



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**DOCUMENTO DE TRABAJO Nº 2**

**¿INCIDE LA INIMPUTABILIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOLO?  
EVENTUALES REPERCUSIONES EN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

**Prof. Dr. Raúl Carnevali Rodríguez**

**Prof. Dr. Osvaldo Artaza Varela**

**DICIEMBRE DE 2017**

**Consultas sobre este documento:**

**[udpe@dpp.cl](mailto:udpe@dpp.cl)**

**Unidad de Defensa Penal Especializada  
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

## **¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad**

Prof. Dr. **Raúl Carnevali Rodríguez**

Prof. Dr. **Oswaldo Artaza Varela**

Centro de Estudios de Derecho Penal

Universidad de Talca

### **1. Presentación del problema y objeto del informe.\***

Se nos ha pedido informar acerca de si determinadas circunstancias personales del autor, que usualmente son entendidas como casos de inimputabilidad, pudieran ser consideradas a la hora de precisar, por el juez, si el agente actúa o no con dolo y los efectos que tal decisión podrían tener en sede de otra clase de consecuencias de relevancia, como podría ser la imposición de medidas de seguridad. Eventualmente se podría plantear el siguiente dilema a la defensa de un imputado en el que se presenten ciertos trastornos mentales: si el sujeto no estaba en condiciones de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo penal determinado, debido a su condición psíquica, podrían no satisfacerse los requisitos del tipo subjetivo —doloso—, en la medida que se entienda por dolo el conocer y querer la realización de los elementos de un tipo penal y el agente haya actuado en lo que se conoce como un error de tipo —psíquicamente condicionado—. Así las cosas, no se cumplirían los requisitos del tipo penal y, por tanto, en un sistema del delito compuesto por las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la ausencia de éstos impediría predicar el injusto de la conducta, por lo que tampoco tendría sentido la pregunta por la culpabilidad del autor.

---

\* Se agradece la valiosa ayuda prestada por los ayudantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Talca Mario Orellana Zenteno y Ricardo Mendoza Tapia.

Para abordar este problema se expondrá el siguiente supuesto<sup>1</sup>:

*“El día 29 de abril del año 2015, a las 23:00 horas aproximadamente, el imputado de nombre J. L. A. M. C. se constituyó en el domicilio de la afectada J. P. B. A., antejardín del domicilio ubicado en I.C.B N°2951, San Antonio. Agregando que llegó gritando insultos a la afectada, incumpliendo la medida cautelar dictada en resolución de causa RIT 2394-2015 de fecha 24 de abril del año 2015 por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, imponiendo como medida la establecida en el Art. 9 letra b) de la Ley 20.066, esto es, la prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que concurra, la cual se encontraba vigente a la época de ocurrencia de los hechos y notificada en forma personal al imputado”.* De acuerdo a lo esgrimido por el Ministerio Público, los hechos antes descritos constituyen el delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, encontrándose dicho ilícito en grado de consumado, correspondiéndole al acusado la calidad de autor. Lo relevante del caso es que se determina en juicio que el acusado padecía de una enfermedad crónica como espectro esquizofrénico con deterioro psico-orgánico moderado que no le permitiría tomar decisiones y que no sería capaz de auto determinarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta. Su trastorno afectaría “la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, entre las más puntuales, memoria, etc., impidiéndole tomar decisiones...”. El tribunal concluye que en tales circunstancias el hecho no constituía un ilícito penal “por ausencia del elemento culpabilidad”, ya que el acusado, a la época de los hechos se encontraba en una situación de enajenación mental (art. 10 N°1 Código Penal). Con todo, el tribunal reconoce que se cumplían los requisitos de la tipicidad y de la antijuridicidad, pero “sin que pueda establecerse el elemento subjetivo o dolo específico de desacatar el mandato judicial por

---

<sup>1</sup> Los hechos corresponden a la causa RIT 203-2016 y los razonamientos que se expondrán a continuación reflejan tanto la resolución del TOP de San Antonio, así como a la SCA Rol 2223-2016 (de 6 de enero de 2017), correspondiente a recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública contra dicha sentencia por errónea aplicación del derecho.

su condición de inimputable”<sup>2</sup>. Al tratarse de un sujeto del cual se pudo verificar su *peligrosidad*, el Tribunal Oral en lo Penal impone una medida de seguridad de custodia y tratamiento.

Frente a tal resolución se interpone por parte de la defensa del condenado recurso de nulidad —específicamente la contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal— basado, entre otras razones, en la imposibilidad de que el encartado pudiere incumplir una orden judicial por tratarse de un inimputable y, por tanto, “no existió conocimiento de la prohibición que le afectaba”. En suma, y lo que acá interesa, es que el acusado habría sido notificado verbalmente de la orden judicial que prohibía acercarse a determinada persona. Sin embargo, debido a la condición de enajenado mental que presentaba el sujeto, no habría estado en ningún caso en condiciones de conocer que se le estaba comunicando determinada resolución de un tribunal y, por ende, de conocer la prohibición. Por lo mismo, al acercarse a esta persona, tampoco estaba en condiciones de saber que incumplía una orden de un juez.

Como sostiene la Corte de Apelaciones: “...puede afirmarse que los sentenciadores han tenido como hechos indubitados en la causa, además de aquellos referidos en el fundamento noveno, los siguientes:

a) Que el requerido tiene una enfermedad crónica con espectro esquizofrénico con deterioro psico-orgánico moderado;

---

<sup>2</sup> En considerando décimo establece lo siguiente: “En lo puntual, la declaración pericial, versada en la esfera de los conocimientos científicamente afianzados, sirvió para esclarecer que el requerido tiene una enfermedad crónica con espectro esquizofrénico con deterioro psicoorgánico moderado, lo que estima “*importante*”; más la presencia de un problema desde los 18 años de consumo de altas cantidades de alcohol que pudieron haber producido un efecto tóxico y contribuyó a su deterioro, con un disfuncionamiento de personalidad severo y un entorno social que destaca por una importante disminución de sus redes sociales, las que son inexistentes pues viviría prácticamente en la calle, está en situación precaria, pese a tener una pensión asistencial y un deterioro muy importante en su desenvolvimiento de las actividades de la vida cotidiana, todo lo cual, repercute en una enfermedad y deterioro crónico que no le permite tomar decisiones, no es capaz de auto determinarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta, constituyendo un problema global y permanente, pues afecta la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, impidiéndosele tomar decisiones, evaluando situaciones concretas”.

- b) Que su enfermedad y deterioro crónico no le permite tomar decisiones, no es capaz de auto determinarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta;
- c) Que lo dicho constituye un problema global y permanente, pues afecta la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, impidiéndosele tomar decisiones, evaluando situaciones concretas;
- d) Que no actuó con dolo, entendiendo por tal, los jueces, la falta de conocimiento y comprensión de la prohibición de acercamiento que se le impuso”<sup>3</sup>.

En definitiva, la Ilustrísima Corte de Apelaciones estimó que la resolución recurrida concluía sin mayores fundamentos, “que el hecho típico se encontraba plenamente establecido, aun cuando, al mismo tiempo, dieron por demostrado que el dolo (que llaman específico) no se encontraba presente por tratarse de un inimputable”<sup>4</sup>. Este sería, a juicio de la Corte de Apelaciones respectiva, donde se advierte la errónea aplicación del derecho “puesto que, dando por establecida la “falta de conocimiento y comprensión que alega la defensa con respecto a la prohibición vulnerada” son mayores argumentaciones desplazan tales falencias, hacia la culpabilidad”<sup>5</sup>, siendo que, en estricto rigor, debió haberlas considerado ya a la hora de determinar si se cumplían los requisitos del tipo penal —específicamente el tipo subjetivo— de la siguiente forma:

*“Conforme a lo reseñado, no debía examinarse la falta de conocimiento de la prohibición en sede de culpabilidad, sino mucho antes, en el examen de la tipicidad puesto que, para estimar el hecho como típico, era menester demostrar que habiendo tomado conocimiento el agente de la resolución que lo compelió a una determinada conducta, ésta hubiese sido desatendida y, como en el caso de marras, tal conocimiento no puede ni siquiera presumirse, la conducta desplegada*

---

<sup>3</sup> SCA, rol 2223-2016, considerando noveno.

<sup>4</sup> SCA, considerando sexto.

<sup>5</sup> SCA, considerando séptimo.

*por aquel, deviene atípica”<sup>6</sup>. Por lo mismo, la consecuencia que extrae el tribunal es que, en definitiva, no procede aplicar una medida de seguridad al sujeto debido a que no se cumpliría con el requisito establecido en el artículo 455 del Código Procesal Penal, de constatar previamente, la presencia de un hecho típico y antijurídico”<sup>7</sup>.*

Como se puede apreciar, nos enfrentamos al dilema de si ciertas circunstancias personales del sujeto, habitualmente examinadas a propósito de la culpabilidad, y específicamente a propósito de lo que se entiende por imputabilidad —o capacidad de culpabilidad<sup>8</sup>—

---

<sup>6</sup> SCA, considerando décimo segundo. Es importante considerar que el fallo en comentario presenta voto disidente (Ministra Repetto), quien estuvo por rechazar el recurso, y que la situación de inimputabilidad referida solo podía ser considerada en sede de culpabilidad y no en sede de tipicidad y antijuridicidad como el voto mayoritario. Especialmente relevante es el siguiente razonamiento: “Que a juicio de esta Ministro disidente, siempre un demente por ser un sujeto privado de razón no va a estar en condiciones de entender, que con su actuar realiza una conducta típica y antijurídica, por lo cual si incurre en ella será absuelto, por estar exento de responsabilidad ya que no puede atribuírsele culpa o dolo, pero no debe confundirse esa inimputabilidad intrínseca del demente con exigencias que el tipo penal no ha establecido”.

<sup>7</sup> Es importante considerar que tal conclusión no resulta pacífica en la práctica de nuestros tribunales. Así, por ejemplo, causa Rit: 676-2016. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique: “En audiencia verificada el día 25 de julio de 2015, ante el juzgado de garantía de Iquique, en causa Rit N° 8237-2015, se dispuso la medida cautelar del artículo 9 letra b) de la ley 20.066 en relación al artículo 155 del Código Procesal Penal, en cuya virtud se prohibía a CPM, acercarse a su madre LMA, en cualquier lugar en que estuviera, y en especial al domicilio de calle TN° 1507 de Iquique, como también en su lugar de trabajo o estudios; medida que notificada en la misma oportunidad, cuya vigencia se extendió hasta el 16 de noviembre de 2015 y que el encausado incumplió el 23 de agosto de 2015 cuando, en diversas oportunidades, concurrió hasta el domicilio referido, en busca de su progenitora.” El imputado se encuentra aquejado por una patología denominada esquizofrenia paranoide, con daño cognitivo secundario al consumo abusivo y dependiente de la pasta base de cocaína; delirante y carente de juicio de realidad, con un déficit de control inhibitorio que le dificultan evitar su actuar respecto de conductas inadecuadas. El tribunal argumenta en el considerando 8° respecto a la concurrencia de los elementos del injusto en la presente causa que: “En el escenario descrito, nos enfrentamos a la ejecución de un hecho que objetiva y subjetivamente, cumple con los requisitos de tipicidad, en tanto su antijuridicidad emana de la circunstancia de no concurrir en la especie alguna causal de justificación, permitiendo así enmarcar la conducta en la figura de desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, pretendida por el acusador.”

<sup>8</sup> Como ha señalado Cillero (2011), p. 179, “para la doctrina nacional mayoritaria, la imputabilidad es la *capacidad de conocer lo injusto y de determinarse según ese conocimiento* o, dicho sintéticamente, imputabilidad es *capacidad de culpabilidad*” (cursivas en original). Por todos, Garrido Montt (2003), p. 208: “Analizada desde el ámbito semántico, la expresión imputabilidad significa “atribuibilidad” o sea las diversas condiciones que debe cumplir un sujeto para ser susceptible de reproche, pero si bien esa noción corresponde a la idea, presenta un aspecto formal de lo que es imputabilidad, cuando lo que interesa es su noción substancial. Con distintas expresiones, la mayor parte de los autores concuerdan en que este último sentido se traduce en el siguiente concepto: “capacidad de conocer que es injusto y de actuar conforme a tal comprensión”; De acuerdo a lo señalado por García Caveró (2012), p. 642, la “inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal.

debieran o no tener incidencia a la hora de configurar elementos previos del delito, específicamente en el caso concreto, el de la tipicidad subjetiva<sup>9</sup>. Como se podrá apreciar a continuación, los casos que parecen más problemáticos son aquellos en que la condición personal del sujeto está dada por aquellos problemas de salud asociados a la pérdida de las condiciones físicas y mentales para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a ella<sup>10</sup>.

## **2. Incapacidad de conocer el injusto del actuar: ¿problema propio de la culpabilidad o debe incidir en la conformación del injusto?.**

Ya hace un buen tiempo Joshi sostuvo, en España, que para ciertos casos en que los tribunales declararon inimputables a personas que cometieron un hecho típico, se debieron haber considerado tales circunstancias personales —que sirvieron de base de la declaración de inimputabilidad— en forma previa, específicamente, en la configuración de injusto<sup>11</sup>. Como indica Silva Sánchez, las “alteraciones psíquicas, en determinados casos, pueden no limitarse a afectar la culpabilidad del sujeto, excluyendo o atenuando su imputabilidad, sino que, además, pueden afectar a la acción, la tipicidad o la antijuridicidad de muy diversas formas, directas o indirectas”<sup>12</sup>. El autor distingue cuatro supuestos de casos:

---

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, Molina Fernández (2008), p. 115: “Se trata de la calificación de ciertos hechos en los que sin duda falta algún elemento subjetivo de los que la teoría considera imprescindibles para la presencia de una acción típica —hay una causa de ausencia de acción, un error de tipo o falta un elemento subjetivo del injusto—, y en los que, sin embargo, intuitivamente percibimos que deberían aplicarse las consecuencias jurídicas ligadas al injusto penal, y muy especialmente una medida de seguridad”. Ver al respecto, también, Militello (1999), p. 401.

<sup>10</sup> García Caveró (2012), p. 643. Se trata, de acuerdo al autor, de “enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades personales mínimas para poder recibir una imputación penal”. Fundamental, aunque para el ámbito angloamericano, Morse; Hoffman (2007), p. 1087, para quien ciertos desórdenes mentales pueden impedir la capacidad de formación del requisito del *mens rea*.

<sup>11</sup> Joshi Ubert (1989), p. 125; Molina Fernández (2008), p. 114; Silva Sánchez (2003), p. 99, sostiene que “en el marco general de la teoría del delito el fenómeno empírico de las anomalías o alteraciones psíquicas se ha examinado, por lo común, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad —y, concretamente, de la imputabilidad—. Sin embargo, lo cierto es que no ha dejado de advertirse que todas las diversas formas de alteraciones y anomalías psíquicas, en su múltiple repercusión sobre la realidad de los hechos delictivos, pueden incidir ya en niveles sistemáticos anteriores a la culpabilidad”.

<sup>12</sup> Silva Sánchez (2003), p. 100; el mismo (2014), p. 4.

- a) Aquél en el que la alteración psíquica provoca un error acerca de la concurrencia de elementos fundadores de la responsabilidad efectivamente existentes (ausencia de acción, error de tipo)<sup>13</sup>.
- b) Aquél en que la alteración psíquica produce la suposición errónea de la concurrencia de los elementos de una causa de justificación o exclusión de la culpabilidad (eximentes putativas)<sup>14</sup>.
- c) Aquél en el que la alteración psíquica provoca la suposición errónea de la concurrencia de elementos fundadores de la responsabilidad (tentativa irreal o tentativa inidónea, según la concepción de la tentativa que se acoja).
- d) Aquél en el que alteración psíquica da lugar a un error sobre la concurrencia de situaciones justificantes o exculpantes realmente existentes (casos de falta del elemento subjetivo de justificación o de exculpación)<sup>15</sup>.

Habría sido habitual, según el autor, que en tales supuestos se sostuviera por cierto sector de la doctrina la necesidad de aplicar medidas de seguridad en caso de verificar la

---

<sup>13</sup> Al respecto, resulta útil el siguiente caso propuesto por Molina Fernández (2008), p. 115, conocido como el "caso de los avestruces": A mata a su mujer, su suegra y deja gravemente heridos a sus dos hijos. Se descubre que los mató mientras dormía, en un estado de "parasomnia", y creyendo que sus familiares eran en realidad avestruces que le atacaban. De acuerdo al autor incluso "si se negase la calificación de ausencia de acción en supuestos de sonambulismo, por aceptar algún grado residual de consciencia, parece evidente que concurriría un error de tipo invencible acerca de la cualidad de humano de aquello sobre lo que se realizaba la acción". También el siguiente caso propuesto por Silva Sánchez (2014), p. 10: "...un sujeto enajenado, víctima de una alucinación producida por su patología, cree golpear a un animal, cuando resulta que se trata de un hombre".

<sup>14</sup> Al respecto, Molina Fernández (2008), p. 119, propone el siguiente caso: un sujeto "bajo los efectos de un medicamento contra el SIDA que estaba tomando, creyó ver a dos desconocidos escondidos en el salón de su casa, ante lo que pidió ayuda a la policía, que no pudo prestársela por no haber sido el imputado ni siquiera capaz de darles su dirección, tras lo cual, para poner una barrera entre los supuestos agresores y él, prendió fuego al sofá y luego bajó a la calle cubierto con una manta y portando un cuchillo y un desatornillador para defenderse". Es importante considerar como lo aclara el autor, que en tales casos faltaría el tipo subjetivo solo para quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría limitada de la culpabilidad.

<sup>15</sup> Silva Sánchez (2003), p. 101.



peligrosidad del sujeto, pero que se adujeran, al mismo tiempo, dificultades dogmáticas, e incluso legales, para tal aplicación<sup>16</sup>.

Como se podrá apreciar a continuación, uno de los principales problemas de índole sistemático que se habrían planteado es el de determinar si la concurrencia de tales circunstancias puede incidir o no, en la respuesta a si es posible hablar de comportamiento doloso. Lo anterior se debe a una razón bastante sencilla: si bien es cierto la imputabilidad implica capacidad de conocer el injusto del actuar, en aquellos casos de alteración de la percepción de la realidad, o de mera incapacidad de comprensión, podría plantearse la legítima duda de si esa "incapacidad de conocer", podría afectar en primer lugar la posibilidad de que se satisfagan ciertas exigencias provenientes del tipo subjetivo. Por lo mismo, debemos ahondar brevemente en algunos conceptos previos, esto es el del dolo y su exclusión.

## 2.1 El dolo. Contenido del dolo y su exclusión.

Como ha señalado Hernández, nuestra doctrina ha entendido el dolo desde una perspectiva dual, esto es, como conocimiento y voluntad de realización del hecho típico<sup>17</sup>. Esto quiere decir, al menos, y siguiendo en esto a Kindhäuser, que un sujeto actúa dolosamente "si en atención a las circunstancias objetivas del hecho relevantes, obra con el grado de conocimiento, y dado el caso con la disposición volitiva, que requiere la definición objetiva de dolo que ha de ser aplicada<sup>18</sup>". Tal punto de partida nos permite, además, clarificar la relación que se presenta entre lo que se conoce como tipo objetivo y tipo subjetivo, ya que,

---

<sup>16</sup> Silva Sánchez (2003), p. 101.

<sup>17</sup> Hernández, 2011, p.53. De acuerdo a lo señalado por el autor, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico-penal no define "dolo", la exigencia de ambos elementos se desprendería de varios pasajes de la ley. Así, en primer lugar, el elemento cognitivo se refleja en la regla de la oración final del inciso tercero del Art. 1º, ya que para los casos conocidos como de *error in personam* (mal del delito recae sobre persona distinta de la que se pretendía ofender) "no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad. Al respecto, entre otros, Garrido Montt (2003), p. 75; Cury (2005), p. 303; Politoff/Matus/Ramírez (2004), p. 255; Cousiño (1975), p. 543 y ss.

<sup>18</sup> Kindhäuser (2008), p. 5.

de acuerdo con este autor, tal relación no responde a elementos de un mismo orden lógico, sino que de otro orden: “los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo”<sup>19</sup> o, en otras palabras, “al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor”, lo que corresponde, a su vez, al contenido de la imputación subjetiva compuesto, en definitiva, por los conocimientos del autor como fundamento y el límite de la imputación —dolo e imprudencia—<sup>20</sup>.

Como es bien sabido, nuestra doctrina suele diferenciar diversas formas de dolo, atendiendo a si junto a los elementos cognitivos priman elementos volitivos, como en el dolo directo de primer grado el que es conocido como “intención”, en contraposición a lo que se conoce como dolo eventual, construido principalmente sobre la base de puros elementos cognitivos<sup>21</sup>. Con todo, es importante considerar que se ha puesto en duda la posibilidad de equiparar el elemento volitivo al cognitivo. Así, por ejemplo, para Hruschka entre ambos existiría una relación de dependencia de acuerdo con la cual “siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión”<sup>22</sup>. Con independencia de lo anterior lo que no puede ser puesto en duda es que lo que es común a toda forma de dolo, es decir, aquello que constituye su contenido mínimo, es su componente cognitivo. Como indica recientemente Sánchez Málaga, “el dolo debe implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción”<sup>23</sup>.

El análisis de este contenido mínimo del dolo resulta fundamental para el objeto del presente informe, en la medida que lo que interesa es determinar las condiciones bajo las cuales un sujeto habría actuado desconociendo que su comportamiento realiza los

---

<sup>19</sup> Kindhäuser (2008), p. 5.

<sup>20</sup> Kindhäuser (2006), p. 65. Entre nosotros, Garrido Montt (2003), p. 74, señala que “la parte subjetiva del tipo coincide con la fase subjetiva de la acción, si bien sólo en cuanto interesa al tipo penal, a la descripción legal”.

<sup>21</sup> Entre otros, Cury (2005), p. 316 y ss.; Garrido Montt (2003), p. 78 y ss.; Politoff/Matus/Ramírez (2004), p. 275 y ss.

<sup>22</sup> Hruschka (2005), p. 148.

<sup>23</sup> Sánchez Málaga (2016), p. 63.

elementos de un tipo de delito. Por tal razón, debemos ahondar brevemente en el alcance del conocimiento propio del dolo.

Según una aproximación que ya resulta minoritaria en nuestro país, el dolo podría ser entendido como conocimiento de realización de un delito, lo que supondría también la consciencia de la antijuridicidad o carácter prohibido de ese hecho<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, entre nosotros, Etcheberry, para quien “dolo es el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado”<sup>25</sup>.

Como indica Luzón Peña, el dolo se concebía como dolo subjetivamente malo (*dolus malus*) y, por ello, resultaba coherente su ubicación dentro de la culpabilidad “como grado superior o forma más grave, pues para la plena culpabilidad (individual) es preciso el conocimiento de la prohibición o antijuridicidad por parte del sujeto<sup>26</sup>”. En este sentido, es importante considerar que el dolo era entendido, para la teoría clásica del delito, como una forma de culpabilidad, que se entendía como una reunión de todos los requisitos subjetivos del delito y se caracterizaba, de acuerdo a Luzón-Peña, por constituir un concepto meramente descriptivo “concretamente como comprobación de un nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. Lo característico del dolo sería que el nexo psíquico “que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado)”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> En relación a lo que entiende como “concepto tradicional” de dolo, o dolo malo, ver Luzón-Peña (2016), p. 386.

<sup>25</sup> Etcheberry (1998), p. 292; para Novoa (2005), p. 465, el dolo es un elemento de la teoría del delito que debe examinarse en la esfera de la culpabilidad: “Esto es así porque el dolo, al igual que la culpa, es una de las especies de culpabilidad que permiten fundamentar el reproche jurídico subjetivo”

<sup>26</sup> Luzón Peña (2016), p. 386.

<sup>27</sup> Luzón Peña (2016), p. 219.

No obstante, en la actualidad se considera como mayoritaria, al menos en la doctrina, aquella concepción que ubica el dolo en el injusto, lo que se explica por diversas razones<sup>28</sup>. Así, por motivos que conciernen a la propia categoría de la culpabilidad y que se explican por el proceso de normativización de la misma, ya que se ha ido abandonando la división objetivo-subjetiva del delito característica del concepto causalista del delito y que justificaba la consideración del dolo y la imprudencia como expresión de “puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos”<sup>29</sup>. Por otra parte, con la primacía del concepto personal de injusto no parece correcta la consideración de este elemento del delito sin consideración a las posibilidades de evitación del menoscabo de bienes jurídicos. De acuerdo a Kindhäuser, “ya el juicio de antijuridicidad, el cual antecede a la imputación de culpabilidad, no podrá más que referirse a aquellas formas de comportamiento que pueden y deben ser evitadas (tratándose de prohibiciones) o ejecutadas (tratándose de mandatos) para evitar el menoscabo de un bien jurídico”<sup>30</sup>. Por lo tanto, se entiende que no pueda ser, a su vez, considerado como jurídico penalmente relevante aquellas afectaciones a bienes jurídicos, que “no son evitables a través del seguimiento de una norma”<sup>31</sup>.

Una de las principales consecuencias de tal diferenciación es el abandono de la concepción del dolo malo, y la reducción del conocimiento del dolo entendido como dolo natural. Por tanto, vinculado exclusivamente a los elementos objetivos del tipo penal, sin necesidad de ahondar en el problema del conocimiento de la antijuridicidad, el que se transforma en un asunto que atañe a la categoría de la culpabilidad.

---

<sup>28</sup> Ver, en forma breve, Frister (2011), para quien la respuesta al problema de si “también el dolo y la imprudencia forman parte ya de los elementos que fundamentan el ilícito, y, entonces, integran el tipo, o si son relevantes recién para la reprochabilidad personal, va a depender de si “se define el ilícito penal sólo como un acontecer objetivo que contradice la ley penal respectiva o como, al menos también, una formación de voluntad, por parte del autor, no adecuada a esa ley”, p. 151

<sup>29</sup> Sánchez Málaga (2016), p. 63.

<sup>30</sup> Kindhäuser (2008), p. 7.

<sup>31</sup> Kindhäuser (2008), p. 7.

Así las cosas, parece más fácil abordar el contenido cognitivo del dolo. Como indica Hernández, existiría acuerdo en cuanto a que el dolo “requiere que el sujeto advierta en su conducta y en las circunstancias en que ésta se desarrolla todas las notas que son relevantes desde el punto de vista del tipo penal”<sup>32</sup>. Con todo, tal aseveración puede ser evidentemente problematizada en la medida que dependiendo del alcance que se le asigne a la categoría de la tipicidad también variará el contenido del tipo subjetivo. De acuerdo a Luzón Peña, no existiría acuerdo respecto al contenido de la categoría “elementos objetivos del tipo”, ya que, por una parte, se puede entender exclusivamente referida al tipo indiciario —o conocido como tipo positivo o estricto— o, por la otra, junto a lo anterior al conocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación<sup>33</sup>. Este problema resulta relevante, sobre todo, para efectos de delimitar la exclusión del dolo por casos de error.

Una vez que se ha descrito algunos aspectos centrales relativos a lo que se ha entendido por dolo, se debe abordar el problema de las consecuencias asociadas a la constatación de que el sujeto ha obrado desconociendo que su comportamiento realizaba los elementos objetivos de un tipo penal<sup>34</sup>. Este paso sería del todo relevante para la configuración del injusto en un sistema de injusto personal, ya que, la ausencia de tal conocimiento implica la ausencia del dolo y, por ende, que no se satisfagan las exigencias asociadas a la tipicidad subjetiva, salvo en ciertos casos en que subsistiría la opción de imputar subjetivamente a título de imprudencia. Así, nuestra doctrina y jurisprudencia reconoce que la ausencia de conocimiento, es decir, el error sobre cualquier elemento del tipo, excluye el dolo, sea evitable o no tal desconocimiento por parte del autor<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Hernández (2011), p. 54: “En síntesis, el dolo requiere que el sujeto advierta que está matando a su hijo, que se está apropiando de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, que está accediendo carnalmente a una persona menor de 14 años, que está destruyendo una cosa ajena, etc.”.

<sup>33</sup> Luzón Peña (2016), pp. 386 y ss.

<sup>34</sup> Como señala acertadamente Fakhouri Gómez (2009), p. 5: “Dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda. Por este motivo, la decisión acerca del error que excluye el dolo y del error que lo deja intacto se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de dolo que se maneje”.

<sup>35</sup> Por todos, Cury (2005), p. 309 y ss.

La clase de desconocimiento que interesa para la configuración del tipo subjetivo es aquella que, en definitiva, versa sobre el objeto de la valoración, esto es, la conducta del sujeto en sus circunstancias concretas, y no el desconocimiento del carácter antijurídico de tal conducta, conocido como error de prohibición, que consiste en un error acerca de la valoración del objeto —la misma conducta— y que en la actualidad se suele abordar como un asunto propio de la culpabilidad. Así, si el agente desconoce que está manteniendo relaciones sexuales consentidas con menor de 14 años, por creer, en forma evitable o inevitable, que el otro tiene 18 años, no actúa con dolo en la medida en que yerra acerca del objeto que se valora como antijurídico, cree estar realizando una conducta diversa de aquella desvalorada. Desconoce que su conducta realiza los elementos del tipo penal del art. 362 del Código Penal chileno. Por el contrario, si sabe que la menor aún no cumple 14 pero cree que tal conducta no se encuentra prohibida, desconocería la valoración del objeto, esto es, su carácter de antijurídico.

Este punto resulta fundamental para el objeto del presente informe, en la medida que, como se podrá apreciar a continuación, una de las alternativas que se ha planteado por alguna doctrina sería que en ciertos supuestos de sujetos que padecen determinados trastornos mentales —usualmente analizados a propósito de la culpabilidad— se tendría que asumir que el sujeto no estaba en condiciones —en razón del trastorno en particular— de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo.

## **2.2 ¿Ausencia de dolo en casos de error psíquicamente condicionados?.**

Excluir el dolo en tales casos no es irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, ya que dependiendo el lugar que se le asigne y su rol en la configuración del injusto, incluso se podría llegar a la conclusión de que se está en presencia de un comportamiento que no contraviene al ordenamiento jurídico. Molina Fernández, entre otros, ha señalado que lo anterior es de suma importancia, en la medida que tal conclusión traería efectos asociados a las posibilidades de defensa —por parte del tercero afectado

por el ataque del agente que actúa en tal situación de desconocimiento—<sup>36</sup>, o incluso en la posibilidad de dictar medidas de seguridad si se entiende que las mismas solo pueden ser aplicadas en caso de que se constate en forma previa un hecho típico y antijurídico y se interprete tal exigencia en forma equivalente al “injusto personal” y, al mismo tiempo, como podremos apreciar, se considere que la configuración del tal injusto supone acreditar —en el sentido de demostrar— que el sujeto actuó efectivamente con dolo como un problema psíquicamente o psicológicamente constatable. Por ejemplo, a través, de indicios que permitan extraer de su comportamiento externo que conocía la realización de determinada conducta y no otra.

Piénsese en el siguiente caso: Un sujeto, que padece una esquizofrenia con alucinaciones acústicas ingresa a una multi tienda y toma un bien mueble ajeno creyendo —producto de esta clase de alucinaciones— que era suya debido a que se la habían regalado los dueños de la tienda, quienes le habían informado de tal situación por los parlantes del establecimiento<sup>37</sup>. En este sentido, Joshi cuestiona la práctica de los tribunales que aplican una medida de seguridad sin verificar, previamente, si concurren los elementos del injusto, ya que se remitirían exclusivamente, a centrarse en la eventual exclusión de responsabilidad

---

<sup>36</sup> Molina Fernández (2008), p. 123: “Como en los casos examinados no concurre un hecho antijurídico, falta un presupuesto esencial de aplicación de las medidas de seguridad (podríamos añadir: ni cae defenderse legítimamente contra ese hecho, y es posible participar en él sin ser punido) y ello contrasta con la percepción intuitiva de que en estos casos las medidas deben imponerse (si hay peligrosidad) y con el hecho real de que los tribunales efectivamente las imponen...”

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, se podría distinguir de otro grupo de casos diversos, en donde el trastorno mental puede llevar a una persona con alucinaciones a matar a un sujeto viendo en él el resto de su enemigo. O frente a los casos en que un sujeto mata a los hijos de su enemigo debido a que en un delirio cree que es la única forma de evitar la llegada del anticristo a vivir entre los hombres. Es evidente que en estos dos supuestos quien mata sabe que está matando a otro. Al respecto, ver ejemplos propuestos por Morse; Hoffman (2007), p. 1089-1090. En Chile, se puede considerar los siguientes casos: Causa RIT N° 261-2017, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua: El día 11 de abril de 2016 en horas de la noche, el imputado O.F.D.S se encontraba junto a su padre en el domicilio de este último, el agresor entro al dormitorio del padre, donde se encontraba durmiendo, procediendo a agredirlo con un arma blanca sin provocación alguna, La víctima intentó huir, saliendo por la ventana de su dormitorio en dirección al patio posterior del inmueble, pidiendo auxilio, sin embargo el imputado lo retuvo, continuando con las agresiones con el cuchillo, para luego tomar un serrucho, cortando la región cervical hasta lograr la decapitación completa de la víctima. Luego el imputado arrastró a la víctima hacia el patio posterior donde dejó su cuerpo junto a su cabeza. Al imputado lo afecta una esquizofrenia paranoide, que le producen delirios de persecución, creyendo que todo el mundo lo persigue y le quiere hacer daño, escucha voces y presenta alucinaciones, que en el momento del suceso estaban presentes indicándole “mátalo, mátalo”.

por inimputabilidad. En el fondo, la autora cuestiona, para este grupo de supuestos, que no se ponga en duda la presencia de un comportamiento doloso debido a la concurrencia de un error de tipo invencible por desconocimiento inevitable de la ajenidad de la cosa<sup>38</sup>.

Tal cuestionamiento se basa en el hecho de que en el caso planteado se trata de un supuesto en los que el agente “como consecuencia de su enfermedad o trastorno psíquico... ve menguada su capacidad de percepción de la realidad, o desconoce leyes causales del actuar humano, o criterios de significación social, de modo que, en definitiva, ignora el contenido último de lo que hace...”<sup>39</sup>. Por lo mismo, podría parecer razonable su actuación en error de tipo, debido a que no está en condiciones de conocer la ajenidad de la cosa<sup>40</sup>. Ahora, debido a que el objeto del informe dice relación con detectar exclusivamente la incidencia de la constatación de tales alteraciones en la configuración del tipo subjetivo, específicamente en lo que atañe a la atribución de dolo, nos remitiremos exclusivamente a los supuestos que sean relevantes desde esta perspectiva y sus consecuencias para la imposición de medidas de seguridad<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Así, también en Latinoamérica, cierta doctrina habla derechamente de “error de tipo por incapacidad psíquica”, Zaffaroni; Alagia; Slokar (2002), p. 535: “el agente puede incurrir en errores de tipo por incapacidad psíquica permanente o transitoria: quien por alteración morbosa de las facultades o por insuficiencia de éstas... no tiene, en el momento de la acción, la capacidad de conocer o de actualizar los elementos conscientes necesarios para configurar la finalidad realizadora del tipo, no obra con dolo. No se trata aquí sólo de supuestos de autismo esquizofrénico y alteraciones de la sensopercepción (ilusiones y alucinaciones) que impidan reconocer los elementos objetivos del tipo ( quien percibe animales y son personas) sino también: (a) los oligofrénicos que no pueden comprender ciertos conceptos abstractos, como la ajenidad de la cosa; (b) los niños pequeños, respecto de los cuales es difícil pretender que conceptúen como cosa algunos objetos; (c) las personas que obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sensopercepción o la actualización de algunos conocimientos; (d) las personas que por efecto del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de la sensopercepción”. Señalan, a su vez, que esta forma de ausencia de dolo no habría sido suficientemente estudiada por la doctrina.

<sup>39</sup> Silva Sánchez (2003), pp. 103-104.

<sup>40</sup> Silva Sánchez (2014), p. 10, plantea este autor que el verdadero problema se plantea cuando “la anomalía psíquica excluye el dolo natural típico”.

<sup>41</sup> Para Silva Sánchez (2014), p. 10, “parecen menos problemáticos los casos en los que el error del enfermo mental deja subsistente el injusto personal de la doctrina dominante... Así, por ejemplo, los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación, los errores de prohibición directos o los errores sobre los presupuestos de las causas de exculpación”.



Según lo señalado por Joshi, el problema que se podría presentar acá es que, frente al mismo caso, un sujeto que no padezca tal alteración quedaría impune (en caso de errar sobre tal circunstancia) mientras que al inimputable, habiendo “incurrido en el mismo error”, se le aplicaría una medida de seguridad<sup>42</sup>. Por tal razón, propone distinguir una serie de situaciones para evitar así arribar a resultados que califica como poco satisfactorios. En primer lugar, señala que se podría dar el caso de que un inimputable o un sujeto con imputabilidad disminuida termine llevando a cabo una conducta de la cual no se pueda predicar su antijuridicidad —sea por ausencia de acción, por concurrir un error de tipo invencible o por la “presencia de una causa de justificación”<sup>43</sup>—, pero en donde, en los mismos casos, un “espectador objetivo” se hubiera comportado del mismo modo. —Así, por ejemplo, si A, que es un “enfermo mental”, confunde a B con un jabalí, dispara y lo mata, pero un “espectador objetivo” hubiera cometido el mismo error —utilizando un pronóstico *ex ante*—. En tales supuestos, como propone la autora, no se podría aplicar una medida de seguridad<sup>44</sup>.

Un segundo grupo de casos, estaría dado por situaciones en que la inimputabilidad del autor sea precisamente la que condicione el desconocimiento de la situación y, por tanto, a diferencia del primer grupo de supuestos, un espectador objetivo, puesto en la posición del agente —solo en un sentido externo y sin considerar su individualidad, esto es, como señala la autora “lo conocimientos objetivables del autor”—, hubiera estado en condiciones de conocer que realizaba los elementos objetivos de un tipo penal<sup>45</sup>. Para graficar esta situación coloca el siguiente ejemplo: “A, que debido a una enfermedad mental cree que todos los abrigos de piel que se encuentra son regalos de Dios, y que, por tanto, está legitimado a tomarlos”. Sostiene que en este caso no puede ponerse en duda la “presencia

---

<sup>42</sup> Joshi Jubert (1989), p. 127.

<sup>43</sup> Joshi Jubert (1989), p. 128, en estricto rigor se refiere a los casos en que el autor yerra acerca de la concurrencia de un presupuesto objetivo de una causa de justificación como queda en evidencia si se observa el ejemplo propuesto: A, sujeto inimputable, dispara contra B, porque cree erróneamente que B le iba a atacar”.

<sup>44</sup> Joshi Jubert (1989), p. 129. Las razones que impedirían la imposición de la medida de seguridad, según esta postura, serían en primer lugar, que se transgrediría el principio de legalidad y luego, de que se confundirían plenamente las medidas pre delictuales de las post delictuales.

<sup>45</sup> Joshi Jubert (1989), p. 131.

de un error de tipo, que pudiera ser incluso invencible —error sobre la ajenidad de las cosas—<sup>46</sup>.

Sostiene, además, que, en tal grupo de casos, y a diferencia del anterior, un espectador objetivo habría estado en condiciones de conocer la ajenidad de la cosa, por lo que el error se trata de uno psíquicamente condicionado<sup>47</sup>. Junto con lo anterior señala que en este caso es evidente que se trata de un sujeto peligroso, por lo que, desde una perspectiva político criminal, parece adecuado aplicar una medida terapéutica: “En efecto, un sujeto que, debido a su enfermedad mental, incurre sistemática y repetidamente en un error de tipo cuando se dan ciertas circunstancias (exteriores o interiores) puede ser un sujeto «peligroso»”<sup>48</sup>.

Resulta evidente que este problema solo se presenta si se asume que la ausencia de dolo trae consecuencias para la configuración del injusto<sup>49</sup>. Por ende, si se considera que la ausencia de dolo es una cuestión que a lo más excluye la culpabilidad del sujeto, debido a que no se ha constatado la respectiva relación psicológica-interna entre el autor y el hecho en particular, lo anterior no impediría aplicar, en su caso, una medida de seguridad<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Como señala Silva Sánchez (2014), p. 10, sería justamente para estos supuestos (error psíquicamente condicionado) en donde la doctrina dominante defiende la imposición de medidas de seguridad si concurre, además, peligrosidad. Ver, también, Militello (1999), p. 404.

<sup>47</sup> Como bien señala Silva Sánchez (2003), p. 112, esta aproximación asume que puede distinguirse entre errores condicionados por la anomalía frente a errores que no lo estarían. Señala que por regla general “parece que se asume el criterio de que no estaría condicionado por la enfermedad aquel error en el que habría incurrido también un sujeto sano (se entiende que un sujeto sano “medio”). Con todo, señala que esta aproximación podría no ser correcta, ya que “tal vez no debiera partirse de un indeterminado sujeto “medio”, sino de si el mismo sujeto, de no sufrir la alteración o anomalía en cuestión, habría incurrido o no, dados demás factores de su personalidad, en tal error”.

<sup>48</sup> Joshi Jubert (1989), p. 131. En relación a este argumento relativo al error condicionado por la enfermedad y su vínculo con la peligrosidad, desde una perspectiva crítica, Silva Sánchez (2003), p. 110.

<sup>49</sup> Silva Sánchez (2003), p. 126. Ver también, Silva Sánchez (2014), p. 3, de acuerdo con el autor: “el concepto dominante de injusto es... *bastante personal*; pues requiere la concurrencia, entre otros, de los elementos de consciencia, voluntad y dolo natural (esto es, de acción y tipicidad subjetiva). Sin embargo, no es *completamente personal*; pues queda fuera de él elementos que comúnmente se consideran presupuestos de la culpabilidad (o imputación *plenamente personal*)” (énfasis en original).

<sup>50</sup> Así, en considerando décimo tercero: “...se tendrá en cuenta que a través del actual procedimiento especial seguido en su contra, regulado en los artículos 455 y siguientes del Código Procesal Penal, simplemente se ha establecido la existencia de un hecho típico y antijurídico y cabe analizar la procedencia y necesidad de una medida de seguridad, más no se discute la culpabilidad, en tanto fue acreditado que el requerido obró en

Por el contrario, y como lo señala Joshi, quien incluya el dolo y la imprudencia en el injusto “deberá exigir su presencia como presupuesto para la aplicación de una medida...”, por lo que, en estos casos, no “será posible aplicar medida de seguridad alguna al imputable que actúe en error de tipo invencible<sup>51</sup>”. Esta postura parte del supuesto de que la invencibilidad es un criterio que se debe determinar de acuerdo a parámetros personales del autor y no bajo criterios normativos —es decir, bajo un estándar objetivo—, ya que, “el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere de cada sujeto”<sup>52</sup>. Presumir el dolo en el sujeto que actúa en error psíquicamente condicionado transgrediría así, el principio de culpabilidad<sup>53</sup>. Al respecto, Molina Fernández describe una serie de posturas que, en forma similar, adhieren a la ilegitimidad de la imposición de tales medidas, ya que “si falta el dolo típico u otros elementos subjetivos del injusto na hay

---

estado de enajenación mental, de manera que la falta de conocimiento y comprensión que alega la defensa con respecto a la prohibición vulnerada queda desplazada al ámbito de la culpabilidad que, en este pronunciamiento, precisamente no es exigible para asentar la convicción adoptada sobre la acogida del requerimiento de medidas de seguridad, dado que éstas no tienen por fundamento la culpabilidad sino la peligrosidad del hechor inimputable”.

<sup>51</sup> Joshi Jubert (1989), p. 133. Es importante considerar que la autora arriba a tal conclusión debido a que el art. 6 a) del Código penal vigente a la época consagraba que “para determinar la vencibilidad del error de tipo hay que tener en cuenta las «circunstancias del hecho y las personales del autor»” (p. 134). En la actualidad el art. 14 n° 1, del Código Penal español señala que: “Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Como se puede ver, la autora parte de la siguiente premisa: para el tipo subjetivo, la normalidad o anormalidad motivacional es, precisamente, una “circunstancia personal” relevante no solo en sede de culpabilidad. Por otra parte, también se debe tomar en cuenta que las circunstancias han cambiado en relación a las exigencias para la imposición de medidas de seguridad desde el tiempo de esta publicación. En su tiempo, el problema interpretativo consistía en determinar qué se entendía por “hecho que la ley sancionare como delito”, en cambio, en la actualidad el art. 6.1 del CP español señala: “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”. Tal diferenciación podría ser relevante, como se podrá ver más adelante, para explicar cierta tendencia de la doctrina española a reconocer que, pese a que el sujeto no actúa con dolo para estos casos y que, por tanto, no se satisfacerían las exigencias del injusto personal, igualmente se podrían aplicar medidas de seguridad para el caso de verificarse la peligrosidad. Como se podrá apreciar, tal problema interpretativo también resulta relevante en nuestro medio, en la medida que para la imposición de una medida de seguridad, se exige la realización en forma previa de un hecho típico y antijurídico.

<sup>52</sup> Joshi Jubert (1989), p. 134.

<sup>53</sup> Joshi Jubert (1989), p. 135. Por tal razón la autora propone una modificación legislativa con el propósito de aplicar medidas en tales supuestos donde no se configura el injusto: “Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el Código penal a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá someterseles también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que, hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares” (p. 140).

ninguna razón para intervenir con medidas, con independencia de cuál sea la razón que ha provocado dicha ausencia”<sup>54</sup>.

Si bien es cierto, esta posición podría reforzar la corrección del razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso colocado como ejemplo, es necesario considerar algunas debilidades a la hora de esgrimir tal alegación. Lo primero que se debe tener en cuenta es que este argumento supone, en primer lugar, que una actuación mediada por una circunstancia personal que impide conocer que se realiza los elementos de un tipo penal — como es la enajenación mental—, es ya relevante en sede de tipicidad subjetiva. Lo segundo, que supone que la consecuencia que se extrae de lo anterior es que no se cumplirían los requisitos para aplicar una medida de seguridad, ya que, para la misma, se exige la presencia de un hecho típico y antijurídico, entendiendo acá tal requisito en forma equivalente a “injusto personal”.

Por lo mismo, una respuesta posible frente a la alternativa de negar la procedencia de medidas de seguridad luego de la verificación de tales circunstancias personales que impiden conocer la significación de la conducta, es la de negar su incidencia en sede de injusto, debido a que éstas serían un problema propio de la culpabilidad. Silva Sánchez describe claramente tal tendencia de la siguiente forma: quienes no están dispuestos a prescindir de elementos subjetivos para la afirmación de la antijuridicidad necesaria para la aplicación de medidas de seguridad, terminan defendiendo la legitimidad de su imposición a través de argumentos bastante evasivos. Así, por ejemplo, el sostener que en sede del injusto los errores psíquicamente condicionados no deben ser considerados, pero sin dar cuenta realmente de los motivos por los cuales tal exclusión resultaría correcta. En efecto, para negar la atipicidad de tal clase de comportamientos, como ya se ha descrito, se ha recurrido, sin más, a la distinción entre errores condicionados por la anomalía o alteración

---

<sup>54</sup> Molina Fernández (2008), p. 124, así, refiriéndose a la posición de Horn, para quien, de acuerdo al autor, “quien cree que la cosa que toma le ha sido regalada no comete ningún hurto tanto si dicho error procede de una enfermedad psíquica como si no”. En este sentido, también da cuenta de ciertas posiciones que, en razón de la coherencia del sistema, abogan por la no imposición de medidas de seguridad penales, sin perjuicio de que en tales casos se puedan aplicar medidas civiles (p.126).

psíquica y los errores no condicionados por las mismas<sup>55</sup>, ya que solo en el caso de los segundos, “aquellos en los que también una persona normal hubiera errado, el efecto eximente se produce por la vía del error, sin esperar a la inimputabilidad, mientras que en los primeros el error sería irrelevante”<sup>56</sup>.

El problema es que no se transparentan los diversos e incompatibles puntos de partida que están detrás de tal diferenciación entre el sujeto normal —o espectador objetivo— y el sujeto que padece de un trastorno mental que condiciona su error. Por un lado, parecen recurrir a una perspectiva psicológica para la determinación del dolo, donde lo que se requiere para tales efectos es de la acreditación de un hecho psicológico del autor y, por otra parte, acuden a un criterio atributivo de índole normativo —que es lo que conocería, *ex ante*, un sujeto normal—<sup>57</sup>. Y, en definitiva, no se configuraría el injusto debido a que no se considera la individualidad psíquica del sujeto, más bien se excluye debido a que se recurre a un parámetro normativo, como es el de las posibilidades de conocimiento del espectador objetivo puesto en el lugar del agente y, obviamente, sin considerar su trastorno mental.

Por lo tanto, para excluir el comportamiento doloso en estos casos, bastaría, simplemente, con constatar que este espectador objetivo, puesto en la situación del agente —esto es, sus circunstancias personales externas— no estaba en condiciones de conocer y, por ende, no podría atribuírsele al mismo haber actuado con dolo. Como indica Silva Sánchez, recurrirían

---

<sup>55</sup> Molina Fernández (2008), p. 128.

<sup>56</sup> Molina Fernández (2008), p. 128.

<sup>57</sup> De acuerdo a lo señalado por Sánchez Málaga (2016), pp. 64 y ss., se pueden adoptar diversas perspectivas para determinar el dolo. El primer lugar, la psicológica, la concibe el dolo como una realidad natural “de carácter psicológico que debe ser descubierta”, donde lo relevante es determinar qué es lo que pensaba efectivamente el agente. La otra tendencia es la perspectiva normativa, “en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar –atribuir- el dolo a una determinada conducta...”. Así, las cosas, para resolver cuándo el agente actúa con dolo (y no en forma imprudente, aunque esta sea consciente”, se puede recurrir a un enfoque psicológico volitivo (propio de las teorías de la voluntad, según las cuales concurriría una conducta dolosa cuando “el autor se propone ocasionar el resultado típico”. Fundamental al respecto, Ragués i Vallés (2002), p. 213, de acuerdo con el cual se debe distinguir entre una concepción psicológica, para la cual en el proceso de determinación del dolo se debe averiguar una realidad que se encuentra en la cabeza del autor, basándose para esto en vivencias subjetivas del autor al momento del hecho, fenómenos a los que se puede y debe acceder en el momento posterior del proceso.

a criterios normativos para la satisfacción del tipo subjetivo, a pesar de “su evidente ausencia empírica”<sup>58</sup>. Pero lo que no llegan a explicar realmente es por qué razón para la conformación del tipo subjetivo y, por ello, del injusto, se podría prescindir de consideraciones personales —de la individualidad— del sujeto y bastaría la referencia a criterios normativos como el del “sujeto normal”<sup>59</sup>.

Por lo mismo, la respuesta al problema planteado supone dar cuenta, en forma previa, de qué se quiere decir cuando se sostiene que el autor ha obrado con dolo. Es decir, si lo que está detrás para tal aseveración es un proceso de acreditación de un hecho interno —psicológico— o más bien, un proceso atributivo o de imputación de conocimiento<sup>60</sup>. El punto es del todo relevante, ya que, si se parte de la base que para la afirmación del dolo se debe acreditar o constatar tal relación subjetiva efectivamente dada entre el sujeto y el suceso, resulta evidente la consecuencia para el problema planteado. Frente a la acreditación de una enajenación mental del sujeto a partir de la cual sea evidente que no estuvo en condiciones de conocer el significado de su comportamiento —por ejemplo, que la cosa que tomaba era ajena, o que a quien mataba era “otro”—, no tendría mucho sentido prescindir de tal información para luego considerarla recién en sede de culpabilidad.

En esfera procesal, lo anteriormente dicho tendría como correlato, principalmente, el problema de la “acreditación del dolo”, es decir, el de la prueba del mismo. Como de lo que se trata es de averiguar qué pasaba en la mente del autor al momento de la comisión del hecho en particular, el desafío que se ha tratado de resolver es el de los “datos externos” o

---

<sup>58</sup> Silva Sánchez (2003), p. 127.

<sup>59</sup> Como acertadamente señala Molina Fernández (2008), p. 129, si no se dan mayores razones para defender esta postura parecería que el dolo “o los elementos subjetivos del injusto ya no serían siempre elementos necesarios de la tipicidad, sino contingentes. Podría prescindirse de ellos precisamente en aquellos casos en los que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor”. Por lo mismo otra alternativa, criticada por el autor (p. 130), es cambiar la definición de dolo “por ejemplo aceptando que sería doloso también el comportamiento de quien desconoce los elementos objetivos del tipo, pero en una situación en la que un hombre normal, en el que no concurren circunstancias de inimputabilidad, no hubiera incurrido en dicho desconocimiento”. Para el autor tal paso significaría “destruir el núcleo básico de la imputación subjetiva”.

<sup>60</sup> Ver, al respecto, Sotomayor Acosta (2016), pp. 694 y ss.

del contexto que permitirían concluir que el agente ha actuado con dolo<sup>61</sup>. Al respecto, Ragués i Vallés ha señalado que esta tendencia ha recurrido, principalmente, a la prueba indiciaria para la determinación de la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asentaría el dolo<sup>62</sup>.

Así, por ejemplo, en forma bastante expresa se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema:

*“...que si bien la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias – anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden- que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que, como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psiquis del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención requerida. Por consiguiente, el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia -como actualmente se prefiere denominarlos- permiten al tribunal, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance la concurrencia de los*

---

<sup>61</sup> Ver, especialmente, Paredes Castañón (2001), pp. 72 y ss., quien críticamente concluye que “en el estado actual de las ciencias de la conducta, no es posible cumplir con todos los requisitos en materia probatoria” mínimos para respetar el nivel de garantías que resulta deseable.

<sup>62</sup> Ragués i Vallés (2002), p. 257. El autor, señala eso sí, que tal proceder requiere del cumplimiento de ciertas condiciones: “sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicio vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de vigencia incontrovertida que explicita bajo qué condiciones es segura la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su plena coincidencia con la realidad. En los dos últimos subapartados se ha puesto en evidencia que tales condiciones sólo pueden cumplirse en muy escaso número de supuestos.” Ver, desde una perspectiva crítica, Hruschka (2005), p. 150, de acuerdo con el cual este método para probar el dolo es conocido como “dolos ex re”, entendido como “aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”. A partir de lo anterior se entiende, entonces que el dolo sea “conocimiento que se atribuye”, así, Mañalich Raffo, J.P. (2004), p. 405. Ver, desde la perspectiva de la imputación de conocimiento, también, Van Weezel (2008), p. 22.

*componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, de modo que para su averiguación, se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. La falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, lleva a la denominada prueba de indicios, para, a través de ciertos datos exteriores completamente acreditados, inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor -antes, durante y después de la conducta enjuiciada<sup>63</sup>.*

Así las cosas, no cabría más que concluir que en tales casos parece indiscutible que ciertos estados mentales debieran ser considerados por el tribunal a la hora de determinar si el sujeto actúa o no en forma dolosa, en la medida que corresponde a datos del contexto que, si bien pertenecen a la individualidad del autor, no se ve por qué razón —al menos si se sigue esta tendencia— debieran omitirse a la hora de determinar si el sujeto actúa o no con conocimiento del significado de su conducta y no, por el contrario, en error de tipo. Que acá el error se presente condicionado por una anomalía psíquica en nada influye para arribar a la conclusión que debiera interesar: la constatación de actuación bajo la ausencia de conocimiento típicamente relevante.

Con todo, esto no supone necesariamente asumir que de lo que se trata en el tipo subjetivo es de acreditar tal conocimiento por parte del autor como si fuera un proceso de verificación de una relación psicológica del autor con el hecho. Actualmente, tal punto de partida ha sido fuertemente criticado por parte un sector de la doctrina, ya que supondría que la proposición “por la que se califica una conducta como dolosa” sería más bien descriptiva<sup>64</sup>,

---

<sup>63</sup> SCS, 22 de abril de 2013, Rol: 1179 – 2013, Considerando 21, contra Nahuelqueo Nahuelqueo, Héctor y otro. MicroJuris Online, Cita: MJJ34930. Así, también SCS, 12 de agosto de 2008, Rol: 1933-2007, considerando 39, SCS de 13 de abril de 2009, Rol: 6257 – 2007, considerando 15º; SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 46º.

<sup>64</sup> Paredes Castañón; Díaz y García Conlledo; De Vicente Remesal (2001), p. 339.



es decir, y de acuerdo con Hruschka, supone que el “dolo” es *un hecho*<sup>65</sup>. Por el contrario, señala que el dolo no puede ser tratado como un hecho, ni siquiera como un hecho interno, y que lo que “realmente subyace a la afirmación de que un sujeto ha actuado dolosamente...” no es una constatación o acreditación, sino que más bien surge de un proceso de imputación<sup>66</sup>. Esto quiere decir que se debiera negar que el proceso de conformación del tipo subjetivo suponga la *constatación efectiva*, al menos como lo propone la perspectiva psicológica ya descrita, de una relación psicológica entre el autor y el hecho<sup>67</sup>. Más bien, tal sector de la doctrina —que ya cuenta con exponentes en nuestro país— considera que para tales efectos se recurre más bien de un proceso de imputación<sup>68</sup>, es decir, se trataría de un “juicio adscriptivo<sup>69</sup>”.

De acuerdo a Ragués i Vallés, la denominación genérica de “concepción normativa del dolo” se encontraría integrada por los autores que niegan la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica y agregan que cuando el juez afirma que “alguien ha conocido algo” lo que hace es atribuir ese conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de la subjetividad en el momento de la realización del hecho típico<sup>70</sup>. Como resulta evidente, esta aproximación supone

---

<sup>65</sup> Hruschka, (2005), p. 154, de acuerdo al autor se debe “abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus «componentes» son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”.

<sup>66</sup> Hruschka, (2005), p. 155,

<sup>67</sup> García Caveró (2012), p. 493, sostiene que “tampoco se trata de deducir de los datos externos la interioridad de la persona. Esta comprensión disfraza la realidad del procedimiento de determinación del conocimiento del que el autor dispone, pues no se verifica ningún conocimiento psicológico, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal”.

<sup>68</sup> Expone tal realidad Hernández (2011), p. 79: “Desde otra perspectiva y más allá del aspecto estrictamente probatorio (La aceptación de que el dolo solo se puede inferir de las circunstancias objetivas del hecho), se va aceptando de modo creciente que el dolo, más que un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente es una atribución, un conocimiento y una voluntad que se atribuyen, es decir, un concepto adscriptivo y no descriptivo”.

<sup>69</sup> Hruschka, (2005), p. 155. En Chile, ver Mañalich Raffo, J.P. (2004), p. 405.

<sup>70</sup> Ragués i Vallés (2002), p. 191.

necesariamente dar cuenta de los parámetros normativos —es decir, los criterios— a los cuales se recurre para atribuir el dolo y que lo anterior no resulte en un juicio arbitrario<sup>71</sup>.

Al respecto, lo primero que llama la atención es que parece no existir acuerdo en lo que se refiere a si para efectos de llevar a cabo tal proceso de atribución se deben tomar o no en cuenta las circunstancias personales objeto de este informe y en qué medida<sup>72</sup>. Así, por ejemplo, para Ragués i Vallés, en el ámbito de la atribución del dolo no se operaría ni con un modelo puramente objetivo —como el del hombre medio propio de la imputación objetiva— ni con uno que tuviera en cuenta al acusado “individualmente considerado, con “todas sus anomalías y limitaciones personales” —como en la culpabilidad—, sino que se recurriría a un tercer modelo resultante de contextualizar al hombre medio en el escenario del concreto acusado, añadiéndole buena parte de sus características personales, pero sin tener en cuenta todavía determinados factores de su individualidad, como, por ejemplo, las enfermedades psíquicas que pueda padecer...”<sup>73</sup>. De acuerdo al autor, entonces, en el ámbito de la prueba de los elementos subjetivos —o más bien, de su atribución—, no se pretendería una “plena subjetivización del acusado”, sino que se tomarían en cuenta aquellas circunstancias personales externas que permitirían acudir a lo que uno —quien efectúa el juicio adscriptivo— “habría pensado, visto, sentido o creído en esta situación concreta”<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Así, Hruschka (2005), p. 155. Como señala Ragués i Vallés (2002), p. 191, la dificultad de esta postura radica en la legitimidad: debe legitimar la utilización de criterios de imputación subjetiva que de modo paradójico renuncian explícitamente a la auténtica subjetividad del autor y además deben aportar una caracterización plausible de esos criterios. Señala García Caveró (2012), p. 494 que el conocimiento del dolo “pasa a convertirse en una imputación con base en criterios normativos”.

<sup>72</sup> Es importante considerar que este problema se debe, a nuestro entender, a que por lo general la discusión relativa a si el dolo se acredita o se atribuye, en los términos ya descritos, se lleva a cabo a propósito de la importante distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente y no necesariamente con el propósito de resolver el problema que se analiza en el presente informe. Es este sentido se debe reconocer que no todas las reflexiones efectuadas relativas a la distinción entre dolo eventual y culpa consciente en el marco de las teorías normativas dan cuenta del problema del lugar que le podría caber a la individualidad del sujeto (incluyendo ciertas enajenaciones mentales) para la conformación del tipo subjetivo. Esto queda claro si se tiene en cuenta lo señalado por García Caveró (2012), p. 486: “para poder dar contenido dogmático al dolo y a la culpa de manera que puedan diferenciarse adecuadamente, es necesario poner la mirada previamente en el criterio normativo que informa la imputación subjetiva”.

<sup>73</sup> Ragués i Vallés (2004), p. 21.

<sup>74</sup> Ragués i Vallés (2002), p. 22, n. 29, refiriéndose a la posición manifestada por Volk.

En cambio, y solo a modo de ejemplo, para Paredes Castañón, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, el dolo también debiera ser entendido como atribución sentido y, para tales efectos, no sería necesario “verificar empíricamente la existencia de dichos conocimientos, sino que bastaría con comprobar que el sujeto se encontraba de hecho en una situación, tanto personal como circunstancial, en la que, conforme a las «leyes de la experiencia», había de tenerlos”<sup>75</sup>. Parecería entenderse, de esta forma, que en el juicio adscriptivo se debiera tener en cuenta la realidad individual del autor, si es que se constata que debido a ésta no parece adecuado atribuirle una situación de anormalidad relativa a su capacidad cognoscitiva.

Por su parte, García Caveró, que también asume una perspectiva normativa de la determinación del dolo, sostiene que los criterios de atribución del conocimiento se asientan en la idea del rol y la persona del autor. Esto es, “para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular”. Con todo, reconoce que para afirmar el dolo no bastaría constatar la “existencia de tales competencias de conocimiento”, ya que también es necesario “que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación personal no estará personalizada”<sup>76</sup>.

Como se puede observar, las consecuencias de adherir a una u otra alternativa serían sumamente diversas debido a lo disímiles que resultan los criterios atributivos o parámetros desde los cuales se debiera imputar a un sujeto que ha actuado con conocimiento. La diferencia se torna evidente si, por ejemplo, se recurre a un parámetro generalizador — como el de un hombre medio empírico— y, por tanto, no se consideran las circunstancias

---

<sup>75</sup> Paredes Castañón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal (2001), p. 340.

<sup>76</sup> García Caveró (2012), p. 494. Sostiene, además, que para fundar la imputación de conocimiento no basta recurrir a las competencias de conocimientos derivadas de un rol atribuido a la persona (así, por ejemplo, para el caso del rol general de ciudadano, la determinación de lo que autor conoció sensorialmente tiene como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción), ya que se requiere, en todo caso, constatar que el autor en sus concretas condiciones personales debía conocer esos aspectos (p. 495).

personales del agente, o a criterios individualizadores pero que, en definitiva, indican que tal imputación supone tomar en cuenta las circunstancias personales del sujeto. A su vez, también se podrían distinguir, dentro de esta última tendencia, diversas consecuencias si se considera que no se debe tomar en consideración la individualidad o constitución psíquica del autor, ya que tales cuestiones corresponden a la categoría de la culpabilidad a si se admite que las mismas ya debieran ser relevantes en sede de tipicidad subjetiva.

Lo anterior permitiría encontrar fuertes puntos de apoyo a la decisión de los tribunales a la hora de no atribuir un comportamiento doloso a ciertos autores que incurran en un error de tipo psíquicamente condicionado, especialmente si se defiende un concepto de injusto personal que no pueda constituirse en caso de situaciones en que no se cumplan las exigencias emanadas de la evitabilidad individual como categoría central de la imputación subjetiva<sup>77</sup>. Obviamente, el desafío que se presenta es identificar aquellos casos en que efectivamente se pueda sostener sin dudas que el autor no estaba en condiciones personales de alcanzar los conocimientos exigidos por el respectivo tipo subjetivo<sup>78</sup>.

No obstante y como ya se advirtió, un problema distinto es asumir que, en tales casos, en que no se satisfagan los requisitos del injusto personal y que, por ende, no se pueda aplicar una pena debido a que el comportamiento en particular no contraviene el ordenamiento jurídico, se desprenda, además, que no puede aplicarse una medida de seguridad.

---

<sup>77</sup> García Caveró (2012), p. 486.

<sup>78</sup> En el fondo, la respuesta al primero de los problemas planteados (el de la atribución del dolo) se relaciona derechamente con el papel que se le asigne a éste en la conformación del injusto. Por lo mismo, es imposible de abordar a cabalidad en este informe. Basta con señalar que en la medida que se esté dispuesto a abogar por un injusto personal resulta complejo, al mismo tiempo, obviar o desconocer los casos en que el agente no está en condiciones (personales) de alcanzar el conocimiento exigido por el tipo penal. Sin embargo, y como se verá después, tal punto de partida presenta otros problemas relativos a las consecuencias a las que se esté dispuesto a arribar debido a la constatación de que al autor no puede atribuírsele un comportamiento doloso. Especialmente relevante resulta el caso de la imposición de medidas de seguridad.

**3. La imposición de medidas de seguridad pese al reconocimiento de que en estos casos no se actúa con dolo. La medida de seguridad no requeriría, como presupuesto, de un injusto personal.**

Por otra parte, aun entendiendo que la ausencia de dolo impide satisfacer los requisitos de la tipicidad y, por tanto, del injusto, esto no supone necesariamente que se deba negar, sin más, la procedencia de medidas de seguridad, ya que tal posibilidad también dependerá de la respuesta al problema de las condiciones que permiten dictar una medida de seguridad y, específicamente, al del significado que se le deba otorgar a la exigencia previa de un comportamiento típico y antijurídico. Es decir, aun asumiendo que en estos casos no se puede afirmar que el sujeto actúa con dolo, se podría negar que de lo anterior se derive necesariamente la conclusión a la que arriba cierto sector de la doctrina, es decir, la improcedencia de las medidas de seguridad.

Así, por ejemplo, Silva Sánchez sostiene que la anterior conclusión supone, en primer lugar, asumir que la imposición de una medida de seguridad a un inimputable requiere que “éste hubiera realizado, en el caso de un delito doloso, tanto el tipo objetivo como subjetivo”<sup>79</sup>, lo que no se cumpliría por faltarle el aspecto subjetivo del hecho respectivo. Con todo, tal punto de partida presupondría que “la concurrencia de un hecho objetiva y subjetivamente típico y no justificado constituye el presupuesto dogmático ineludible” tanto de la imposición de la pena como de la medida de seguridad<sup>80</sup>. Pero, por lo mismo, la respuesta podría cambiar si no se parte de la premisa indicada y se pone en duda la corrección de los presupuestos de la imposición de medidas de seguridad de la que parte<sup>81</sup>.

De lo que sí existe acuerdo es que las medidas de seguridad solo pueden imponerse con posterioridad a la comisión de un hecho antijurídico para los casos en que se verifique

---

<sup>79</sup> Silva Sánchez (2003), p. 123.

<sup>80</sup> Silva Sánchez (2003), p. 124.

<sup>81</sup> Para Molina Fernández (2208), p. 127, esta postura “trataría de ofrecer una solución específica en la propia teoría de las medidas de seguridad, de manera que se solucionaría el problema, pero a costa de renunciar a un sistema unitario para penas y medidas”.

peligrosidad, en sentido de probabilidad de comisión de un nuevo hecho antijurídico<sup>82</sup>. Lo que no parece obvio, según el mismo autor, es que el “significado de la exigencia de antijuridicidad” sea el mismo ya sea para la aplicación de la pena y para la medida de seguridad<sup>83</sup>. Esto quiere decir que, inclusive reconociendo que en los supuestos abordados se deba negar el comportamiento doloso, se podrían aplicar medidas de seguridad si se considera que la antijuridicidad a la que se refiere el legislador, para tales efectos, presenta un “carácter puramente objetivo, en el sentido de determinarse por la lesión objetivamente típica y no justificada de un jurídico-penal, sin que concurra elemento subjetivo alguno...”<sup>84</sup>.

Para reforzar tal postura recurre a una serie de argumentos de índole teleológicos relativos a la distinción entre la finalidad asignada a las penas y a las medidas de seguridad<sup>85</sup>. Por tanto, para la aplicación de las medidas de seguridad debiera bastar, exclusivamente “el juicio de pasado en virtud del que se fija la conexión causal entre la enfermedad y la producción de una lesión típica y no justificada del bien jurídico-penal y el juicio de futuro (de pronóstico), según el cual cabe prever que eso pueda repetirse”<sup>86</sup>.

Tal postura pone de relieve un primer grupo de dificultades asociadas a la alegación de que frente a ciertas situaciones de alteración mental que imposibiliten que un sujeto conozca que realiza los elementos de un tipo penal, se extraiga como consecuencia la ausencia de dolo y, luego, la imposibilidad de aplicar medidas de seguridad por no cumplirse la exigencia de configuración de un hecho típico y antijurídico. Este planteamiento parece razonable en

---

<sup>82</sup> Silva Sánchez (2003), p. 126.

<sup>83</sup> Así, por ejemplo, Silva Sánchez (2014), p. 8, sostiene que “...cada vez resulta más difícil sostener que dicho concepto dominante de injusto, esto es, el de la doctrina del injusto personal, además de constituir –una vez que se le añade el juicio de culpabilidad- el presupuesto de la imposición de la pena al autor, constituya el denominador común de la accesoriadad de la participación, la agresión que puede dar lugar a la legítima defensa, el injusto al que se refiere el conocimiento de la antijuridicidad... y el que es propio del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad”.

<sup>84</sup> Silva Sánchez (2003), pp. 126-127.

<sup>85</sup> Silva Sánchez (2003), pp. 128, a diferencia de la pena, en el caso de las medidas de seguridad se pretende “conseguir efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma) que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar exclusivamente por la vía causal (y no expresiva) del tratamiento terapéutico o del mecanismo asegurativo”.

<sup>86</sup> Silva Sánchez (2003), pp. 128.

la medida que parte de un presupuesto del todo correcto. La razón por la cual parece adecuada la noción de injusto personal que dice relación a la convicción de que solo puede ser considerado como un hecho injusto aquello que podría ser evitado a través del seguimiento de normas, por ende, la remisión a cierta capacidad del agente es imprescindible.

Con todo, tal exigencia que tiene todo el sentido desde la perspectiva de la imposición de una pena, no necesariamente lo tiene para la imposición de una medida de seguridad. Por otra parte, y según la postura analizada, se debiera tener en cuenta que la exigencia de la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico, desde la lógica de la imposición de las medidas de seguridad, está más bien dirigida, por una parte, a evitar la imposición de medidas pre delictuales y, por otra, a evitar aplicar medidas de seguridad para casos en que inimputables lleven a cabo una lesión típica, pero justificada del bien jurídico-penal. Como ha quedado de manifiesto, la solución de Silva Sánchez pasa por examinar profundamente la corrección de la pretensión de equivalencia del concepto de “hecho típico y antijurídico” tanto para la aplicación de una pena a la de una medida de seguridad<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Otra alternativa para resolver este eventual problema y que no puede ser abordado acá debido a que excede con creces el objeto de este informe, es la propuesta de Molina Fernández (2008), pp.140-144. Para este autor, y a diferencia de lo planteado por Silva Sánchez, no parece correcto partir de dos conceptos diversos de antijuridicidad dependiendo de si se trata de la aplicación de medidas o de penas. Para el mismo, el problema se soluciona adoptado una estructura del delito que no presente los problemas de base estructural que presentaría la postura dominante y que se compondría de dos niveles diversos. Estos son los de la “lesividad penal” y el de la “infracción culpable de una norma penal (antijuridicidad culpable) por otro” (p. 140). El primer nivel, el de la lesividad penal, sería relevante a “efectos de la actuación de terceros: justifica la imposición de medidas de seguridad; permite la defensa; impide la participación; y, normalmente, en ausencia de un sujeto culpable, obliga a reparar. El segundo, la antijuridicidad penal (culpable), es presupuesto de la pena, y entraña la infracción de una norma de conducta cuya finalidad es precisamente evitar hechos lesivos, y en la que se tienen en cuenta, no sólo la capacidad lesiva de la acción, sino todas las circunstancias de la imputación personal que condicionan la capacidad para cumplir deberes jurídicos”.

#### 4. Conclusiones.

Frente al problema planteado al comienzo de este informe, se debe concluir que, en nuestro medio, resulta razonable sostener que en determinadas situaciones en que un sujeto presenta ciertos trastornos mentales que no le permitan alcanzar el conocimiento requerido por el tipo penal, no podría atribuirse un comportamiento doloso al mismo. Como se pudo apreciar, parte de nuestra práctica judicial reconoce que el juicio de adscripción del dolo, como atribución de conocimiento, se hace tomando en cuenta las circunstancias personales del agente incluyendo en éstas, la individualidad del sujeto. Así, las cosas, pareciera que en el proceso conocido como de “imputación subjetiva” no bastaría el ponerse en lugar del autor sin considerar su capacidad para conocer el significado de su comportamiento y que éste, realiza los elementos de un tipo penal en particular.

Por lo mismo, existe respaldo para afirmar que en tal circunstancia el sujeto actuaría en error de tipo —la mayoría de las veces invencible, debido a su condición psíquica— y que, por ello, se debe excluir el dolo, por ausencia de conocimiento. La respuesta al problema planteado, en definitiva, dependerá de los criterios o parámetros normativos a los que se adhiera para el juicio de adscripción del conocimiento y, por tanto, será muy distinta si se aboga por la inclusión de criterios individualizadores a criterios que no tomen en cuenta la individualidad del autor debido a que éste sería un problema exclusivo de la categoría de la culpabilidad.

Como se señaló, este problema se presenta solo para el caso de que se adhiera a un concepto personal de injusto y no se entienda al dolo como una forma de culpabilidad. Al respecto, se señaló que la tendencia mayoritaria en nuestra doctrina es asumir este punto de partida como correcto y, por tanto, a incluir el dolo o la imprudencia en el tipo penal — como tipo subjetivo— y, por tanto, la ausencia de dolo excluye a su vez el comportamiento doloso, impidiendo que se satisfagan todos los requisitos del tipo penal. Es importante indicar que el problema del tratamiento del “error psíquicamente condicionado” no ha sido,



aún, abordado por nuestra doctrina en forma acabada y que, incluso, tampoco se ha tratado en detalle el problema vinculado a la consideración de circunstancias personales —como puede ser la presencia de determinados trastornos mentales— para la imputación del dolo. Además, nuestros tribunales tienden a asumir que tales problemas son parte de la culpabilidad, sin indicar las razones por las cuales puede prescindirse de su análisis para la conformación del injusto personal.

Por otra parte, se pudo constatar que, debido a lo anteriormente expuesto, los tribunales, frente a la acreditación de enajenación mental por parte de un sujeto, y la verificación de su peligrosidad, tienden a dictar medidas de seguridad sin cuestionarse, en forma previa, si se cumplen los requisitos impuestos por el artículo 455 del Código Procesal Penal, específicamente en lo que respecta a la tipicidad de la conducta. Más bien tienden a repetir fórmulas mecánicas de reconocimiento de que se está frente a un hecho típico y antijurídico. Sin embargo, se pudo analizar un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el cual se rechaza la imposición de una medida de seguridad asumiendo que el error en el que actúa el acusado —condicionado absolutamente por su trastorno mental— excluía el dolo y, con ello, el injusto.

Por último, se debe advertir que, frente a tal conclusión, esto es, la imposibilidad de atribuir conocimiento al autor del delito en los casos en que el trastorno mental impida al sujeto formarse el conocimiento exigido por el tipo subjetivo y, por tanto, no pueda conformarse el injusto personal, se podría optar por dos vías diversas en lo que respecta a las consecuencias de tal declaración frente a la imposición de medidas de seguridad. Por una parte, el asumir que la exigencia de constatación de un hecho típico y antijurídico del art. 455 del Código Procesal Penal debe ser interpretada en términos equivalentes para el de la imposición de una pena —por tanto, como injusto personal—, lo que impediría que los tribunales aplicaran una medida de seguridad a quien actúa bajo tales circunstancias, o la de sostener que, en realidad, se trata de un concepto de injusto diverso, meramente objetivo, como ha indicado cierta doctrina. El fundamento de tal distinción vendría dado

por la diversa finalidad que se le asigna a la pena frente a la finalidad propia de las medidas de seguridad, para las cuales no tendría sentido la exigencia de constatar en forma previa el acaecimiento de un hecho entendido como un "injusto personal", sino que bastaría, más bien, de un hecho lesivo para bienes jurídico-penalmente relevantes. Todo esto, con el propósito de evitar la imposición de medidas de seguridad predelictuales.

## Bibliografía

Cillero, M. (2011). "Art. 10", en Hernández Basualto, H; Couso Salas, J. (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing Chile.

Cousiño, L. (1975). Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cury, E. (2005). Derecho penal. Parte general. Séptima edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Etcheberry, A. (1998). Derecho penal. Parte general. Tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fakhouri Gómez, Y. (2009). "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad -Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal", en *InDret*, nº 4, pp. 1- 29.

Frister, H., (2011). Derecho penal. Parte general (trad. Sancinetti, M.), Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

García Caveró, P. (2012). Derecho Penal. Parte General, Segunda edición, Lima: Jurista Editores.

Garrido Montt, M. (2003). Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hernández Basualto, H. (2011), "Artículo 1º", en Hernández Basualto, H; Couso Salas, J. (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing Chile.

Hruschka, J. (2005). Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, Navarra: Thomson Aranzadi.

Joshi Ubert, U. (1989). "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, pp. 125-140.

Kindhäuser, U. (2008). "El tipo subjetivo en la construcción del delito" (trad. Mañalich Raffo, J.P.), en *InDret*, nº 4, pp. 1-35.

Kindhäuser, U. (2006). "Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso" (trad. Pastor Muñoz, N.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIX, pp. 63-81.

Luzón Peña, D.M. (2016). Derecho Penal. Parte general, Tercera edición, Buenos Aires: Editorial B de F.

Mañalich Raffo, J.P. (2004). "Condiciones generales de la punibilidad", en *Rev. D. UAI*, pp. 387-481.

Militello, V. (1999). "El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 3, pp. 397-416.

Molina Fernández, F. (2008). "Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº74 Mayo-Agosto., 113-144.

Morse, S.J.; Hoffman, M.B. (2007). "The Uneasy Entente between Legal Insanity and Mens Rea: Beyond Clark v. Arizona", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, Issue 4, pp. 1071-1150.

Novoa Monreal, E. (2005). Curso de derecho penal chileno. Parte general, Tomo I. Tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Paredes Castañón, J. M. (2001). "Problemas metodológicos en la prueba del dolo". *Anuario de filosofía del derecho*, nº 18, pp. 67-93.

Paredes Castañón, J.M.; Díaz y García Conlledo, M.; De Vecente Remesal, J. (2001). "Argumentación y prueba en la determinación dle dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº8, pp. 329-353.

Politoff. S./Matus J.P./Ramírez M.C. (2004). Lecciones de Derecho penal chileno. Segunda edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ragués I Vallés, R. (2002). El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: José Maria Bosch Editor.

Ragués I Vallés, R. (2004). "Consideraciones sobre la prueba del dolo". *Revista de Estudios de la Justicia* – Nº 4, 13-26.

Sánchez Málaga, A. (2016). "El dolo: ¿Fenomeno espiritual o atribución normativa?", en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, 61-75.

Sánchez Málaga, A. (2017). "Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento", Tesis doctoral, Barcelona: Universitat de Barcelona.

Silva Sánchez, J. M. (2003). Normas y acciones en Derecho penal, Buenos Aires: Hammurabi.

Silva Sánchez, J.M. (2014). "¿Adios a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad", en *InDret*, nº 3, pp. 1-20.

Sotomayor Acosta, J. O. (2016), "Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano", en *Política Criminal*, Vol. 11, Nº 22, pp. 675-702.

Van Weezel, A. (2008), *Error y mero desconocimiento en Derecho penal*, Santiago: Editorial Legal Publishing.

Zaffaroni, E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2002), *Derecho Penal Parte General*, Segunda edición, Buenos Aires: Editorial Ediar.