modo

Dentro de las causales de exoneración de responsabilidad que contempla la ley penal colombiana, para efectos del análisis propuesto debo detenerme en aquella que así lo prevé cuando se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Sin embargo, si el error fuere vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Además, cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado (Ley 599 de 2000, art. 32).

Por su parte, en el ámbito del estudio de la responsabilidad fiscal, la ausencia del dolo o culpa grave hará que decaiga el juicio de valor respecto a la culpabilidad y, con ello, se exime de responsabilidad al agente.

Conclusiones

A lo largo del desarrollo del presente documento, he presentado de manera esquemática los principales puntos de proximidad que en un principio acercaban la comprensión del dolo en los ámbitos propios de la responsabilidad fiscal y penal, para luego incursionar en las singularidades de su aplicación en cada campo y enunciar las que considero aquellas diferencias más llamativas entre una y otra especialidad.

Durante ese recorrido, con remisión a diversas fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales, he podido mostrar al lector que constituye una ligereza conceptual pretender igualar el alcance de dicha figura en ambos escenarios y, con fundamento en ello, advierto la necesidad de que cualquier discusión académica, campaña educativa o propuesta legislativa que persiga incentivar la preservación de los recursos del erario y castigar ejemplarmente los casos de defraudación de la función pública, según se trate, partan de reconocer los aspectos distintivos en tales campos.

Así, en tratándose del abordaje del dolo para determinar la responsabilidad fiscal, su análisis corresponde efectuarlo como elemento de la culpabilidad, en línea de criterio de imputación subjetiva y factor de graduación de la conducta centrada en la gestión fiscal. Y para su acreditación en el procedimiento administrativo que se adelanta con fines resarcitorios, con miras a salvaguardar el patrimonio público, es viable aplicar las presunciones legales y los criterios sentados por las altas cortes que lo asemejan a la culpa grave.

Por su parte, el alcance del mismo instituto en la esfera del *ius puniendi* muestra un panorama completamente disímil, toda vez que sale a relucir como modalidad de la conducta punible y ya no como forma de culpabilidad. Asimismo, se clasifica en directo, indirecto y eventual y, en cuanto a las repercusiones que puede tener en el curso de la actuación, sobresale la incidencia en la dosificación de las sanciones según su intensidad, así como la posibilidad de demostrar los componentes que lo integran con cualquier medio de prueba admisible.

Referencias

Arbeláez Ceballos, Cristina (2020). El dolo y su presunción en materia de responsabilidad fiscal. Tesis. Repositorio Universidad de Antioquia. Visible en URL
<https://bibliotecadigital.udea.edu.co/server/api/core/bitstreams/cae3a8e6-c2d8-4111-8e7d-8d8c5d375820/content>

Barreto Ardila, Hernando y Blanca (2009). Dolo, culpa y preterintención: ¿formas de culpabilidad?. *Díkaion*, 6. Revista de fundamentación jurídica. Universidad de la Sábana. Visible en <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/255>

Bustos Ramírez, Juan (1989). Manual de Derecho Penal. Parte General. 3 ed. Ariel

Castro, Sandra Jeannete (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tipo subjetivo. 2a reimpresión. Universidad Externado de Colombia.

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.

Código Civil Colombiano.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de fecha 15-05-25, rad. 25000234100020120040901.

Constitución Política Nacional de 1991.

Corte Constitucional, Sentencia C-512 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2015

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2022.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2011-2018, rad. 50590.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5522-2019, rad. 54271.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1680-2022, rad. 60875.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP386-2023, rad. 62645

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP497-2025, rad. 67167.

Jakobs, Günther (1995). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Ley 1474 de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Muñoz Conde, Francisco (2012). Teoría general del delito. Ed. Temis.

Roxin Claus (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito. Ed. Civitas S.A.

Sánchez Torres, Carlos Ariel (2007). Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia. Artículo de investigación Universidad del Rosario. Visible en la URL <https://repository.urosario.edu.co/items/5f0f2dde-e4b9-4c27-a92f-90530e96cf93>.

Suárez Sánchez, Alberto (2007). Autoría. 3 Ed. Actualizada. Universidad Externado de Colombia.

Velásquez Velásquez, Fernando (2009). Derecho Penal. Parte General. 4 ed. Conlibros.



Instituto de Ciencia Política
Hernán Echavarría Olózaga

Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga

info@icpcolombia.org / Cel. +57 313 431 20 95

Calle 70 #7A - 29 Bogotá, Colombia

www.icpcolombia.org