

EL DOLO COMO CREENCIA PREDICTIVA

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

Universidad de Chile

SUMARIO: I. El dolo como criterio de evitabilidad de la realización del tipo. 1. El dolo como título de imputación subjetiva “por defecto”. 2. La función negativa del concepto de intención. II. El dolo como creencia predictiva. 1. Las circunstancias que realiza(ría)n el tipo como objeto de referencia del dolo. 2. La irrelevancia de la justificación epistémica de la creencia predictiva. 3. La irrelevancia de la verdad de la creencia predictiva. III. La adscripción de la creencia predictiva fundante del dolo. 1. Indicadores de dolo. 2. Una aplicación: indicadores de dolo de homicidio. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: dolo, actitudes proposicionales, conocimiento, indicadores de dolo.

I. EL DOLO COMO CRITERIO DE EVITABILIDAD DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO

1. El dolo como título de imputación subjetiva “por defecto”

El art. 2° del CP introduce la distinción entre las formas de responsabilidad correspondientes al dolo y a la culpa, en términos tales que la configuración de un cuasidelito queda determinada por una doble condición, a saber: la inexistencia de “dolo o malicia”, acompañada de la existencia de “culpa”. Ello sugiere, de entrada, que la mejor lectura de la regulación legal pasa por entender la culpa, o “imprudencia” *lato sensu*¹, como un presupuesto de la punibilidad que pertenece al mismo nivel que el dolo. Y desde este punto de vista, el dolo cuenta, bajo el derecho chileno, como un presupuesto de la punibilidad que rige “por defecto”:

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn; director y profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile; dirección de correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl. Agradezco a Paula Astudillo N. y Sofía Wilson C., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su ayuda en la revisión del texto.

¹ En lo que sigue, el término “imprudencia” es empleado laxamente, como designación del genérico criterio de imputación subjetiva de cuya satisfacción depende la constitución del injusto (“subjetivo”) de un delito culposo o “*cuasidelito*”, en el sentido del art. 2° del CP, y no como designación de aquel específico criterio de imputación subjetiva (en el sentido de los arts. 490 y 492 del CP), susceptible de ser diferenciado de los conceptos de negligencia, abandono e ignorancia. Al respecto, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La imprudencia como estructura de imputación”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLII, N° 3 (2015), pp. 13 y s., con nota 1.

si la ley nada dice, la punibilidad de un hecho con significación delictiva depende de que la realización del respectivo tipo-de-delito sea imputable a título de dolo.

Que bajo el CP el dolo opere como el criterio de responsabilidad subjetiva que rige “por defecto”, admite ser explicado por la consideración siguiente: una persona que advierte que su comportamiento habría de exhibir, con un grado de probabilidad “relevante para la decisión”, las propiedades que objetivamente lo llevarían a realizar el respectivo tipo-de-delito es una persona que *actualmente*—esto es: al momento del hecho— está en posición de *evitar intencionalmente* la realización del tipo², en la medida en que ella sea físicamente capaz de ello. Esto significa, más precisamente, que el dolo puede ser entendido como un criterio de *evitabilidad actual* de la realización del tipo³.

La mejor descripción de la función que desempeña el concepto de dolo, definido en los términos recién reseñados, la ofrecen las concepciones que centran la distinción entre el dolo y la imprudencia apelando a una diferencia en el *contenido de la representación* atribuible al potencial autor para que la realización del tipo le sea subjetivamente imputable⁴. Desde este punto de vista, para que el respectivo delito tenga carácter doloso es necesario que su autor haya tenido la creencia, revestida de un grado de probabilidad decisoriamente relevante, de que su comportamiento habría de exhibir las propiedades que objetivamente lo convertirían en una instancia de realización (antijurídica) del tipo en cuestión⁵.

² Ello, con cargo al presupuesto adicional de que la persona en cuestión *no* se represente circunstancias que, de darse efectivamente, determinarían que su comportamiento quede cubierto por una causa de justificación. Esto, porque la creencia (acertada o errónea) de que se ven satisfechos los presupuestos fácticos de una causa de justificación obsta, en efecto, a una imputación a título de dolo. Fundamental al respecto, HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal* (Cizur Menor, 2005), pp. 127 y ss., 134 y ss., 140 y s., demostrando la impropiedad terminológica de la identificación de esta tesis con la así llamada “teoría limitada de la culpabilidad”.

³ Véase KINDHÄUSER, Urs, “El tipo subjetivo en la construcción de delito”, en *IndRet* 3/2008, pp. 16 y ss., 21 y ss.

⁴ Fundamental al respecto, PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia* (Buenos Aires, 2010), pp. 88 y ss.; también PUPPE, Ingeborg, *El Derecho penal como ciencia* (Montevideo y Buenos Aires, 2014), pp. 291 y ss., 305 y ss. En la discusión de habla hispana, fundamental RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999), pp. 155 y ss. En la doctrina chilena, véase VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7 (2011), pp. 25 y ss., 49 y ss.; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27 (2019), pp. 303 y ss., 310 y ss.; RETTIG ESPINOZA, Mauricio, *Derecho Penal Parte General* (Santiago, 2019), tomo II, pp. 518 y ss.

⁵ Esto supone asumir, contra lo sostenido por Molina, que la diferencia entre los presupuestos de una imputación a título de dolo y los de una imputación a título de imprudencia no es gradual, precisamente porque esa demarcación no puede hacerse descansar en una noción matematizada de probabilidad. Con ello, decae la premisa sobre la cual, haciendo uso de la así llamada “paradoja

Determinar cuál es el umbral que ha de satisfacer la representación de las circunstancias con la que cuenta el potencial autor para sustentar una imputación a título de dolo es lo que tiene que ser respondido a través de una definición del concepto de dolo eventual. Pues el dolo eventual es la *forma básica* de dolo⁶. Esto quiere decir que, a menos que la regulación exija, específicamente, una forma cualificada de dolo (como lo son el dolo directo de primer grado, o dolo “de propósito”, y el dolo directo de segundo grado, o dolo “de las consecuencias necesarias”), para que resulte procedente una imputación a título de dolo es suficiente que la representación de las circunstancias fácticas atribuible al potencial autor alcance el umbral del dolo eventual.

Siguiendo a Kindhäuser, el grado de probabilidad aquí relevante puede ser determinado a través del estándar de una persona racional y razonable que muestra una disposición a motivarse lealmente con base en las normas jurídicas⁷. Desde este punto de vista, hay que afirmar el carácter doloso de la realización del tipo respectivo si el potencial autor contaba con una representación de las circunstancias que habría llevado a una persona racional y razonable, preocupada por ajustar su comportamiento a las exigencias del derecho, a evitar comportarse de la manera en que el potencial autor efectivamente se comportó.

Esta definición “representacional” del concepto de dolo parece desafiar la aproximación más tradicional al problema que es posible reconocer en la jurisprudencia, en la que tiende a prevalecer una “concepción dual”⁸. Según esta, el concepto de dolo no solo exigiría una representación de las circunstancias fácticas

sorites”, Molina pretende sustentar su demostración de la supuesta imposibilidad de distinguir entre dolo e imprudencia en atención al contenido de la representación de un cierto riesgo; véase MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, JORGE BARREIRO, Agustín y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (coordinadores), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid, 2005), pp. 700 y ss., 729 y ss., 733 y ss. En tal medida, la argumentación de Molina queda expuesta a las objeciones dirigidas contra la “teoría clásica de la probabilidad” como estrategia para la definición del concepto de dolo; al respecto, véase PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 84 y ss. El punto fue agudamente marcado por Binding, cuando observaba que la distinción entre el dolo y la imprudencia no podría más que presentarse como imposible para quien asuma que “el grado más bajo del dolo [sería] al mismo tiempo el grado más alto de la imprudencia”; así BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1919), tomo IV, pp. 415 y s.

⁶ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Art. 1°”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Libro Primero* (Santiago, 2011), pp. 69 y ss., 73 y s.; RETTIG ESPINOZA, ob. cit., pp. 528 y ss., 531 y s. En la misma dirección, VAN WEEZEL DE LA CRUZ, ob. cit., pp. 26 y s. Véase también MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La tentativa de delito como hecho punible”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2 (2017), pp. 474 y s.

⁷ KINDHÄUSER, Urs, *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial* (Lima, 2005), pp. 48 y s.

⁸ Al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., pp. 53 y ss., 71 y ss.

que definían la situación en la cual se encontraba el potencial autor, sino también una actitud volitiva o emocional de cierta índole⁹. Pero ya en el nivel de los pronunciamientos más emblemáticos de la Corte Suprema acerca de las condiciones mínimamente suficientes para que pueda afirmarse el carácter doloso del delito en cuestión, se registran múltiples fallos que dan cuenta de la adopción de una concepción del dolo que prescinde enteramente de la exigencia de un componente volitivo o emocional¹⁰.

2. La función negativa del concepto de intención

El primer paso para advertir por qué el concepto de dolo debería ser definido de un modo que prescindiera de la exigencia de un componente volitivo o actitudinal es esclarecer la función que pudiera caber al concepto de intención en la estructuración de las condiciones de constitución de un hecho punible. A este respecto, la tesis que se defenderá en lo que sigue consiste en la proposición de que el concepto de intención cumple una función puramente negativa, y más precisamente: *contrafactual*.

Un comportamiento potencialmente delictivo queda especificado, en cuanto objeto de imputación jurídico-penal, por su valor declarativo *negativo*: al destinatario de la norma se imputa el respectivo comportamiento como expresivo de una falta de reconocimiento de esa misma norma como premisa vinculante¹¹. Esto determina que esa imputación asuma la forma de una “falsación” de una hipótesis de fidelidad al derecho. Con ello, los criterios de imputación del quebrantamiento de la norma se identifican con las condiciones de cuya satisfacción depende que del destinatario de la norma pueda esperarse el seguimiento intencional de esta, bajo la premisa (contrafáctica) de que el seguimiento de la norma sería su preferencia dominante¹². Si se ven satisfechas esas condiciones, mas sin que el destinatario haya dado seguimiento a la norma, entonces cabe concluir –en la forma de una inferencia destructiva en *modus tollendo tollens*¹³– que el seguimiento de la norma en efecto no era su preferencia dominante, resultando así falseada *in concreto* la

⁹ Véanse las sentencias referidas por VAN WEEZEL DE LA CRUZ, ob. cit., pp. 40 y ss.

¹⁰ Al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., pp. 72 y s.

¹¹ Véase ya HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Berlín, 1821), § 99. Al respecto, y desde la perspectiva de la teoría de la acción, QUANTE, Michael, *Hegels Begriff der Handlung* (Stuttgart y Bad Cannstatt, 1993), pp. 30 y ss.

¹² Fundamental, KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, 1989), pp. 41 y ss.

¹³ Cuya estructura silogística es la siguiente:

$p \rightarrow q$ (si p es el caso, entonces q es el caso)

$\neg q$ (no es el caso que q)

$\therefore \neg p$ (*ergo*, no es el caso que p)

hipótesis de fidelidad al derecho que *in abstracto* co-define la posición de todo destinatario de la norma situacionalmente quebrantada¹⁴.

Esto explica que para la imputación subjetiva carezca de toda relevancia si el quebrantamiento de la norma fue intencional. Pues la única intención a la que se encuentra referida la imputación consiste en aquella que, por vía de hipótesis, el destinatario se habría formado para adecuar su comportamiento a la norma, de haber transformado esta en premisa vinculante. De ahí que la imputación del quebrantamiento de la norma pueda ser caracterizada como un programa de *racionalización negativa* del comportamiento potencialmente delictivo¹⁵.

Esto nos deja en posición de esclarecer la función desempeñada por el concepto de intención en el contexto de la fundamentación situacional de un deber de abstención o de acción a partir de una norma de prohibición o de requerimiento. En general, toda omisión o ejecución de una acción susceptible de ser explicada como motivada por una *razón* determinada ha de ser identificada, en el contexto de esa misma explicación, bajo una descripción que la hace intencional en conformidad con la razón que la ha motivado¹⁶. Esta tesis se fundamenta en el rol distintivamente jugado por las intenciones en el razonamiento práctico. En efecto, una intención puede ser entendida como un compromiso práctico¹⁷, esto es, un compromiso que un agente puede adquirir a partir del reconocimiento de una razón como premisa para la omisión o la ejecución de una cierta acción¹⁸.

Así, por ejemplo, la omisión intencional de una acción que, bajo la descripción que de ella el agente tiene por verdadera, resultaría sometida a la respectiva norma de prohibición, tendría que corresponderse con la conclusión de un silogismo práctico cuya premisa mayor estaría constituida por esa misma norma de prohibición, en caso de que esta hubiera sido subjetivamente reconocida como razón vinculante por su destinatario. Pero el contexto de la *imputación* del eventual *quebrantamiento* de esa misma norma está determinado, por el contrario, por el hallazgo de que

¹⁴ Que la expectativa puesta en el seguimiento de la norma resulta delimitada por una consideración de exigibilidad de la correspondiente motivación leal a derecho, queda de manifiesto a través de la fijación de aquellas reglas de imputación que instituyen *causas de exculpación*; al respecto, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, 2018), pp. 16 y ss., 20 y ss.

¹⁵ Véase MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, ob. cit., pp. 23 y s.

¹⁶ BRANDOM, Robert, *Making it Explicit* (Cambridge [Mass.] y Londres, 1994), pp. 243 y ss., 253 y s.

¹⁷ Véase BRATMAN, Michael, *Intention, Plans, and Practical Reason* (Stanford, 1999), pp. 3 y ss., 15 y ss., 107 y ss.; también YAFFE, Gideon, *Attempts in the Philosophy of Action and in the Criminal Law* (Oxford, 2010), pp. 82 y ss.

¹⁸ BRANDOM, ob. cit., pp. 253 y ss.

semejante conclusión práctica en efecto *no* tuvo lugar. Y esto explica que, en ese mismo contexto, el concepto de intención no desempeñe función positiva alguna¹⁹.

En efecto, la imputación estará guiada por la pregunta de por qué el agente no llegó a materializar la conclusión práctica que él tendría que haber materializado, si hubiera sido capaz de transformar el reconocimiento de la norma en una instancia de comportamiento intencionalmente dirigido. En esto consiste lo que cabe denominar el principio de la “contrafacticidad de la imputación”²⁰. Según este principio, lo que necesita ser comprobado es si el agente era capaz de “traducir prácticamente” su eventual reconocimiento subjetivo de la norma en la omisión o ejecución intencional de la acción que en efecto no omitió o no ejecutó. Pues si se comprueba que el agente era capaz de omitir o ejecutar intencionalmente la acción que tendría que haber omitido o ejecutado para adecuar su comportamiento a la norma, entonces podemos concluir –en el modo *tollendo tollens*– que en efecto él *no* reconoció la norma como una razón vinculante. Desde este punto de vista, la única intención con relevancia para una imputación jurídico-penal es la intención que el destinatario de la norma se habría formado y habría realizado, en caso de reconocer la norma como una premisa vinculante, pero que de hecho no se formó ni realizó.

II. EL DOLO COMO CREENCIA PREDICTIVA

1. *Las circunstancias que realiza(ría)n el tipo como objeto de referencia del dolo*

Más allá de su componente físico, la capacidad del agente para evitar intencionalmente la realización del tipo depende de que él advierta que el comportamiento que se dispone a desplegar es uno que, *ceteris paribus*, habría de llegar a realizar el correspondiente tipo-de-delito. ¿Pero qué significa “advertir” aquí? Que un comportamiento realice un determinado tipo-de-delito, quiere decir que ese comportamiento exhibe las propiedades exigidas por la descripción abstracta

¹⁹ El desconocimiento de la función exclusivamente negativa que, bajo un modelo de imputación como el aquí favorecido, ha de desempeñar el concepto de intención es distintivo del planteamiento de Manrique, quien pretende sustentar la tesis de que los casos cuya solución normalmente depende de la fundamentación de una imputación a título de dolo eventual tendrían que ser solucionados, en cambio, a través de una aplicación de la doctrina del doble efecto; véase MANRIQUE PÉREZ, Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2012), pp. 23 y ss., 75 y ss., 107 y ss., 227 y ss., quien no llega a problematizar la premisa de que la atribución de responsabilidad jurídico-penal tendría que asumir la forma de una “racionalización positiva” del comportamiento de cuya eventual imputación se trata.

²⁰ Al respecto MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, 2014), pp. 23 y ss.

en la que consiste el tipo en cuestión. En estos términos, un agente advierte que su comportamiento habría de ejemplificar el respectivo tipo-de-delito si y solo si él *predictivamente cree* que ese comportamiento habrá de exhibir las propiedades típicamente relevantes²¹.

En cuanto especie de “actitud proposicional”, lo distintivo de una creencia es que ella tiene el carácter de una actitud *doxástica*²². Así, que el sujeto S crea que *p* equivale a que S tenga una determinada actitud acerca del estado de cosas identificado como *p*, el cual a su vez se corresponde con el “contenido proposicional” de la creencia en cuestión²³. Lo definitorio de esa actitud consiste en que *S tiene por existente* el estado de cosas en cuestión, lo cual equivale a decir que *S tiene por verdadera* la proposición que especifica ese mismo estado de cosas. Esto se traduce en que una creencia necesariamente exhibe una dirección de ajuste “mente-a-mundo”. Ello quiere decir que su contenido proposicional fija condiciones de satisfacción que se corresponden con un determinado estado de cosas que debe darse en el mundo para que la creencia en cuestión sea verdadera²⁴. En tal medida, que una determinada creencia resulte ser verdadera o falsa depende exclusivamente de si el estado de cosas que se corresponde con su contenido proposicional resulta ser el caso.

Bajo la concepción “representacional” aquí favorecida, el dolo puede ser entendido como un título de imputación que descansa en la adscripción de una creencia predictiva²⁵, cuyo objeto de referencia está constituido por las circunstancias que

²¹ Para este concepto de creencia predictiva, véase MOORE, Michael, *Mechanical Choices* (Nueva York, 2020), pp. 93 y s. En estos términos, el concepto de creencia predictiva no es más que una especificación técnica del concepto más general de *previsión*. Véase HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968), pp. 116 y ss.; MOORE, Michael, *Placing Blame* (Oxford y Nueva York, 1997), pp. 409 y ss. En general acerca del concepto de predicción y de sus usos distintivos, véase BUNGE, Mario, *Buscar la filosofía en las ciencias sociales* (México D.F., Madrid y Buenos Aires, 1999), pp. 224 y ss.

²² Véase al respecto HACKER, P.M.S., *The Intellectual Powers. A Study of Human Nature* (Malden [Mass.], Oxford y Chichester, 2013), pp. 196 y ss.

²³ La expresión “estado de cosas” es aquí usada en el sentido que Wittgenstein le confería en el *Tractatus*, a saber: como algo que, de ser el caso, constituye un hecho, en el entendido de que, correlativamente por “hecho” habría que entender un estado de cosas que es el caso. Véase WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, edición crítica (Fráncfort del Meno, 1989), 2, 2.01 y 2.06; al respecto, PATZIG, Günther, *Gesammelte Schriften* (Gotinga, 1996), tomo IV, pp. 12 y ss., 18 y ss.

²⁴ De ahí que el correlato lingüístico de la creencia de que *p* es el caso sea la aserción de que *p* es el caso; véase SEARLE, John, *Intentionality* (Cambridge, 1983), pp. 7 y ss.

²⁵ Que una creencia fundante-de-dolo sea el objeto de una adscripción, no implica que el dolo, como tal, pueda ser identificado con una adscripción, como parece entenderlo, empero, Oxman, en su esfuerzo por rehabilitar una tesis adscriptivista acerca del significado de los “enunciados acerca de acciones” como base para una reorientación de la dogmática del dolo; véase OXMAN VILCHES,

realizarían los elementos objetivos del correspondiente tipo-de-delito, lo cual equivale a decir: las circunstancias que determinarían que el comportamiento imputable al agente llegue a exhibir las propiedades que lo convertirían en una instancia de comportamiento antinormativo bajo la norma respectiva²⁶. Y el carácter *predictivo* de la creencia en cuestión queda determinado por una consideración pragmática, concerniente a la función de la respectiva norma de comportamiento como razón para la acción. Pues una creencia fundante-de-dolo ha de encontrarse referida a circunstancias de cuya efectividad dependería que del comportamiento del agente *resulte* verdadera la descripción que especifica las respectivas propiedades fundantes-de-antinormatividad, de manera tal que un destinatario de la norma que reconozca esta como una premisa vinculante pueda, sobre la base de esa creencia, formarse la intención de omitir o ejecutar una cierta acción, para así ajustar su comportamiento a la norma.

La identificación precisa del contenido de la creencia predictiva fundante-de-dolo se vuelve especialmente difícil, ante todo, tratándose de la adscripción del dolo de cualquier delito cuyo tipo integre algún *elemento normativo*²⁷, y más precisamente: un elemento *normativo-jurídico*. Pues en tal contexto parece volverse extremadamente problemática la asunción de que el objeto del dolo, en lo tocante a la representación de la satisfacción del respectivo elemento normativo, podría consistir en el conjunto de *circunstancias* de cuya efectividad dependería la realización del tipo en cuestión. Justamente la negación de que la sola representación de las respectivas circunstancias sería suficiente para una adscripción de dolo, en lo tocante a la satisfacción del correspondiente elemento del tipo, es defendida

Nicolás, “El dolo como adscripción de conocimiento”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 28 (2019), pp. 443 y ss., 446 y ss., 455 y ss. Para una reconstrucción crítica de esa tesis adscriptivista, centrada en la versión de “falacia del acto de habla” en la que ella descansa, véase empero MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, en *Doxa*, vol. 35 (2012), pp. 664 y ss., 667 y ss. En lo que aquí interesa, el planteamiento de Oxman reproduce el defecto que aqueja a la tesis defendida por SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo* (Montevideo y Buenos Aires, 2018), pp. 335 y ss., 389 y s., según quien el dolo sería “un juicio normativo de imputación del conocimiento”.

²⁶ Ello, con cargo a que también se vieran realizados el o los (“específicos”) elementos subjetivos –verbigracia, correspondientes a una o más tendencias internas trascendentes– en los cuales, eventualmente, también hubiera de ser descompuesto el tipo en cuestión. Siguiendo una posibilidad constructiva (solamente) sugerida por Beling, cabe identificar los así llamados “elementos subjetivos del tipo” –que no pueden ser confundidos con el dolo y la imprudencia en cuanto criterios de imputación subjetiva– con “condiciones subjetivas del injusto”; véase BELING, Ernst, *Die Lehre vom Tatbestand* (Tubinga, 1930), p. 12, nota 1, cuyas consideraciones descansan en la observación inimpugnable de que la realización de tales presupuestos subjetivos de la punibilidad (*lato sensu*) no pueden formar parte del objeto de referencia del dolo (BELING, ob. cit., pp. 10 y ss.).

²⁷ Detalladamente acerca del problema, véase FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *El objeto del dolo en derecho penal* (Bogotá, 2012), pp. 143 y ss., 185 y ss.

por el todavía muy nutrido sector doctrinal que, en la senda de Mezger, entiende necesario hacer depender la adscripción del dolo, en tal contexto, de la pregunta de si el potencial autor ha “captado”, aunque solo sea aproximativamente, el sentido del elemento normativo en cuestión con arreglo al criterio de la “valoración paralela en la esfera del lego”²⁸.

Pero esta propuesta no puede estimarse satisfactoria, puesto que ella no consiste más que en sustituir la descripción abstracta en la que consiste el respectivo tipo-de-delito por alguna otra descripción, distinta de aquella²⁹. Y dado que gracias a Binding sabemos que el tipo del correspondiente “género delictivo” especifica la respectiva forma de comportamiento antinormativo³⁰, cabe concluir que el criterio de la valoración paralela lleva a reemplazar la norma cuyo quebrantamiento aparece como el objeto de la eventual imputación a título de dolo por una norma “privadamente” generada por el lego en cuestión. Y tal norma putativa *no* es la norma de comportamiento reforzada por la correspondiente norma de sanción penal.

Para ilustrar el problema, considérese la siguiente adaptación (al derecho sucesorio chileno) del caso sugerido por Kindhäuser:

Entre las cosas comprendidas en la masa hereditaria adquirida en propiedad por H como único heredero figuran tres jarrones de porcelana, uno de los cuales debe ser traspasado por H al legatario (de género) L, en virtud del legado a tal efecto instituido por el causante C al momento de otorgar el testamento. Bajo la creencia errónea de que H pretendería sustraerse al cumplimiento de la obligación de dar por él contraída al aceptar la herencia, para en cambio vender los tres jarrones al tercero T, y bajo la creencia asimismo errónea de que en su condición de legatario él se habría hecho dueño de uno (cualquiera) de los tres jarrones a consecuencia del solo fallecimiento de C, L destruye uno de los jarrones, para así —a lo menos—

²⁸ MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. (Madrid, 1957), tomo II, pp. 145 y ss., 148 y s., precisando el requisito en cuestión como consistente en “una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial”. Al respecto, véase FAKHOURI GÓMEZ, ob. cit. pp. 155 y ss. El antecedente más preclaro para la fórmula acuñada por Mezger se encuentra en BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1918), tomo III, pp. 146 y ss.

²⁹ Véase PUPPE, *El Derecho penal...*, ob. cit., pp. 227 y ss., 234 y ss., 243 y ss., quien defiende, con todo, una identificación del objeto de referencia del dolo con “el sentido del tipo”, con lo cual deviene imposible, empero, diferenciar los conceptos de error de tipo y error de prohibición a partir de la distinción entre los conceptos de error extensional y error intensional; véase *infra*, nota 38.

³⁰ Véase BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed. (Leipzig, 1922), tomo I, p. 190. Acerca de esta noción de género delictivo, véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno* (Santiago, 2020), pp. 205 y s., 300.

impedir la plena materialización del negocio que L cree habría de tener lugar, en su perjuicio, entre H y T³¹.

Los partidarios del criterio de la valoración paralela sujetarían la imputación a L de la realización no-justificada del tipo del daño, a título de dolo, a que L haya entendido encontrarse, respecto del jarrón por él destruido, en una situación suficientemente similar a la de alguien que, jurídicamente, no sería propietario del jarrón. El problema radica, sin embargo, en que desde el punto de vista del derecho alguien o bien es propietario de una cosa o bien no es propietario de esa misma cosa: *tertium non datur*. Frente a la pregunta de si, en cuanto destinatario de la prohibición de dañar cosa ajena, L habría podido formarse la intención de evitar destruir el jarrón en cuestión sobre la base de su representación de la situación, para así dar seguimiento a esa misma norma, la respuesta solo podría ser afirmativa bajo la hipótesis de que L se hubiera representado correctamente el sentido de la prohibición del daño de cosa ajena. Ello dependería de que L dominara, y en tal medida hubiera sido capaz de aplicar correctamente, el concepto de *ajenidad* (de una cosa corporal), concepto que especifica la propiedad expresada por el respectivo elemento del tipo de daño. Y por definición, toda valoración “paralela” a la fijación jurídica del sentido —esto es, de la *intensio*— del adjetivo “ajena” es una valoración discrepante de la correspondiente fijación jurídica del concepto en cuestión, y en tal medida irrelevante para la fundamentación del dolo³².

Antes bien, la formulación precedente trae consigo la identificación del método adecuado para determinar si el potencial autor contó, en la oportunidad pertinente, con una representación fundante-de-dolo³³. El método consiste en reconstruir la pregunta bajo la hipótesis de un exacto conocimiento de la norma —y así, de una exacta captación de la *intensio* de los elementos del respectivo tipo-de-delito— por parte de quien funge, situacionalmente, como su destinatario, en los términos siguientes: ¿habría podido el potencial autor, sobre la base de las circunstancias que tuvo por existentes en el momento relevante para la decisión,

³¹ Véase KINDHÄUSER, Urs, “Versuch und Wahn. Zum Irrtum über Rechtstatsachen”, en SAFFERLING, Christoph, *et al.* (coordinadores), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, 2017), p. 326. Para el análisis que aquí se ofrece del caso, véase ya MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, *ob. cit.*, pp. 306 y ss.

³² KINDHÄUSER, Urs, “Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1990), pp. 417 y ss. Más recientemente, KINDHÄUSER, Urs, “El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 31 (2019), pp. 132 y ss., 136 y ss., 141 y ss.

³³ Fundamental KINDHÄUSER, “Zur Unterscheidung...”, *ob. cit.*, pp. 408 y ss., 413 ss.; véase también MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIV (2011), pp. 104 y s.

formarse la intención de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida por la norma respectiva, en caso de que él hubiese tenido una representación exacta del alcance de la norma? Concretando la pregunta en referencia al caso ya planteado: ¿habría podido L, en consideración de las circunstancias que tuvo por existentes en el momento relevante para su decisión (de romper el jarrón), formarse la intención de omitir la acción destructiva del jarrón, de haber L tenido una representación exacta del alcance de la prohibición del daño de cosa ajena?

En contra del parecer de un sector amplio de la doctrina alemana³⁴, la respuesta es afirmativa. Pues una persona que hubiese tenido una representación exacta del alcance de esa norma prohibitiva habría advertido, en la situación de L, que la acción que este se disponía a ejecutar, bajo una descripción de esa misma acción que el propio L tenía por verdadera, era una acción que habría resultado subsumible bajo la prohibición en cuestión, teniendo que ser omitida esa acción, entonces, en pos del seguimiento de esta misma norma³⁵. En tal medida, el error que en el mismo caso afectaba a L ha de ser categorizado como un error de prohibición, esto es, como un error excluyente de la consciencia (actual) de la antijuridicidad³⁶.

Una ventaja indiscutible del método así perfilado consiste en que él es aplicable homogéneamente, con independencia de que el respectivo elemento del tipo haya de ser clasificado como normativo o descriptivo³⁷, suponiendo que a esta última distinción deba conferirse alguna relevancia en lo absoluto. Así por ejemplo, en caso de que alguien diera muerte a un niño de unas pocas semanas de vida en la creencia errónea de que recién al cabo de cuatro meses de vida extrauterina cabría caracterizar a un niño como un “otro”, lo correcto sería adscribirle dolo de homicidio, a pesar del error en cuestión. Pues este error se

³⁴ Véase en esta dirección, aun cuando desde perspectivas diferentes, PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, ob. cit., pp. 240 y ss., 243 y ss.; JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlín y Nueva York, 1991), pp. 8, 48 y ss.

³⁵ Para la articulación de las premisas de las que se sigue tal solución, véase KINDHÄUSER, “Zur Unterscheidung...”, ob. cit., pp. 417 y ss.

³⁶ Como tendría que ser obvio, esta determinación conceptual no prejuzga cuál sea la consecuencia jurídica que el respectivo sistema jurídico prevé para semejante error, en particular para el caso en que este último deba ser caracterizado como vencible o superable. Para una defensa de la tesis de que, *de lege lata*, la solución extraíble de las reglas plasmadas en el CP chileno consiste en hacer aplicable el régimen de punibilidad y penalidad previsto para el respectivo delito imprudente (aunque haciendo de la consciencia –actual– de la antijuridicidad el objeto de una presunción *iuris tantum*), véase MAÑALICH RAFFO, “El delito como injusto culpable”, ob. cit., pp. 102 y ss., 108 y ss., 111 y ss.

³⁷ KINDHÄUSER, “Zur Unterscheidung...”, ob. cit., pp. 418 y s.

refiere únicamente al *sentido* atribuible a la expresión “otro”³⁸, dejando intacta, así, la capacidad actual del agente para evitar intencionalmente la producción de la muerte de ese niño *qua* “otro”, con cargo a la hipótesis de que aquel hubiera estado al tanto del alcance preciso de la prohibición del homicidio. Puesto en otros términos: en este último caso, el error que afecta al autor consiste en una representación errónea del significado de una expresión lingüística a través de la cual se identifica la clase de individuos cuya muerte se corresponde con el resultado cuyo condicionamiento resulta antinormativo *sub specie* homicidio, y como tal solo podría tener relevancia en la forma de un posible error de prohibición, cuyo carácter vencible o evitable apenas admitiría ser seriamente puesto en cuestión³⁹.

2. La irrelevancia de la justificación epistémica de la creencia predictiva

La concepción presentada hasta aquí identifica la base de una imputación a título de dolo con una creencia predictiva referida a las circunstancias de cuya efectividad dependería que el comportamiento de cuya posible imputación se trata realice el correspondiente tipo-de-delito. La tesis así enunciada parecería ser reconducible, sin más, al campo de las concepciones “cognitivistas” del dolo⁴⁰. En lo que sigue quisiera mostrar, sin embargo, que este etiquetamiento es conceptualmente erróneo, dadas las implicaciones epistémicas y semánticas de lo que, en sentido estricto, deberíamos entender por “conocimiento”.

En la literatura filosófica, la definición más generalizada de las expresiones “conocimiento” o “saber” —en el sentido de un *saber-que*, y no de un *saber-cómo*⁴¹—, la

³⁸ Para la correspondiente reconstrucción de la distinción entre las nociones de error de tipo y error de prohibición en términos de una distinción entre una forma de “error extensional” (= error sobre las condiciones de verdad de una proposición) y una forma de “error intensional” (= error sobre el sentido de una oración que expresa una proposición), respectivamente, véase MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., pp. 309 y s.

³⁹ Y la plausibilidad de cuya alegación se enfrentaría, bajo el CP chileno, a la presunción *iuris tantum* de la consciencia de la antijuridicidad que es posible extraer de la regla plasmada en el inc. 2° del art. 1°, cuando esta disposición es interpretada en el sentido una presunción (“simplemente legal”) de voluntariedad *qua* culpabilidad; latamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, “El delito como injusto culpable”, ob. cit., pp. 111 y s.

⁴⁰ Para un par de muy ilustrativas visiones de conjunto, véase RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 66 y ss., 88 y ss., 147 y ss., 165 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual* (Buenos Aires, 2011), pp. 361 y ss.

⁴¹ Fundamental al respecto RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind* (Chicago, 1949), pp. 27 y ss.; véase también HACKER, ob. cit., pp. 175 y ss., 186 y ss.

provee el así llamado “enfoque tripartito”⁴². De acuerdo con este, una oración del tipo “S sabe que p ”, donde “S” designa un sujeto cualquiera y “ p ” ocupa el lugar de una proposición cualquiera, es semánticamente equivalente a una oración del tipo “S cree justificadamente que p , y es verdad que p ”. Esta identificación de la noción de conocimiento con la noción de creencia justificada y verdadera, que se remonta a la filosofía de Platón⁴³, resulta poco afortunada en el contexto de la definición del concepto jurídico-penal de dolo, a lo menos por dos razones diferentes.

La primera dificultad que enfrenta el enfoque tripartito es de naturaleza epistemológica y se la asocia con los así llamados “casos Gettier”, en honor a quien articulara la objeción más célebre a tal enfoque, imaginando situaciones en las cuales sería intuitivamente inadecuado decir que S sabe que p , a pesar de que S cree justificadamente que p , siendo verdad que p ⁴⁴. Considérese la siguiente variación de uno de los ejemplos ofrecidos por Stark:

El padre P detecta un salpullido en el brazo de su hijo H, tomándolo como un síntoma de meningitis, sobre la base de información contenida en mensajes gubernamentales en el marco de una campaña sanitaria referida a la prevención y el tratamiento de la meningitis. No obstante formarse esta creencia, P prescinde de llevar a H a consulta médica, pues prefiere mantener el plan de ver el partido de fútbol del club de sus amores por televisión. Contra lo que P cree, el salpullido ha sido generado a consecuencia de una reacción alérgica al detergente usado para lavar la ropa de H, quien efectivamente ha contraído meningitis, a pesar de que la enfermedad todavía no se manifiesta sintomáticamente⁴⁵.

⁴² Véase STARK, Findlay, *Culpable Carelessness* (Cambridge, 2016), pp. 128 y s.

⁴³ Al respecto, AUDI, Robert, *Epistemology*, 2ª ed. (Nueva York y Londres, 2003), pp. 220 y ss.; también RESCHER, Nicholas, *Epistemology. An Introduction to the Theory of Knowledge* (Nueva York, 2003), pp. 3 y ss.

⁴⁴ GETTIER, Eduard, “Is Justified True Belief Knowledge?”, en *Analysis*, vol. 23, N° 6 (1963), pp. 121 y ss., quien ofreciera dos casos como objeto de análisis para impugnar la definición de “conocimiento” como creencia justificada y verdadera. Considérese sólo el primer caso, que involucra a dos personas, A y B, que han postulado a una misma posición laboral, creyendo A que B habrá de conseguir el trabajo, pues así se lo ha asegurado el presidente de la compañía, y creyendo también A que B tiene diez monedas en su bolsillo, puesto que el propio A las ha contado, sobre la base de lo cual cabría inferir, entonces, que A cree que la persona que obtendrá el trabajo tiene diez monedas en su bolsillo, estando esta última creencia justificada por la evidencia de la que A dispone. Si en definitiva resulta ser A quien obtenga el trabajo, y es asimismo el caso que, siendo ello desconocido por A, este tiene diez monedas en su bolsillo, ello implicaría que la creencia de A en cuanto a que la persona que habría de obtener el trabajo tenía diez monedas en su bolsillo era una creencia verdadera, y al mismo tiempo una creencia justificada, sin que parezca correcto, empero, sostener que, por el hecho de tener esa creencia, A *sabía* que la persona que habría de obtener el trabajo tenía diez monedas en su bolsillo.

⁴⁵ STARK, ob. cit., pp. 135 y s.

En el caso así construido, a P es atribuible la creencia (epistémicamente) justificada, y además verdadera, de que H está enfermo de meningitis, pareciendo intuitivamente implausible, empero, sostener que P *sabe* que H está enfermo de meningitis. Que la creencia de P es verdadera, resulta simplemente del hecho de que H ha contraído meningitis. Que esa misma creencia se encuentra justificada resulta de que ella se apoya en información epistémicamente adecuada para la formación de semejante creencia. Como es obvio, lo que vuelve problemática la afirmación de que P sabe que H está enfermo de meningitis es la intuición de que la verdad y la justificación de la creencia de P no se encuentran apropiadamente conectadas.

Si bien los epistemólogos siguen debatiendo acerca de cómo habría que modificar la definición del concepto de conocimiento favorecida por el enfoque tripartito, para así hacer frente a los “casos Gettier”⁴⁶, ello no es algo que nos deba ocupar aquí. Pues de cara a la definición del concepto jurídico-penal de dolo, el enfoque tripartito plantea una dificultad adicional, consistente en la inadecuación de la exigencia de justificación de la creencia respectiva⁴⁷. En efecto, para la fundamentación de una imputación jurídico-penal a título de dolo debería resultar irrelevante la corrección epistémica de la creencia predictiva en cuestión. Esto último se traduce en que, como observa Kindhäuser, actúa con dolo de homicidio, por ejemplo, quien acertadamente cree estar disparando un arma de fuego en contra de un ser humano (vivo), aun cuando su identificación de la víctima *qua* objeto del disparo haya estado condicionada por un error de percepción⁴⁸.

Para sustentar la tesis de la irrelevancia de la justificación –*sub specie* corrección epistémica– de la creencia predictiva cuya adscripción pudiera ser fundante-de-dolo, es útil considerar una variación del célebre “caso del camarero”, propuesto por Jakobs para intentar demostrar la supuesta indisponibilidad de un filtro de imputación objetiva, previo al juicio de imputación subjetiva, en las constelaciones en las cuales el potencial autor cuenta con “conocimientos especiales”⁴⁹. El caso originalmente construido por Jakobs admite ser presentado como sigue:

Un estudiante de biología que se desempeña como camarero en un restaurant descubre, gracias a sus conocimientos adquiridos a través del estudio universitario,

⁴⁶ Véase AUDI, ob. cit., pp. 222 y ss.

⁴⁷ A propósito de la categoría anglosajona de *knowledge* como forma de *mens rea*, véase STARK, ob. cit., pp. 129 y ss.

⁴⁸ KINDHÄUSER, “Versuch und Wahn...”, ob. cit., p. 339.

⁴⁹ Véase JAKOBS, Günther, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en DORNSEIFER, Gerhard, et al. (coordinadores), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, 1989), pp. 272 y s., 283 y ss.

un hongo venenoso en la ensalada exótica ordenada por un cliente, pese a lo cual la sirve a este⁵⁰.

El argumento de Jakobs para negar que el condicionamiento del desenlace lesivo para el cliente sea “ya” objetivamente imputable al camarero se funda en una reformulación del criterio del así llamado “riesgo permitido”. De acuerdo con esta reformulación, la predicación de la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado del comportamiento del potencial autor depende de la circunstancia de que la base epistémica desde la cual se enjuicia la creación del riesgo en cuestión esté internamente conectada con el *rol social* desempeñado por aquel. Así, para que el riesgo realizado en el resultado en cuestión pudiera entenderse como un riesgo jurídicamente desaprobado, la activación de la respectiva base de conocimientos en pos de la evitación del condicionamiento del resultado tendría que resultar “normativamente esperable” en razón del rol situacionalmente desempeñado por el agente. De esta manera, y *a contrario sensu*, el nexo objetivo de imputabilidad tendría que fallar cuando la posibilidad de que el agente dispusiera de esa misma base de conocimientos aparece fundada en el azar.

Lo anterior quiere decir que, según Jakobs, el *azar epistémico* involucrado en la circunstancia más o menos fortuita de que el camarero encargado de servir el plato de ensalada haya resultado ser un estudiante de biología, capacitado para detectar –como de hecho lo hiciera– la presencia de un hongo venenoso en el plato, debería quedar desprovisto de relevancia para fundamentar, a su respecto, la imputabilidad de la producción del desenlace lesivo⁵¹. Pero en contra de lo sugerido por Jakobs⁵², no basta con echar mano a adjetivos como “subjetivo” o “psicológico” para poner en cuestión, fundadamente, toda validación del azar epistémico.

En efecto, Jakobs se precipita al sostener, más bien apodícticamente, que de un camarero no cabría esperar, de modo jurídicamente relevante, la activación de conocimientos extrínsecos al rol social así tematizado. Es claro, desde luego, que ningún cliente de un restaurant podría esgrimir, *ceteris paribus*, razones jurídicamente garantizadas para confiar en que quien habrá de atender su mesa contará con conocimientos de biología avanzada. Pero extraer de esto la conclusión a la

⁵⁰ JAKOBS, “Tätervorstellung...”, ob. cit., p. 273. Véase también JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal* (Buenos Aires, 1996), pp. 62 y ss.; JAKOBS, Günther, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *Rechtswissenschaft* (2010), pp. 310 y ss. Más recientemente, JAKOBS, Günther, *Kritik des Vorsatzbegriffs* (Tubinga, 2020), pp. 37 y s. Para el análisis que en lo que sigue se ofrece del caso, véase ya MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., pp. 312 y ss.

⁵¹ En detalle acerca del así llamado “azar epistémico”, VILLAR, Mario, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación* (Buenos Aires, 2016), pp. 32 y s., 91 y ss., con referencias ulteriores.

⁵² JAKOBS, *La imputación...*, ob. cit., p. 64; JAKOBS, “Altes und Neues...”, ob. cit., p. 311.

que arriba Jakobs supone confundir el objeto de referencia de las expectativas cuya frustración puede estar involucrada en la fundamentación de una imputación jurídico-penal.

La expectativa cuya defraudación puede sustentar un reproche de culpabilidad jurídico-penal no es otra que la expectativa puesta en el seguimiento de la norma por su respectivo destinatario, en la medida en que este haya contado con la capacidad de darle seguimiento, o bien –tratándose de una eventual imputación extraordinaria– con la capacidad de asegurar su capacidad de darle seguimiento⁵³. Con arreglo al *principio ultra posse nemo obligatur*, nadie queda obligado por la norma en cuestión más allá de su propia capacidad, a menos que el aseguramiento de la capacidad faltante, en la forma de la adopción de una medida de precaución, haya sido esperable del agente, de manera tal que el quebrantamiento de la norma le sea imputable a título de imprudencia, esto es, en virtud de la correspondiente falta de cuidado. De ahí que, en caso de que el camarero no hubiese llegado a advertir la presencia del hongo venenoso en el plato, simplemente por no haber prestado atención a lo que este contenía, habría que tener por descartada una imputación de la producción del desenlace lesivo a título de imprudencia, en la medida en que la activación de sus conocimientos de biología no haya formado parte de su “rol” como camarero. Pero en contra de lo sugerido por Jakobs⁵⁴, ello no prejuzga cuál deba ser la solución del caso original, definido por la circunstancia de que el camarero sí advirtiera la presencia del ingrediente venenoso.

Quien, siendo destinatario de la norma respectiva, efectivamente cuenta con la capacidad actual de adecuar su comportamiento a ella no puede pretender inmunizarse frente a la imputación de su quebrantamiento aduciendo que su posesión de alguna habilidad, destreza o información situacionalmente requerida para dar seguimiento a la norma habría sido azarosa⁵⁵. Pues la pregunta misma de si para alguien que sabe algo en un rol pudiera ser permisible no saber eso mismo en otro rol⁵⁶, carece de sentido: si alguien sabe algo, lo sabe *simpliciter*, lo cual quiere decir: lo sabe *a través de* los diversos roles que pudiera corresponderle desempeñar. Con ello, y en la medida en que el ámbito de aplicación de la norma en cuestión no se encuentre delimitado mediante una cláusula que restrinja el universo de sus destinatarios a quienes exhiban alguna cualidad perso-

⁵³ Se trata –en ambos casos– de una capacidad intencionalmente compleja, en el sentido de una capacidad de intencionalidad recursiva; véase en detalle KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, ob. cit., pp. 41 y ss.

⁵⁴ JAKOBS, “Altes und Neues...”, ob. cit., pp. 311 y s.

⁵⁵ Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo...”, ob. cit., p. 23.

⁵⁶ JAKOBS, “Altes und Neues...”, ob. cit., p. 273.

nal especial⁵⁷, nadie podría pretender no quedar vinculado por esa misma norma por el hecho de haber adquirido de manera azarosa —esto es, no situacionalmente controlable— alguna información que lo haya puesto en posición actual de adecuar su comportamiento a esa misma norma.

3. *La irrelevancia de la verdad de la creencia predictiva*

Para reforzar la conclusión precedente, consideremos ahora la siguiente variación del caso del camarero:

Todo lo demás siendo igual, el camarero C_1 , estudiante universitario de biología, observa cómo el camarero C_2 , estudiante de derecho, se dispone a servir un plato de ensalada al cliente que lo ha ordenado. Antes de que C_2 alcance la mesa en la cual debe dejar el plato, C_1 le dice, al oído, que el plato que está *ad portas* de servir contiene un hongo venenoso, que con toda probabilidad generará una intoxicación en quien lo ingiera.

En este caso, cabría decir, la creencia que se forma C_2 en cuanto al contenido venenoso del plato que se dispone a servir se muestra como *doblemente* azarosa. Pues al azar asociado al hecho de que su colega C_1 posea conocimientos avanzados de biología se añadiría la circunstancia azarosa, en cuanto no controlable por C_2 , de que aquel se haya resuelto a hacerle la advertencia en cuestión. ¿Habría que concluir que, si C_2 , no obstante esa advertencia, en definitiva sirve el plato al cliente, la eventual producción del desenlace lesivo, consistente en una intoxicación constitutiva de lesión corporal, no le sería ya “objetivamente” imputable⁵⁸? En la medida en que para alguien que se encuentra en la posición de C_2 sea mínimamente racional confiar en la información que le provee C_1 , no hay razón alguna para no atribuir relevancia a esa información a la hora de determinar si el agente en cuestión no ha extraído la conclusión práctica que tendría que haber extraído a partir de su reconocimiento de la prohibición de lesionar corporalmente a otra persona como premisa vinculante⁵⁹.

Lo fundamental es notar que la valoración de la situación no debería variar en un ápice si ahora asumiéramos, introduciendo una nueva variación del caso, que

⁵⁷ Acerca del problema de las así llamadas “normas especiales” en cuanto normas cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito especial, véase MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., pp. 357 y ss.

⁵⁸ Nótese que, al igual que en el caso original, la imputación en cuestión tendría que ajustarse a la estructura de una autoría mediata “por autolesión del instrumento”; véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV (2010), pp. 405 y ss.

⁵⁹ Al respecto, *supra*, I.2.

la información provista por C_1 a C_2 hubiera sido falsa. Pues siendo en tal caso factible adscribir a C_2 una *duda* en cuanto a si el plato de ensalada que está *ad portas* de servir al cliente contiene un hongo venenoso, cabría adscribirle dolo de lesión corporal aun cuando resulte ser *falsa* la creencia –implicada en esa misma duda– de que el plato contendría un hongo venenoso. Y como tendría que ser obvio, para poder identificar la base de esa imputación a título de dolo con una creencia predictiva que *ex post* resulta ser falsa, es igualmente necesario abandonar una definición del concepto de dolo que descansa en el concepto de “conocimiento”. Pues según ya se observara, que una creencia cualquiera se presente como una instancia de conocimiento depende, necesariamente, de que esa creencia sea verdadera. En este punto emerge la particularidad que exhibe la adscripción de dolo en la constitución –por vía de imputación– de una *tentativa* de delito⁶⁰. Pues es característico de toda tentativa de delito que la creencia predictiva atribuible al agente se muestre *ex post* como desacertada, esto es, falsa⁶¹. Nuevamente en palabras de Kindhäuser: “Tratándose de una tentativa, el estado de cosas que el autor se representa tiene que ser uno que se presentaría irrestrictamente como un caso de aplicación de la norma, si aquél efectivamente se diera”⁶², precisamente porque “[u]na tentativa presupone que aquello que el autor se representa se deja subsumir bajo un tipo, esto es, satisfaría las condiciones de aplicación de una norma, si esa representación fuera acertada”⁶³.

En la medida en que el concepto de dolo queda así desacoplado de la noción de conocimiento, es enteramente adecuado identificar la creencia predictiva fundante de una eventual imputación a título de tentativa con el componente *doxástico* de la capacidad de evitación intencional de la realización no-justificada del tipo-de-delito, que es el criterio de cuya satisfacción depende una imputación a título de dolo. En estos términos, la particularidad de una imputación del quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada en la forma de una tentativa radica en la *falta-de-verdad* de la creencia predictiva fundante-de-dolo, que como tal es constitutiva de la discrepancia definitoria de la estructura de *toda* tentativa de delito.

⁶⁰ Por “tentativa” (*lato sensu*) se entiende aquí tanto lo que el CP designa de ese modo, y que se corresponde con la tentativa inacabada, como lo que el mismo código denomina “*delito frustrado*”, y que se corresponde con una tentativa acabada.

⁶¹ Latamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., pp. 297 y ss.

⁶² KINDHÄUSER, “Versuch und Wahn...”, ob. cit., p. 335.

⁶³ KINDHÄUSER, “Versuch und Wahn...”, ob. cit., p. 337.

III. LA ADSCRIPCIÓN DE LA CREENCIA PREDICTIVA FUNDANTE DEL DOLO

1. *Indicadores de dolo*

Una razón capital para favorecer una concepción puramente “representacional” del dolo, que a su vez identifica el dolo eventual con su forma básica, radica en la manifiesta arbitrariedad a la que lleva, en la práctica judicial, el favorecimiento de la más tradicional concepción dual⁶⁴. En lo específicamente concerniente a la demarcación del dolo eventual frente a la así llamada “culpa consciente”, esta última concepción asume que una y otra forma de responsabilidad subjetiva en nada se distinguirían desde la perspectiva del contenido de la correspondiente representación, sino solo en cuanto a la actitud emocional que mostraría el hechor que obra con dolo eventual. Son múltiples las formulaciones que se emplean para identificar esa actitud: a veces se habla de la “aceptación” o la “aprobación” (de la producción del resultado), otras de un “consentimiento” (en que se produzca el resultado), etc.⁶⁵. El problema está, sin embargo, en que esas formulaciones parecen ser manipulables en grado sumo, sin que la praxis logre fijar criterios uniformes que otorguen consistencia al establecimiento judicial del carácter doloso de la respectiva realización del tipo⁶⁶.

El error en que se incurre cuando se adopta una concepción dual como la recién descrita consiste en la suposición de que, para identificar la actitud que pudiera haber tenido el hechor en relación con la posible realización del tipo a través de su propio comportamiento, tendríamos que considerar algo distinto de la acción que él efectivamente se decidió a ejecutar o a omitir, dada la representación de las circunstancias con la que contaba. A modo de ejemplo: si alguien se representa estar apuntando un arma de fuego cargada hacia el tórax de un ser humano vivo que se encuentra a tres metros de distancia, no hay un criterio más fiable para establecer que el agente “aceptó” o “aprobó” producir la muerte de la víctima que el hecho de que aquel haya efectuado el disparo⁶⁷.

⁶⁴ Véase VAN WEEZEL DE LA CRUZ, ob. cit., pp. 44 y ss., 49 y ss. Un paradigma de esta línea jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de casación, dictada por la Corte Suprema con fecha 2 de julio de 2009, rol N° 3970-2008, comentada por KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, Caso “cinta adhesiva” y la no aceptación de la muerte, en VARGAS PINTO, Tatiana (directora), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2015), pp. 105 y ss.

⁶⁵ Para sendas visiones de conjunto, y críticamente, véase RAGUÉS I VALLÉS, ob. cit., pp. 83 y ss., 97 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, ob. cit., pp. 228 y ss., 255 y ss.

⁶⁶ Al respecto, y detalladamente, PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 58 y ss., 70 y ss.

⁶⁷ Véase PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 92 y s.; coincidentemente, KINDHÄUSER, *Cuestiones actuales...*, ob. cit., p. 50.

En estos términos, lo que distingue al dolo (eventual) de la imprudencia (“consciente”) no es otra cosa que el contenido preciso de la representación de la que dispone el potencial autor⁶⁸. Siguiendo a Puppe, podemos decir que el riesgo que el potencial autor se representa es un riesgo cuya representación fundamenta una imputación a título de dolo siempre que ese riesgo se corresponde con “un método idóneo para producir el resultado”⁶⁹. Ello exige que, en términos prácticos (y no estadísticos), la probabilidad de que la aplicación de ese método lleve al acaecimiento del resultado típicamente relevante sea considerablemente alta⁷⁰. Un riesgo que no alcanza a corresponderse con semejante método idóneo es un riesgo, en cambio, cuya representación solo puede fundamentar una imputación a título de imprudencia. Esto equivale a decir que quien se representa un riesgo de esta última clase no cuenta, en virtud de esa representación, con la capacidad actual de evitar intencionalmente la realización del tipo, sino solamente con la capacidad de asegurar la correspondiente posibilidad de evitación a través de la adopción de una medida de precaución, que se identifica con el cumplimiento de la respectiva exigencia de cuidado⁷¹.

Para determinar qué riesgos exhiben la magnitud requerida para ser riesgos cuya representación fundamenta una adscripción de dolo, la vía más promisoría consiste en fijar un catálogo de “indicadores” de dolo. Estos indicadores, que no pueden ser confundidos con “indicios”, funcionan como descriptores de “síndromes de riesgo” específicamente referidos a la realización del correspondiente tipo-de-delito⁷². A diferencia de un *indicio*, cuya relación con aquello de lo cual es *indiciario* es de naturaleza *empírica* –en el sentido, por ejemplo, en que la presencia de humo en un lugar es indiciaria de que en las cercanías hay, o ha habido, fuego–, un *indicador* se encuentra *conceptualmente* conectado con aquello de lo cual es

⁶⁸ Para una reconstrucción de la tradicional (y problemática) distinción entre las formas de la imprudencia “consciente” y la imprudencia “inconsciente”, que la hace depender de la mayor o menor proximidad que exhibe la exigencia de cuidado –en todo caso: conscientemente– infringida respecto de la situación en la que la realización del tipo-de-delito se presenta como actualmente inevitable para el potencial autor, véase MAÑALICH RAFFO, “La imprudencia...”, ob. cit., pp. 30 y ss.

⁶⁹ PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 93 y s.

⁷⁰ PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., p. 95.

⁷¹ Sobre esto, MAÑALICH RAFFO, “La imprudencia...”, ob. cit., pp. 15 y ss., 21 y ss.

⁷² Fundamental al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 357 y ss., 362 y ss., quien identifica los indicadores de dolo con “*reglas sociales de atribución de conocimiento*”, aunque favoreciendo la tesis de que esas reglas sería externas al concepto de dolo. Detalladamente sobre el problema, y más recientemente, SÁNCHEZ MÁLAGA, ob. cit., pp. 395 y ss., 412 y ss. En la discusión chilena, véase VAN WEEZEL DE LA CRUZ, ob. cit., p. 51; MAÑALICH RAFFO, “Tentativa, error y dolo”, ob. cit., pp. 336 y s., 340 y ss.; detalladamente, RETTIG ESPINOZA, ob. cit., pp. 570 y ss.

*indicativo*⁷³. Para entender la importancia que esto tiene, considérese el siguiente par de ejemplos que nos ofrece Puppe:

Golpear con un martillo en el vidrio de una ventana es un método apropiado para romperlo, y se lo podrá demostrar así enfáticamente también en el caso concreto. Mostrarle a otro un documento falso o simplemente decirle algo que no es verdad son métodos apropiados para engañarlo, porque como regla general creemos unos en otros, si no hay razones especiales para desconfiar⁷⁴.

Que el hecho de golpear el vidrio de una ventana con un martillo sirva como un indicador del dolo de daño de cosa ajena, se traduce en que, si comprobamos que una persona ha golpeado el vidrio de alguna ventana con un martillo, estando al tanto de que usaba un martillo y de que lo golpeado era vidrio de una ventana (ajena)⁷⁵, entonces hemos comprobado que ella actuó dolosamente. No se trata, así, de que el hecho de haber sido dado el golpe “a sabiendas” de que lo golpeado era vidrio sea un indicio –que como tal pudiera servir de base a una presunción judicial– de que el agente habría actuado dolosamente; se trata, más bien, de que golpear un vidrio con un martillo, representándose que lo golpeado es vidrio, es aquello en lo que *consiste*, en esa situación, actuar con dolo de daño.

Nótese que lo anterior de ninguna manera supone relativizar el sentido en el cual el dolo opera como un criterio de imputación *subjetiva*. Pues de acuerdo con la explicación ya ofrecida, la adscripción de dolo depende de que pueda afirmarse que el potencial autor efectivamente se *representó* las circunstancias fácticas que se corresponden con el respectivo síndrome de riesgo⁷⁶. Para seguir

⁷³ Al respecto, PUPPE, Ingeborg, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2ª ed. (Gottinga, 2011), pp. 39 y ss.

⁷⁴ PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., p. 96.

⁷⁵ Según ya se explicara, la adscripción de dolo en lo tocante a la potencial realización de un elemento normativo del tipo respectivo depende de que al agente pueda atribuirse la representación de circunstancias fácticas que determinan que el comportamiento de cuya imputación se trata exhiba la propiedad expresada por el elemento normativo en cuestión. Así, que en nuestro ejemplo la realización del tipo de daño de cosa ajena sea imputable a título de dolo dependería, en lo que aquí interesa, de que el autor haya dado el golpe de martillo contra el vidrio bajo la suposición de que se daban las *circunstancias* de las cuales dependía que, al momento de sufrir el impacto, la ventana perteneciera en propiedad a una persona distinta de aquel, siendo enteramente irrelevante, empero, que el autor haya estado al tanto del contenido y del alcance de las reglas jurídicas que conferirían ese estatus institucional a la ventana.

⁷⁶ Claramente al respecto, PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 94 y s. Aquí emerge la objeción fundamental que cabe dirigir contra el planteamiento de PÉREZ BARBERÁ, ob. cit., pp. 637 y ss., 678 y ss., 813 y s., quien a partir del acertado rechazo de una conceptualización del dolo como un “estado mental” concluye que el concepto de dolo tendría que dejar de ser entendido como un

con el ejemplo precedentemente analizado: una persona podría desconocer que aquello contra la cual da un golpe de martillo es un trozo de vidrio, porque alguien le ha dicho que se trataría de un “cristal antibalas”, desafiándole a que lo pruebe. En un caso tal, habría que excluir una adscripción de dolo de daño de cosa ajena a quien ha propinado el golpe de martillo, precisamente porque su error, en lo tocante al material contra el cual descarga el golpe de martillo, impide afirmar que el potencial autor (directo) se haya representado las circunstancias que hacían de ese golpe un método especialmente apto para destruir la ventana.

El punto crucial, sin embargo, es el siguiente: en la medida en que pueda afirmarse que el potencial autor efectivamente se representó las circunstancias fácticas que objetivamente hacían de la acción que él ejecutó un método adecuado para producir el resultado, no hay razón alguna para prestar atención a si él mismo valoraba como riesgoso ese mismo curso de acción. Tal como Puppe observa, haciendo suyas las palabras de Herzberg: lo que interesa no es “si el autor ha tomado en serio el peligro reconocido, sino si ha reconocido un peligro que debía ser tomado en serio”⁷⁷.

2. Una aplicación: indicadores de dolo de homicidio

Para ejemplificar el planteamiento recién presentado, cabría ahora analizar la manera en que esa concepción arroja claridad acerca de cómo tendría que ser fundamentada una adscripción de dolo de homicidio. Según lo ya explicado, ello supone identificar un conjunto de indicadores de dolo de homicidio, en términos tales que a una persona cuyo comportamiento ha resultado en la muerte de otro ser humano pueda imputarse el correspondiente homicidio como doloso, en virtud de haberse ella representado las circunstancias fácticas que objetivamente

concepto referencial para ser entendido, en cambio, como un concepto de referencia: “El dolo deja de ser, pues un ‘concepto referencial’ (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el ‘tipo objetivo’ al que el dolo se refiere), para en todo caso, pasar a ser un concepto de referencia: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para su realización” (énfasis suprimido). El problema de esta estrategia de reconceptualización radica en que ella supone negar que el dolo pueda, stricto sensu, funcionar como un criterio para la imputación de la realización del tipo correspondiente, lo cual exige advertir que, en cuanto fundado en la adscripción de una creencia predictiva, el dolo exhibe la “referencialidad” propia de toda actitud proposicional; que el dolo no pueda ser identificado con un estado mental no implica que aquel no descansa en la adscripción de una actitud proposicional. Para una pormenorizada crítica de la tesis de Pérez Barberá, véase ORTIZ DE URBINA, Iñigo, “¿Dolo como reproche? Sobre método y axiología en la propuesta de abandono del dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, N° 1 (2012), pp. 360 y ss., 371 y ss.

⁷⁷ PUPPE, *El Derecho penal*, ob. cit., p. 306.

configuraban un síndrome de riesgo cuya representación sea suficiente para una atribución de dolo de homicidio⁷⁸.

El siguiente pasaje tomado de Puppe es suficientemente ilustrativo del punto:

Una conducta tiene la cualidad de causar un “peligro de dolo” siempre que puede ser identificada como un método apropiado para la causación de dicho resultado de acuerdo con reglas de experiencia generales, es decir, cuando el autor habría podido aplicar dicho método para causar el resultado intencionadamente. Golpear con un objeto pesado o puntiagudo en la cabeza, dar patadas o golpes de karate en la cabeza de un niño, clavar un cuchillo en la zona del corazón, disparar al tronco o estrangular hasta dejar a alguien inconsciente son, entre muchos otros, métodos generalmente reconocidos para matar. El autor que los aplica para dejar a su víctima indefensa o inmóvil no debe poder excusarse alegando no haber querido dicha muerte⁷⁹.

En la terminología favorecida por Ragués, aquello que –teniendo a la vista casos paradigmáticos de la jurisprudencia alemana– Puppe tematiza como “métodos generalmente reconocidos para matar” se corresponde con un conjunto de formas de comportamiento “especialmente aptas” para producir el correspondiente resultado, que aquí consiste en la muerte de un ser humano (nacido)⁸⁰. Para advertir la relevancia que adquieren estas formas de comportamiento en cuanto síndromes de riesgo con relevancia para la fundamentación del dolo de homicidio, podemos considerar con mayor detenimiento la serie de pasos que un tribunal tendría que dar para quedar en condiciones de afirmar que la producción de la muerte de otro ser humano es imputable a título de dolo al potencial autor del homicidio en cuestión.

Para que al potencial autor pueda atribuirse la representación de un concreto riesgo de condicionamiento de la muerte de otra persona, será necesario, en primer lugar, que él haya estado al tanto de la “aptitud lesiva en abstracto” que muestra la acción ejecutada⁸¹. En la terminología favorecida por Ragués, para comprobar esto habrá que prestar atención al conjunto de “conocimientos mínimos” con los cuales cuenta cualquiera persona normalmente socializada⁸², o bien a los “conocimientos especiales” que quepa atribuir al potencial autor en razón de

⁷⁸ Como ha sostenido Puppe, esto exige reconocer la prioridad que el concepto de dolo exhibe frente al respectivo conjunto (cerrado) de indicadores del dolo del delito en cuestión; véase PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., pp. 80 y s., 130 y ss.

⁷⁹ PUPPE, *El Derecho penal...*, ob. cit., p. 308.

⁸⁰ Véase RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 468 y ss.

⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 444 y s.

⁸² Véase RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 379 y ss. Véase también SÁNCHEZ MÁLAGA, ob. cit., pp. 402 y s.

determinadas “características personales del sujeto”, relativas, por ejemplo, a la profesión o al oficio que aquel ejerce o desempeña⁸³. Dado que, según lo ya sostenido, es teóricamente recomendable desacoplar el concepto de dolo del concepto (filosóficamente técnico) de conocimiento⁸⁴, cabe redescubrir lo que Ragués denomina “conocimientos mínimos” y “conocimientos especiales” como *creencias* con relevancia para hacer reconocible la distintiva aptitud lesiva que exhibe la clase de acciones a las que pertenece la acción ejecutada por el agente, que admiten ser diferenciadas en atención a la *base* en la que descansa su adscripción al potencial autor.

Pero en segundo lugar, para fundamentar una adscripción de dolo de homicidio también será necesario poder atribuir al potencial autor lo que Ragués denomina un “correcto conocimiento situacional”, que no es otra cosa que la creencia “de que en su situación concurren las circunstancias que convierten a su conducta en apta para producir un determinado resultado”⁸⁵. Para afirmar esto último habría que prestar atención, en lo inmediato, a las “transmisiones de conocimiento” que el potencial autor haya podido recibir de parte de otros⁸⁶, así como a la manera en que su propio comportamiento ha “exteriorizado” las creencias con las que él contaba al momento del suceso⁸⁷. Aquí puede ser conveniente considerar una ilustración de los criterios que Ragués articula para sustentar la atribución de la necesaria “representación situacional” al potencial autor:

Debe imputarse al autor de unos disparos el conocimiento de que en la trayectoria de éstos se encontraba otra persona cuando, por ejemplo, dicha persona se hubiera situado ante el autor sin que entre ellos se interpusiera obstáculo alguno que pudiera haber impedido la visibilidad y con una visibilidad suficiente. Hace falta además acreditar que el autor dirigió su mirada en la dirección en la que se encontraba la futura víctima. Por el contrario, no será posible tal imputación cuando, dado el caso, entre autor y víctima se interponga un objeto que imposibilite al primero la captación visual de la segunda, o cuando las condiciones de visibilidad impidan una mínima captación visual. [...] Las anteriores exigencias pueden variar cuando la presencia del objeto pueda ser percibida por sentidos distintos a la vista (p. ej., se oye a una persona gritar, aunque no se la ve). En este caso, procederá la imputación

⁸³ Al respecto, RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., p. 425 y ss.; también SÁNCHEZ MÁLAGA, ob. cit., pp. 422 y ss., 425 y ss.

⁸⁴ *Supra*, II., 2 y 3.

⁸⁵ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., p. 445. Al respecto, asimismo, SÁNCHEZ MÁLAGA, ob. cit., pp. 420 y ss.

⁸⁶ Sobre esto, RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 403 y ss.

⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 411 y ss.

cuando, dada la ubicación del sujeto, éste necesariamente haya advertido el lugar en que se encontraban el objeto⁸⁸.

De acuerdo con Ragués, entonces, la sola representación de la aptitud abstracta de un determinado curso de acción para el condicionamiento de un resultado de cierta clase no es suficiente para fundar una atribución del dolo correspondiente al delito consistente en producir semejante resultado. Pues al mismo tiempo es necesario que el potencial autor se represente encontrarse en una situación que en concreto le brindaría la oportunidad para producir ese resultado desplegando el respectivo curso de acción. Del cumplimiento de ambas condiciones dependería, según Ragués, que el potencial autor haya podido llegar a integrar los diferentes factores que inciden en la generación del riesgo de condicionamiento del resultado en “un juicio de concreta aptitud lesiva”⁸⁹. Y solamente estableciéndose esto último podrían entenderse satisfechas las condiciones para la adscripción del dolo en cuestión.

Es precisamente en este punto que se vuelve determinante el hecho de que el curso de acción desplegado por el potencial autor se corresponda con una forma de comportamiento “especialmente apta” para producir el resultado típicamente relevante:

[c]uando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto «conocimiento situacional», se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado en aquella específica situación⁹⁰.

Esto significa lo siguiente: si el potencial autor advierte que el curso de acción que se dispone a materializar se corresponde con una forma de comportamiento especialmente apta para producir la muerte de alguna otra persona, y se representa encontrarse en una situación conformada por circunstancias que en concreto le brindan la oportunidad para producir ese mismo resultado, entonces a aquel puede imputarse la realización del tipo del homicidio a título de dolo, si él llega a desplegar el curso de acción resultante en la muerte de la segunda persona.

Entre los indicadores de dolo de homicidio usualmente reconocidos en la doctrina y la jurisprudencia comparadas figura la utilización de un vehículo

⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 447 y s.

⁸⁹ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., p. 458 (énfasis suprimido).

⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., p. 470 (énfasis suprimido).

motorizado como un “arma para matar”⁹¹. Esto es crucial, desde ya, porque lleva a advertir que sería enteramente erróneo asumir que, por el hecho de que en general la conducción de un vehículo motorizado no se presente como una forma de comportamiento especialmente apta para producir la muerte de uno o más seres humanos, sino más bien como una “conducta neutral” a ese respecto⁹², no sería posible reconocer que determinadas formas de utilización de un vehículo motorizado sí representan métodos especialmente aptos para matar a otro. Suficientemente elocuente resulta la siguiente observación aportada por Ragués:

Una no integración de la concreta aptitud lesiva parece posible en los supuestos en que un conductor provoca un accidente mortal al realizar un adelantamiento peligroso o al no mantener la preceptiva distancia de seguridad con el vehículo que le precede. Sin embargo, tal falta de integración no parece posible en el caso en que el conductor persigue con su coche a un peatón, saliéndose incluso de la calzada, entrando en unos jardines y causando finalmente la muerte arrollándole contra una pared. En este último caso el autor convierte su coche, incluso desde el prisma objetivo, en un «arma para matar», por lo que ya no puede considerarse que su conducta sea meramente neutra con respecto al resultado de muerte⁹³.

Es fundamental que Ragués haga explícito que, en un caso como ese, la transformación del vehículo en un “arma para matar” podría ser reconocida “desde el prisma objetivo”. Pues de esto se sigue que, para responder la pregunta de si el conductor del automóvil atropelló a la víctima con dolo de homicidio, no tiene importancia alguna si él actuó con el propósito de matarla. Lo decisivo, antes bien, es que al dirigir el vehículo hacia el cuerpo de la potencial víctima el conductor haya estado al tanto de estar haciendo algo que, objetivamente, constituye un método distintivamente apto para producir la muerte de otro ser humano, en una situación que le brindaba una oportunidad para condicionar, de tal modo, ese resultado.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDI, Robert, *Epistemology*, 2ªed. (Nueva York y Londres, 2003).
 BELING, Ernst, *Die Lehre vom Tatbestand* (Tubinga, 1930).
 BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1918), tomo III.
 _____, *Die Normen und ihre Übertretung* (Leipzig, 1919), tomo IV.

⁹¹ Véase PUPPE, *La distinción...*, ob. cit., p. 100, a propósito de un fallo del BGH, de 7 de junio de 1983.

⁹² Sobre esto, RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 484 y ss.

⁹³ RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., p. 486 (énfasis suprimido).

- _____, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed. (Leipzig 1922), tomo I.
- BRANDOM, Robert, *Making it Explicit* (Cambridge [Mass.] y Londres, 1994).
- BRATMAN, Michael, *Intention, Plans, and Practical Reason* (Stanford, 1999).
- BUNGE, Mario, *Buscar la filosofía en las ciencias sociales* (México D.F., Madrid y Buenos Aires, 1999).
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *El objeto del dolo en derecho penal* (Bogotá, 2012).
- GETTIER, Eduard, “Is Justified True Belief Knowledge?”, en *Analysis*, vol. 23, N° 6 (1963), pp. 121-123.
- HACKER, P.M.S., *The Intellectual Powers. A study of Human Nature* (Malden [Mass.], Oxford y Chichester, 2013).
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968).
- HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Berlín 1821).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Art. 1º”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores), *Código Penal Comentado* (Santiago, 2011), pp. 7-105.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación* (Cizur Menor, 2005).
- JAKOBS, Günther, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en DORNSEIFER, Gerhard *et al.* (coords.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, 1989), pp. 271-288.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlín y Nueva York, 1991).
- _____, *La imputación objetiva en derecho penal* (Buenos Aires, 1996).
- _____, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *Rechtswissenschaft* (2010), pp. 283-315.
- _____, *Kritik des Vorsatzbegriffs* (Tubinga, 2020).
- KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, 1989).
- _____, “Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1990), pp. 407-423.
- _____, *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial* (Lima, 2005).
- _____, “El tipo subjetivo en la construcción de delito”, en *InDret* 3/2008, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/579_es.pdf.
- _____, “Versuch und Wahn. Zum Irrtum über Rechtstatsachen”, en SAFFERLING, Christoph *et al.* (coordinadores), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, 2017), pp. 325-342.

- _____, “El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 31 (2019), pp. 127-145.
- KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, “Caso ‘cinta adhesiva’ y la no aceptación de la muerte”, en VARGAS, Tatiana (directora), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2015), pp. 105-112.
- MANRIQUE PÉREZ, Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2012).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV (2010), pp. 385-414.
- _____, “El delito como injusto culpable”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIV (2011), pp. 87-115.
- _____, “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, en *Doxa*, vol. 35 (2012), pp. 663-690.
- _____, *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, 2014).
- _____, “La imprudencia como estructura de imputación”, en *Revista de Ciencias Penales* vol. XLII, N° 3 (2015), pp. 13-36.
- _____, “La tentativa de delito como hecho punible”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2 (2017), pp. 461-493.
- _____, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, 2018).
- _____, “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27, (2019), pp. 296-375.
- _____, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno* (Santiago, 2020).
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed. (Madrid, 1957), tomo II.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, JORGE BARREIRO, Agustín y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos (coordinadores), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid, 2005), pp. 691-742.
- MOORE, Michael, *Placing Blame* (Oxford y Nueva York, 1997).
- _____, *Mechanical Choices* (Nueva York, 2020).
- ORTIZ DE URBINA, Íñigo, “¿Dolo como reproche? Sobre método y axiología en la propuesta de abandono del dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, N° 1 (2012), pp. 357-385.

- OXMAN VILCHES, Nicolás, “El dolo como adscripción de conocimiento”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 28 (2019), pp. 441-467.
- PATZIG, Günther, *Gesammelte Schriften* (Gotinga, 1996), tomo IV.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual* (Buenos Aires, 2011).
- PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia* (Buenos Aires, 2010).
- _____, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2ª ed. (Gotinga, 2011).
- _____, *El Derecho penal como ciencia* (Montevideo y Buenos Aires, 2014).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999).
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio, *Derecho Penal Parte General* (Santiago, 2019), tomo II.
- RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind* (Chicago, 1949).
- SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando, *Una teoría para la determinación del dolo* (Montevideo y Buenos Aires, 2018).
- SEARLE, John, *Intentionality* (Cambridge, 1983).
- STARK, Findlay, *Culpable Carelessness* (Cambridge, 2016).
- YAFFE, Gideon, *Attempts in the Philosophy of Action and in the Criminal Law* (Oxford, 2010).
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7 (2011), pp. 23-51.
- VILLA, Mario, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación* (Buenos Aires, 2016).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, edición crítica (Fráncfort del Meno, 1989).