

PROBLEMÁTICAS DEL DOLO INDIRECTO

Dolus indirectus issues

RAÚL MADRID RAMÍREZ*

Pontificia Universidad Católica de Chile

RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA**

Universidad de los Andes

RESUMEN

El objeto de este artículo es analizar el dolo indirecto. Según esta construcción dogmática, los conceptos de voluntad directa e indirecta permiten conocer el grado de responsabilidad en función de un comportamiento ilícito en el que por efecto colateral se inflige la muerte. Nuevos enfoques dogmáticos objetivan la voluntad directa para evitar un riesgo de extremo subjetivismo en los parámetros de imputación. Este trabajo, en relación con estos nuevos enfoques, afirma que la diferenciación entre estos tipos de intenciones es necesaria en los casos no intencionales. Conceptos que no tienen espacio dogmático por la creación de *dolus indirectus*.

PALABRAS CLAVE

Dolus indirectus, per se, per accidens.

ABSTRACT

The object of this article is to analyze the *dolus indirectus* concept. According to this dogmatic construction, these concepts of direct and indirect intention allow us to know the responsibility degree according to an unlawful behavior in which, by collateral effect, death is inflicted. New approaches objectified direct will to prevent a subjectivism risk in the imputation parameters. This work, in relation to these corrective measures, states that the differentiation between these types of intentions is necessary in unintentional cases. Concepts that don't have criminal dogmatic space by the creation of *dolus indirectus*.

KEYWORDS

Dolus indirectus, per se, per accidens.

1. Introducción

Un suceso de reciente importancia jurídico-penal es el reproche al agente por consecuencias que no pretendió alcanzar. En otras palabras, la atribución de responsabilidad por las consecuencias derivadas de la realización de la acción que el agente debería haber previsto. Esta fórmula se comprende bajo el título de *dolus indirectus*. Si bien existen diversas concepciones en torno a este en el campo no intencional¹, hay cierta concordancia en la sujeción

* Doctor en Derecho y Magíster en Filosofía por la Universidad de Navarra. Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago, Chile. Dirección electrónica: raul.madrid.uc@gmail.cl.

** Abogado, Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile y la Universidad de los Andes, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Chile, Monseñor Álvaro de Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: rguerra@uandes.cl. Este artículo monográfico es resultado de un trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación FONDECYT N° 11190024, "Delimitación del miedo insuperable ante el estado de necesidad".

¹ Si bien existen una multiplicidad de interrogantes en el dolo no intencional en la concreción de la representación del resultado o el límite en que se confía en la no verificación de un resultado, cuando el agente crea un riesgo especialmente relevante, "algunos autores están dispuestos a renunciar a las exigencias de concreción y aceptan la 'ignorancia deliberada' o, incluso, la indiferencia como dolo", VAN WEEZEL (2021), p. 206. Por ello, nos parece que debemos enfrentar algunas controversias escolásticas para esclarecer la distinción entre voluntad directa e indirecta en la imputación subjetiva y proponer soluciones alternativas al dolo indirecto como indiferencia o a la ignorancia deliberada en el dolo no intencional. Sin embargo, este trabajo fomenta el análisis de algunas controversias escolásticas que permite una mejor comprensión de los casos prácticos. Respecto a este punto, véase VAN WEEZEL (2021), p. 197.

del desconocimiento del agente a un control de racionalidad que tendría lugar de forma previa a la imputación subjetiva².

En los últimos años, un sector de la doctrina alemana ha sostenido que en la ignorancia deliberada existe un reconocimiento del *dolus indirectus*. En esta hipótesis se da la posibilidad de “imputar a título de dolo, con prescindencia de las representaciones concretas que hubiera tenido el autor al momento de actuar, las consecuencias normales derivadas de una actuación peligrosa que el sujeto debería haber previsto”³ a quien no pretende la consecuencia que se produce, pero debería haber conocido la posibilidad de su producción.

El agente merece reproche pues debería haber previsto las consecuencias de tal acción. Se entiende que se trata de un sujeto que, capacitado para alcanzar una cierta información, prefiriere no tomar conocimiento de ella con el objeto de salvaguardarse en su desconocimiento. Esto es lo que se conoce como “ignorancia afectada”⁴: aquella parte de la ignorancia vencible que posee el más alto grado de malicia.

El agente en la ignorancia afectada pretende evitar una elección que conlleve su responsabilidad. Por ejemplo, el caso de quien reemplaza a un gerente general que, en contraprestación de un pago, accede a presentarse como el administrador de un grupo de sociedades de las que desconoce su verdadera actividad, o el agente que recibe un pago importante para transportar una mercadería de un pueblo a otro, omitiendo deliberadamente la pregunta por su contenido⁵.

Es razonable sostener que el dolo indirecto distorsiona la distinción entre voluntad directa, indirecta e *in causa* y fusiona estas categorías en la ignorancia deliberada en sentido estricto, sin considerar que “en el sistema continental de imputación subjetiva amenaza la solidez de las bases de dicho sistema”⁶. Esta fusión se manifiesta en un concepto de dolo “sobrecargado” que no es capaz de dar cuenta de situaciones tan diferentes y complejas “como la intención, la mera representación del riesgo o ciertos casos de desconocimiento provocado [que] permite[n] afirmar que [...] su aplicación plantea importantes problemas de proporcionalidad”⁷.

En la filosofía moral actual se han utilizado estas categorías conceptuales para graduar la responsabilidad en atención a lo que quiere hacer el agente y la previsión de las consecuencias con el propósito de poder identificar un comportamiento imprudente o doloso⁸. Sin embargo, la existencia del *dolus indirectus* dificulta más las cosas porque es posible que su espíritu “perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad que se realiza en la imputación objetiva, en el que no se indaga el contenido de representación del autor concreto, sino que se utilizan criterios sobre lo que es previsible para un hombre medio”⁹ o, asimismo, se presente a modo de respuesta frente a delitos preterintencionales¹⁰.

² VAN WEEZEL (2008), pp. 52 y ss.

³ NÁQUIRA (2015), p. 202.

⁴ La ignorancia vencible se subdivide, además, en afectada, crasa, y supina. La afectada es: *qua quis, data opera, et ex consilio vult ignorare, ut liberius peccet; que es lo que dijo David Salm. 35. Noluit intelligere, ut bene ageret*. La crasa es: *Quando quis maxima desidia detentus, fere nullam diligentiam apponit in addiscendo ea, ad quae tenetur*; a la manera que los hombres gruesos o crasos suelen ser desidiosos. La supina es: *Quando parva adhibetur cura ad eam depellendam*. Ambas ignorancias se diferencian poco entre sí, como consta de sus descripciones. Esta información, véase CARMELITAS DESCALZAS DEL COLEGIO DE SAN ELÍAS DE SALAMANCA (1805), § IV Del involuntario y de sus causas, §. IV. De la ignorancia.

⁵ RAGUÉS (2013), p. 11.

⁶ RAGUÉS (2013), p. 12. También es importante considerar que en el dolo no intencional existen propuestas que prescinden “del elemento volitivo” o buscan “normativizar” la imputación subjetiva desde la idea de que el dolo no sería un concepto descriptivo sino adscriptivo”, VAN WEEZEL (2021), p. 205. Sin embargo, concordamos con que “el problema no es si el dolo es descriptivo o adscriptivo, si es un estado mental o una actitud proposicional, conocimiento o voluntad: lo importante es cuál es la regla de imputación subjetiva que define su alcance, y esta regla no está inscrita en la naturaleza de las cosas”, VAN WEEZEL (2021), p. 206.

⁷ RAGUÉS (2013), p. 34.

⁸ VON WRIGHT (1979), pp. 114 y 119. En esta línea, se utilizan el concepto de intención, resultados y consecuencias, dentro de esta plataforma conceptual, GONZÁLEZ (1995), p. 154. También se sostiene este punto en MANRIQUE (2012), pp. 35 - 38.

⁹ RAGUÉS (1999), pp. 58-59.

¹⁰ UDAONDO (1952), p. 41. En este contexto, se ha sostenido que la regulación italiana va más allá que la española en esta materia. Así las cosas, esta pareciera estar en consonancia “con las nuevas corrientes doctrinales surgidas en torno al problema de la preterintencionalidad”. Pues bien, el art. 42 del Código Penal italiano, aparentemente, plantea una preterintencionalidad que se

De ahí que la búsqueda por encontrar fórmulas que sean eficientes en la atribución de responsabilidad conlleve el incentivo de reducir la complejidad de su prueba en el proceso. Ello, específicamente, cuando se trata de imputar un resultado en atención a un conocimiento probable o a la conciencia del riesgo que trae aparejada la acción¹¹. En ese sentido, la primacía del elemento cognoscitivo no puede llevarnos a “la imposibilidad de tratar como imprudente el resultado más lesivo no pretendido”¹².

Si la cuestión se enfoca desde el doble efecto, se acentúa la distinción entre las consecuencias previstas (*per accidens*) y la intención de producir un determinado resultado (*per se*)¹³. Sin embargo, este principio es propio de un juicio de valoración del hecho conforme a la norma en el plano de las causales de justificación¹⁴. Así, mientras que en el *dolus indirectus* el deber de prever la consecuencia conlleva la responsabilidad del agente, en el caso del principio del doble efecto esta distinción entre voluntades ha sido únicamente prevista conforme a una regla permisiva¹⁵.

Atendiendo a lo anterior, es necesario realizar un tratamiento previo del *dolus indirectus* para abordar con posterioridad los conceptos de voluntad directa, indirecta e *in causa* en la atribución de responsabilidad penal.

Finalmente, si bien los conceptos de ignorancia deliberada, dolo indirecto, previsibilidad, subjetividad, preterintencionalidad y doble efecto se entrelazan, no pretendemos agotar la discusión en torno a estas instituciones en los parámetros de la imputación subjetiva.

2. Origen del concepto de dolo indirecto

Carpzov utilizó la distinción entre voluntad directa e indirecta en su obra *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*. Esta distinción de voluntades será difundida en la dogmática penal a través del *dolus indirectus*¹⁶, que expone la problemática de las consecuencias del uso de un instrumento letal que tenga por consecuencia la muerte de alguna persona. Problemática que hasta hoy es considerada relevante en lo que concierne a la imputación. Cuando en la dogmática más reciente, dos siglos después, se pretende reflexionar sobre esta creación de Carpzov, ello no atiende a un interés histórico, sino más bien a observar cómo desde una perspectiva dogmática su formulación puede ayudar a enfocar la problemática de la indiferencia como dolo.

Carpzov en sus comentarios a la distinción entre voluntad directa e indirecta desarrolló por primera vez la formulación del *dolus indirectus*¹⁷:

diferencia de una mera responsabilidad objetiva. En este dolo preterintencional parece existir un nexo psicológico que va más allá de “una mera relación de causalidad material”.

¹¹ QUINTERO (2009), pp. 1583-1584.

¹² QUINTERO (2009), p. 1588.

¹³ Véase MANRIQUE (2007), p. 2.

¹⁴ En este orden de ideas, a modo de ejemplo, cabe indicar que, para el principio del doble efecto, la eutanasia “directa persigue el acortamiento de la vida del paciente mediante actos positivos (ayuda a morir); la indirecta tiene un doble efecto: aliviar el sufrimiento del paciente abreviando al mismo tiempo su vida, que es el efecto secundario derivado de aquel objetivo principal (por ejemplo, la administración de morfina tiene efectos perjudiciales por depresión de la función respiratoria que en altas dosis puede acelerar la muerte)”, ZÚÑIGA (2008), p. 116. Asimismo, en el caso del aborto indirecto, objetivamente se justifica la muerte del feto. Este es “un efecto colateral de un acto terapéutico [que] en sí mismo [debe ser] lícito, necesario y proporcionado”; MIRANDA (2012), p. 263.

¹⁵ La dogmática penal dominante rechaza el potencial explicativo del doble efecto, “dada la extensión del dolo en materia penal, que abarca siempre las consecuencias necesarias aunque no queridas de un acto”, WILENMANN (2016), p. 38.

¹⁶ FINZI (1925), p. 162. En la dogmática italiana incluso se llega a sostener que “si el dolo indirecto de la antigua doctrina no se puede identificar con la preterintencionalidad del Código vigente (se refiere al Código italiano de 1860), no obstante esto, el criterio que dio vida a aquél es el mismo que ha generado las actuales figuras de preterintencionalidad”. En esta línea, también se ha sostenido que “el dolo indirecto [...] es la base, en sus orígenes, del delito preterintencional” en SOLARI (1977), p. 251; STOOSS (1913), pp. 93 y 96, respecto de la supervivencia del *dolus indirectus* como una posición dominante en la dogmática en casos de homicidio por uso de un instrumento letífero.

¹⁷ Se indica que el creador del *dolus indirectus* es Carpzov en DEMURO (2007), pp. 135 y ss.; CASINOS (2004), p. 383. Asimismo, se destaca lo más relevante de la teoría del *dolus indirectus*, en lo que concierne a la equiparación entre *sciure* y *sciure posse ac debere*, en la obra de Carpzov, en JAKOBS (2004), p. 350. Sin embargo, otros observan la creación de este tipo de dolo en Covarrubias, véase PEREDA (1948), p. 37. Por su parte, sostiene también su origen en Covarrubias y denuncia que dicha construcción es atribuida a UDAONDO (1952), pp. 48-49. Con todo, el pensamiento de Santo Tomás y el de Covarrubias incidieron en Carpzov para la creación

“Segundo: parece que mata voluntariamente a alguien no solo quien tiene la intención de matar, sino que también quien, al herir, dispone la causa de la muerte: en efecto, a veces la voluntad se dirige al acto de homicidio directamente y *per se*, a veces indirectamente y por accidente: la voluntad se dirige directamente al homicidio, cuando alguien tiene la intención de matar, y esta es la malicia perfecta y propia del homicidio [...]. Por otra parte, la voluntad se dirige indirectamente y por accidente al homicidio, tantas veces como se dirige a aquello de lo cual se sigue el homicidio inmediatamente y *per se*, [y] no por accidente. Pues en aquello que se sigue por accidente, la voluntad no se dirige de ningún modo, ni directa ni indirectamente, Covarrubias *Ad Clem. V const. De homicid. Fecund. Part relct. In pr. n. 2*, donde alega S. Tomás en l. 2.q. 76 explicando con este ejemplo: la causa del pecado no es directamente voluntaria, sino indirectamente y por accidente cuando alguien quiere beber vino inmoderadamente y de hecho la voluntad se dirige entonces al beber inmoderado, pero indirectamente y por accidente a la ebriedad, la cual se siguió directa e inmediatamente del beber inmoderado. De donde se sigue que la voluntad de cometer un homicidio es doble: directa e indirecta. La primera la tiene quien agrede a alguien con intención de matarlo; la segunda quien inflige una herida de la cual se sigue inmediatamente el acto de homicidio. Por lo tanto, ambas voluntades, siguiéndose el homicidio, merecen una pena impuesta por ello”¹⁸.

En este pasaje Carpzov diferencia y pone en relación dos formas de voluntad en el homicidio. Ahí está, por un lado, la voluntad directa (*per se*) de cometer un homicidio, que es la forma más perfecta y apropiada de cometerlo. No obstante, también el homicidio puede ser cometido a través de una voluntad indirecta (*per accidens*), pese a que la voluntad del agente se vea afectada en su discreción (*discretione carere*) debido a la embriaguez. Se imputa en ambos casos un homicidio, con independencia de que sea cometido con voluntad directa (*per se*) o indirecta (*per accidens*). Carpzov tomó la terminología de voluntad directa e indirecta de la obra de Covarrubias y Tomás de Aquino, y tomó su argumentación, especialmente, basándose en el segundo. En el mismo pasaje de la Suma que Carpzov acaba de citar, Santo Tomás, en respuesta a una de las objeciones que buscan argumentar que la ignorancia no disminuye el pecado, señala:

“Otras veces la ignorancia que es causa del pecado no es voluntaria directamente, sino indirecta o accidentalmente: como cuando uno no quiere fatigarse en el estudio, de lo cual se sigue que es ignorante; o cuando uno quiere beber vino inmoderadamente, de lo cual se sigue la **embriaguez** y la **carencia de discreción**. Tal ignorancia **disminuye la voluntariedad y, consiguientemente, el pecado**. Pues cuando no se sabe que una cosa es pecado, no se puede

del *dolus indirectus*, CARPZOV (1758), p. 5; SCHAFFSTEIN (1957), pp. 173-174; DEMURO (2007), p. 135. Posiblemente, esto llevó a la dogmática a afirmar que el creador del *dolus indirectus* fue Tomás de Aquino, véase STOOSS (1913), pp. 93 y 96. Así las cosas, Stooss incluso llegó a indicar en 1913 que esta forma de dolo se funda en la enseñanza de Tomás de Aquino porque el gran escolástico enseñó que quien no deseó un resultado, pero sí la acción que produjo ese resultado, deseó indirectamente dicho resultado. Stooss sostuvo que esta posición tomista es errónea y llegó a tener prestigio entre los criminalistas. Pues bien, estos atribuyeron responsabilidad por un homicidio, cometido con dolo indirecto, cuando con intención de causar daño (*animo nocendi*) —pero no con ánimo de matar— se causa la muerte de una persona con un instrumento letífero. En estos casos, según Stooss, los criminalistas concluían que el autor había previsto la posibilidad de un desenlace fatídico y había consentido en dicho resultado. Stooss busca matizar esta noción de *dolus indirectus* e indica que en este se requiere siempre acreditar que el agente sabía acerca del resultado fatal (*eumque hoc scivisse*), véase STOOSS (1913), p. 93 y 96. Última característica (*eumque hoc scivisse*) del *dolus indirectus* que podemos observar en NETTELBLADT Y GLÄENTZER (1772), p. 16. Es importante indicar que la obra *Diss. iur. de homicidio, ex intentione indirecta commissio* es de autoría de Christian Glaentzer.

¹⁸ *Secundo: voluntarie quoque occidere videtur non solum is, qui animum habet occidendi, sed & qui vulnerando causam praebebat mortis: Fertur enim voluntas quandoque in actum homicidii directe & per se, quandoque indirecte & per accidens: Directe fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, & haec est perfecta, propriaque homicidio malitia [...]. Indirecte autem & per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate & per se, non per accidens homicidium sequitur: Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directe, nec indirecte, Covarr. ad Clem. V. const. de homicid. Secund, part, relect, in pr. n.2, ubi allegat S. Thom. in l.2.q.76, explicantem hoc exemplo: Quod scilicet causa peccati non fit directe voluntaria, sed indirecte & per accidens, quando quis vult bibere vinum immoderate, fertur quidem voluntas tunc directe in potum immoderatum, indirecte autem & per accidens in ebrietatem; quae fuit secuta directe & immediate ex potione immoderate. Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: Directam & indirectam; Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur; Hanc vero, qui vulnus infligit, ex quo immediate sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Ergo & utraque voluntas homicidio subsecuto poenam pro eo impositam meretur.*

decir que la voluntad se **vaya directamente y de suyo tras el pecado, sino accidentalmente**. Por tanto, **se da en ello menor desprecio y, consiguientemente, menor pecado**¹⁹.

Tomás de Aquino, respecto de la segunda objeción, por la que parece que la ignorancia no disminuye el pecado, indica que “un pecado añadido a otros aumenta el número de pecados, mas no siempre produce un pecado mayor; porque posiblemente no coinciden en lo mismo, sino que son diversos. Y (hasta) puede ocurrir, si el primero disminuye al segundo, que ambos juntos no tengan tanta gravedad como tendría uno solo. Así, **el homicidio es un pecado más grave perpetrado por un hombre sobrio que si lo hubiera cometido uno ebrio, aunque éstos sean dos pecados porque la embriaguez disminuye la gravedad del pecado siguiente más que lo que implica su propia gravedad**”²⁰.

Como ya se ha indicado, Carpzov tomó la terminología de voluntad directa e indirecta del pasaje I-II. q. 76. Sin embargo, fuerza su interpretación porque cuando algo se produce *per accidens* (voluntad indirecta) no se puede indicar que la voluntad se dirige (*per se*) a ese resultado. Si bien la embriaguez y la carencia de discreción pueden ser consideradas un efecto colateral (*per accidens o praeter intentionem*²¹) de la voluntad directa de beber vino — inmoderadamente—, no es posible derivar de este razonamiento un homicidio, es decir, si el agente no pretende dicho resultado. Así, en un homicidio, la embriaguez puede afectar la falta de discreción, lo que disminuye el nivel de pecado, según Tomás de Aquino. Por ello, en este caso no se puede estar en presencia de un homicidio indirecto. La voluntad se dirige a provocar un homicidio ya que quiere el agente la embriaguez que es causa de la indiscreción por la cual se llega a cometer el homicidio

De lo anterior, en atención a la importancia de diferenciar entre voluntad directa, indirecta e *in causa*, se sigue que considerar una menor gravedad de pecado (por la falta de discreción) implica un menor desvalor en la conducta en materia penal. Así, podemos advertir, en contraposición a la lectura de Carpzov, que el criterio de la doctrina chilena no difiere substancialmente de la tesis tomista. En esta línea, Hernández sostiene en casos de autointoxicación plena que “lo realmente relevante es que el *quantum* del castigo se ubique en un rango significativamente más bajo y que éste sea independiente de lo que ya no es en rigor imputable al sujeto”²². De lo contrario, se adecuaría el hecho de la comisión de un homicidio en estado de embriaguez a una condición objetiva de punibilidad que consagraría una calificación por el resultado²³. Pues bien, la voluntad indirecta solo trata la incidencia que tiene la embriaguez en la discreción del agente y cómo afecta en la comisión de un homicidio. Por ello, consideramos que no se puede desprender un homicidio indirecto de la fórmula tomista, pues la voluntad del agente se dirige a causarlo. Este razonamiento resulta comprensible si se acepta esta diferencia entre el pasaje I-II. q. 76. art. 4 y el I-II, q. 76, art. 3, c. Sin embargo, aunque Carpzov no formula esta distinción, en la actualidad se observa el fenómeno en la yuxtaposición de la indiferencia y el déficit de discernimiento²⁴.

Ahora bien, según Tomás de Aquino, en el pasaje I-II, q. 76, art. 3, c., la ignorancia vencible puede ser voluntaria de dos formas: “ya directamente, como cuando alguien afectadamente quiere no saber algunas cosas, para pecar más libremente; ya indirectamente, como cuando alguien, **por trabajo o por otras preocupaciones, descuida aprender aquello** por lo cual se retraería el pecado. En efecto, tal negligencia hace que la ignorancia misma sea voluntaria y pecado, **con tal que sea de aquellas cosas que uno puede y debe saber**”²⁵. A diferencia de la segunda forma, en la primera el sujeto activo decide ignorar para obrar conforme al mal en libertad, es decir, una ignorancia que denominaremos dolosa para estos efectos. Frente a ello,

¹⁹ Énfasis añadido.

²⁰ Énfasis añadido.

²¹ MIRANDA (2014), p. 136. Respecto a la equivalencia de estos términos en la lógica aristotélica y tomista.

²² HERNÁNDEZ (2007), p. 43.

²³ RENZIKOWSKI (2000), pp. 514 y ss. En este contexto, en relación con la comisión de ilícitos en estados de intoxicación plena, se manifiestan en contra de la mantención de condiciones objetivas de punibilidad o su sanción por las solas consecuencias de la acción.

²⁴ JAKOBS (2004), p. 356.

²⁵ Énfasis añadido.

en la segunda modalidad de ignorancia, el autor no tiene un propósito doloso, porque su origen está en no aprender aquello que impediría un resultado lesivo, por el trabajo u otras preocupaciones, ante el deber o la posibilidad de ello. La que es dolosa es la afectada. Podría ser atendible hablar en estos casos de ignorancia imprudente, es decir, cuando la consecuencia era posible de prever sin previsión o representación (imprudencia inconsciente). En este sentido, para efectos de la ley penal, esta circunstancia no existe en oposición a la imprudencia consciente²⁶.

Sin embargo, en la primera forma de ignorancia se podría identificar una noción de *dolus indirectus*, en la cual, desde los parámetros de Jakobs, existe una “renuncia al conocimiento actual de las consecuencias”²⁷. En esta línea, Jakobs sostiene, aunque no repara en la omisión del tratamiento de la ignorancia, que “para Carpzov actúan «hombres», y cuando ellos no conocen algo, eventualmente lo hubieran podido o debido conocer”²⁸. Por estas razones, el autor sostiene que para Carpzov “no se trata solamente de acuñar como dolo las consecuencias accesorias conocidas, sino también de poder tratar como ocasionadas dolosamente las complicaciones ulteriores que importunan un hecho malo en sí cuando estas *no* eran conocidas, pero podían y debían serlo”²⁹. Sin embargo, consideramos que la segunda forma de ignorancia, es decir, la que hemos denominado imprudente, es la única que se pregunta por la posibilidad o el deber de saber.

En la ignorancia dolosa, la pregunta por la posibilidad o deber de saber no es considerada porque el agente deliberadamente decidió desconocer aquella cosa de la cual se deriva su responsabilidad³⁰. Pues bien, Carpzov no reparó en la diferenciación de estos tipos de ignorancia (dolosa e imprudente), siendo funcionalmente equivalentes en la imposición de una pena ordinaria de homicidio en el uso de un instrumento mortal. Sin embargo, esto no tendría sentido, en conformidad con los parámetros tomistas, porque en el resto de los pasajes de la Suma Teológica, en los cuales se alude a una voluntad *in causa*, existe reconocimiento de un menor nivel de pecado o, dicho en términos contemporáneos, un menor desvalor en la conducta, aunque la cuestión no esté resuelta, directamente, en el pasaje I-II, q. 76, art. 3, c³¹. De ahí que la “tradición terminó por caracterizar [estos efectos colaterales] como indirectamente voluntarios o, a veces, como voluntarios *in causa*”³².

²⁶ Respecto a la diferenciación entre imprudencia consciente e inconsciente, véase CURY (2005), p. 336. Nos parece que en esta segunda forma de ignorancia el resultado lesivo se da por consecuencia del trabajo u otras preocupaciones. Por ello, no es posible desprender de esta un comportamiento doloso porque se centra en la negligencia con tal de que sea de aquellas cosas que uno puede y debe saber. En este sentido, es importante indicar que un sector importante de la tradición escolástica incorpora la diferencia entre ignorancia afectada, crasa o simplemente vencible en la ignorancia vencible. Sin embargo, hemos decidido solo considerar la ignorancia vencible como afectada. Así pues, hemos de utilizar la ignorancia vencible directa como dolosa (afectada) para lograr una vinculación que sea consistente con las categorías del derecho penal. Pues bien, a modo de ejemplo, la ignorancia supina (ignorancia vencible) podría ser parte de una modalidad imprudente de homicidio. Es decir, situaciones en las que el deber de cuidado se encuentra regulado y no se presentó de forma consciente o inconsciente la atención que requiere la norma de cuidado.

²⁷ JAKOBS (2004), p. 351. En este contexto, Carpzov se centra en el caso del uso de un instrumento mortal que pueda tener por consecuencias en la agresión la muerte de una persona. Por ello, para Jakobs el *dolus indirectus* no puede ser correlacionado con el *versari in re illicita*. Pues bien, es una forma más sofisticada de dolo porque al agente le son indiferentes las consecuencias del uso de un instrumento letífero, ya que podría haberlas previsto, es decir, que se “agrede la integridad corporal de la víctima con tal intensidad que demuestra drásticamente con ello su indiferencia respecto a ese cuerpo”, véase JAKOBS (2004), p. 351.

²⁸ JAKOBS (2004), p. 351.

²⁹ JAKOBS (2004), p. 351.

³⁰ HRUSCHKA (2003), p. 214. Esta conceptualización ha perdurado en la memoria de los penalistas a través del *actio libera in causa*. Respecto de la diferenciación de la *actio libera in causa* y un concepto complementario de esta, esto es, la *actio libera in se*, en el campo de la imputación ordinaria y extraordinaria.

³¹ MIRANDA (2014), p. 166. Respecto a la relación de la ignorancia con la voluntad *in causa*.

³² MIRANDA (2014), pp. 160-162. Sin embargo, debemos indicar que el tratamiento de la *ignorancia concomitante*, más bien propia de una problemática moral, dificulta seguir a Tomas de Aquino cuando sostiene que “cuando uno quiere matar a un enemigo y lo mata sin saberlo, pensando que mata un ciervo. Esta ignorancia no produce involuntario, como dice el Filósofo, porque no causa algo que sea contrario a la voluntad”, véase S. Th. I-II, q. 6, a. 8. Sin embargo, se puede observar una reinterpretación más consistente de este pasaje con la dogmática actual en el compendio moral salmanticense, si se sostiene que: “si Pedro creyendo que mataba una fiera, quitase la vida a su enemigo, pero de manera que lo mismo hubiera ejecutado, aunque lo hubiera conocido. Esta ignorancia se reduce a la invencible, cuando se practican las debidas diligencias; y a la vencible, si no se practican éstas. La consiguiente es, la que se subsigue a la voluntad, como lo es en aquel que ignora los preceptos que positivamente quiere no ser instruido en ellos”, CARMELITAS DESCALZAS DEL COLEGIO DE SAN ELÍAS DE SALAMANCA (1805), § IV Del involuntario y de sus causas, §. IV. De la ignorancia. Con todo, en la dogmática penal, en atención al ejemplo enunciado, en lo que concierne a la problemática de la

Por tanto, consideramos que la diferenciación entre voluntad directa, indirecta e *in causa* en el sistema no es del todo precisa. En efecto, aun cuando las consecuencias accesorias conocidas por el agente puedan ser consideradas —en lo que concierne a las complicaciones posteriores de un hecho en sí malo—, su *dolus indirectus* sería insuficiente para estos efectos. A este respecto le faltaría, a lo menos, la exigencia de que las complicaciones posteriores hayan podido o debido ser conocidas para el agente. Todo lo dicho hasta el momento se confirma en el razonamiento de Carpzov que no repara en la relación de la comisión de un homicidio en estado de ebriedad con uno indirecto. Pues bien, omite diferenciar entre voluntad *in causa* y voluntad *indirecta* en estos casos.

3. Aproximación desde la filosofía moral

Carpzov diferencia entre la voluntad directa e indirecta en lo que concierne a la distinción tomista entre *per se* (voluntad directa) y *per accidens* (voluntad indirecta). Sin embargo, su interpretación es discutible cuando habla de un homicidio indirecto en estado de ebriedad, porque omite diferenciar entre voluntad *in causa* e *indirecta*. Cuando Tomás de Aquino hace referencia a la voluntad *in causa* alude a un acto ilícito que, sin ser en sí voluntario, se atribuye a culpa del agente por provenir de una circunstancia en la que este se colocó por un acto ilícito precedente. En este sentido, sostiene que “si el acto precedente fue culpable, así **nadie se excusa totalmente del pecado siguiente**, que se hace voluntario por la voluntad del acto precedente, en cuanto alguien, al obrar cosa ilícita, incide en el pecado siguiente”³³.

Conforme con ello, son voluntarios *in causa* “los actos malos que se producen como consecuencia de la embriaguez voluntaria, pues por ella el agente se priva voluntariamente y a sabiendas del uso de la razón que es la facultad por la cual obra conforme a la virtud y se aparta del mal moral”³⁴. Si bien en la voluntad *in causa* el agente es responsable del acto anterior y no queda exento de responsabilidad por las consecuencias, acto que se hace voluntario por la voluntad del acto anterior (embriaguez), en cuanto se comete el pecado siguiente tras haber hecho algo ilícito, dicho pecado se atenúa, como se atenúa también la voluntariedad³⁵. Igualmente, son voluntarios *in causa* aquellos actos malos que se producen por consecuencia de un arrebató pasional, cuando no tengan una entidad que sustraiga del uso de la razón al agente, porque tal pasión no excusa totalmente de pecado³⁶, aunque tal imputación *culpam in causa* lo atenúe³⁷.

Ahora bien, Carpzov para evitar el tratamiento de la voluntad *in causa* e indirecta en la creación del *dolus indirectus*, podría haber elaborado su posición con precisión, aunque con objeciones, de haber considerado solo el pasaje II-II, q. 64 art. 8 de la Suma. En este pasaje Tomás de Aquino indica: “Por consiguiente, el que no evita las causas de las que se sigue el homicidio si debe evitarlas, será culpable *en cierto modo de homicidio voluntario*. Y esto sucede de dos maneras: primera, cuando alguien, ocupándose en *cosas ilícitas* que debía evitar, comete un homicidio; segunda, cuando no pone de su parte el debido cuidado. Por esto, con arreglo al

conciencia errónea e ignorancia en Tomás de Aquino, se observa que la distinción *involuntarium* y *non voluntarium* no necesariamente debe ser rechazada porque quien da objetivamente una orden de homicidio y se deleita, en atención a este conocimiento, no sería fácilmente absuelto de toda culpa, mucho menos si consideramos la presencia del *dolus eventualis*. Por ello, aunque no sea posible determinar si Tomás de Aquino tenía en consideración estos problemas, la necesidad de diferenciar las cuestiones puramente morales de las propiamente jurídico-penales o si sus postulados deben ser interpretados de manera estricta, existen argumentos para sostener que la diferenciación tomista —entre voluntario e involuntario— puede subsistir en este campo, véase HRUSCHKA (1974), pp. 138-139.

³³ AQUINO (2006), q. 150, a. 4, c. Énfasis añadido.

³⁴ MIRANDA (2014), p. 166.

³⁵ AQUINO (2006), q. 150, a. 4, c.

³⁶ AQUINO (2006) q. 77, a.7, c.

³⁷ GARRIDO (2007), p. 224. En la doctrina penal chilena, en una interpretación de Garrido, la *culpa in causa* da lugar a una atenuación de la pena en los *delitos dolosos* cuando exista una privación total de la razón en caso de autointoxicación. Es decir, en situaciones en las cuales voluntariamente el agente se coloca en una situación para la comisión de otros delitos o, en términos tomistas, en una situación para pecar, AQUINO (2006), q. 150, a. 2, c. Sin embargo, no se observa esta tendencia en la jurisprudencia chilena, véase HERNÁNDEZ (2007), p. 14. Por otra parte, se sostiene esta interpretación en relación con los actos pasionales, en el pasaje de la Suma, AQUINO (2006), q. 77, a 7, c., véase MIRANDA (2014), p. 166.

derecho, si uno se ocupa en cosas lícitas poniendo el debido cuidado, y, sin embargo, de su actuación se sigue la muerte de un hombre, no es culpable de homicidio. Más si se hubiese empleado en cosas ilícitas, o aun en cosas lícitas, pero sin poner la diligencia debida, no evita el reato de homicidio si de su operación se sigue la muerte de un hombre”.

Si el objetivo de Carpzov era atribuir responsabilidad por un homicidio doloso, por las consecuencias del uso de un instrumento mortal, no era necesario relacionar los conceptos de voluntad directa e indirecta porque si el agente se ocupa de cosas ilícitas, sin la diligencia debida, y causa la muerte de una persona, será culpable en cierto modo de homicidio voluntario. Sin embargo, somos partidarios de la idea, sostenida por Domingo de Soto, de que el razonamiento tomista siempre está relacionado, tanto en la operación de cosas lícitas como ilícitas, a la falta de diligencia debida (*debitam diligentiam*) con el objeto de determinar en casos de homicidio si es posible sancionar con la pena ordinaria asignada a este delito.

Si bien se podría pensar que es contradictorio sostener diligencia debida en cosas ilícitas, se reconoce dicha posibilidad en un sector de la doctrina penal que indica que “si con motivo de ejecutar un acto ilícito con la debida diligencia se causa un mal por mero accidente [...] la punibilidad tendrá que excluirse”³⁸ y del mismo modo se castigará siempre que se haya ejecutado con malicia. En todo caso, si aceptamos que el agente “con ocasión de ejecutar un acto ilícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, ... [habría] de ser castigado a título de dolo, con una pena atenuada”³⁹ y consagraríamos una forma de *versari*⁴⁰. La doctrina cuando se distancia de esta forma primitiva de responsabilidad (*versari*) rechaza el *dolus indirectus*, ya que bajo esta modalidad de dolo, cuando la consecuencia es aparentemente previsible, e incluso no perseguida *directamente* por el autor, se imputa presuntivamente que se ha previsto⁴¹. Con ello, no se retorna a la formulación de Tomás de Aquino (*versari in re illicita*) sino a la del *versari* elaborada por Bernardo de Pavía⁴².

De ahí se sigue también que la distinción formulada por Tomás de Aquino entre voluntad directa e indirecta pueda exponerse —sin afectar su contenido— con ayuda de Covarrubias en la *Clementinae, si furiosus* sobre el homicidio. Esta obra es otra de las fuentes que utilizó Carpzov para la creación del *dolus indirectus*. De esta forma, la interpretación de Carpzov puede ser enmendada, en principio, a través de la relación que hace Covarrubias de los pasajes en comento, es decir, el pasaje II-II, q. 64 art. 8 y el I-II, q. 76, art. 4 de la Suma. Este advirtió:

“De allí que hay que anotar, que los casos originados de otra obra fuera de la intención del agente, y no preconocidos por él, son por accidente e indirectamente voluntarios, o queridos por el mismo agente no por sí y directamente, según S. Tomás en II-II q. 64, art. 8, con lo cual lo demás están de acuerdo. Además, habrá que observar de aquí que esto es más voluntario o menos indirecto, y más, o tiene menos de voluntad, o de volición [...] directamente, según que la misma obra *per se* más querida, o es menos apta, o menos ordenada o peligrosa, de modo que aquellos eventos se sigan juntamente, serán eventos más o menos juzgables como contingentes a partir de aquello voluntario [...]. Esto mismo también piensa el mismo Tomás en la cuestión sobre la ignorancia, I-II, q. 76, art. 4”⁴³.

³⁸ CURY (2005), p. 344.

³⁹ CURY (2005), p. 344.

⁴⁰ CURY (2005), p. 344. Se puede observar esta lectura en el ordenamiento jurídico-penal chileno.

⁴¹ TORÍO (1976), p. 27. En este sentido, la interpretación clásica del *dolus indirectus* nos indica que su función era eliminar dificultades probatorias, adscribiendo al agente una voluntad. Así, nos parece que este dolo puede ser utilizado de forma arbitraria en la práctica, véase PUPPE (1991), p. 27.

⁴² TORIO (1976), p. 26. En este contexto, respecto a las críticas de una comprensión rígida del *versari* y su evolución durante el transcurso del tiempo tanto en la dogmática penal como en la escolástica, véase MIRANDA (2021) pp. 1-19.

⁴³ *Deinde illud est praenotandum, casus evenientes ex aliquo opere praeter operantis intentione, & ab eo non praecogitatos, esse per accidens, & indirecte voluntarios, aut ab ipso operante volitos, non per se, & directe: secundum Thomam in 2.2. q. 64. Art. 8. Cui caeteri consentiunt. Item erit hinc observandum, hoc voluntarium esse magis, vel minus indirectum, ac plus, vel minus habere voluntatis, aut volitionis ut iterum sic loquamur, directe, secundum quod ipsum opus per se volitum magis, vel minus est aptum, aut ordinatum, seu periculosum, ut illi eventus sequantur iuxta hoc etenim plus, vel minus erunt censendi eventus contingentes ex eo voluntarii, quod constat ex his, quae in dict. nu. I. adnotauimus, & item un 2. Hoc ipsum & ipse Thomas censit quaestione de ignorantia. I. 2. Quaest. 76. art. 4. Ex quibus deducitur, eventus ex hoc opere, non per se, nec necessario, nec ut pluries contingere solitos, sed per accidens succedentes, minime imputari, nec directe, nec indirecte comprehendi sub volitione operantis: atque ideo minime fore considerandos; quemadmodum ex S. Tho. & Palaud. Nos tradidimus in d. nu.2. in principio huius secundae partis.*

En esta formulación de Covarrubias, en la cual reaparecen las expresiones voluntad directa e indirecta, se explicita que no es posible hablar de un homicidio indirecto porque la voluntad indirecta de matar es solo una voluntad imperfecta que no acarrea pena ordinaria de homicidio. Solo la voluntad directa puede ser considerada perfecta en la ejecución de un homicidio. Por ello, esta igualdad relativa que observó entre voluntad directa e indirecta únicamente admite que puedan existir casos de voluntad indirecta en los cuales subsista la imprudencia. Si bien Covarrubias por homicidio voluntario no entiende solo el caso en que el agente explícitamente tiende a matar y quiere la occisión, sino también aquel en que su voluntad tiende hacia un acto del que *per se* e inmediatamente se sigue la muerte, considera que el pecado debe ser voluntario. Para Covarrubias, indirectamente y *per accidens*, la voluntad se dirige al homicidio siempre y cuando se dirija a aquello que inmediatamente y *per se* (no *per accidens*) produzca la muerte de otro. Pero a aquello de lo que *per accidens* se sigue la muerte de ningún modo se dirige la voluntad ni directa ni indirectamente (*nullo modo fertur volutas nec directe, nec indirecte*)⁴⁴.

Así es como categorías que fueron pensadas para explicar algo más cercano a una graduación de la culpabilidad, tratándose de una acción en sí misma ilícita, en atención al propósito del agente, se transforman en Carpzov en una suerte de extensión de la atribución de responsabilidad. Sin embargo, Domingo de Soto, en su obra *La Justicia y el Derecho* —una de las fuentes que utilizó Covarrubias en la interpretación de la *Clementinae*—, indicó que la idea de que Cayetano, Silvestre, y los doctores del Derecho Canónico establecen “como regla general que todo aquel que ejecuta una cosa ilícita, quede irregular, cualquiera que sea la forma en que de tal ejecución se siga el homicidio”. Sin embargo, según Soto, en Tomás de Aquino, “es menester [atemperar esta interpretación] a ciertos límites, para que sea en general verdadera”⁴⁵. De ahí que Soto sostuviera que “si un clérigo, cogido en adulterio, es agredido, y da muerte a su agresor conforme a las reglas de la defensa inculpable, aunque este hubiera ejecutado una cosa ilícita, no ha de considerarse irregular, puesto que dicho homicidio no es en este caso voluntario”⁴⁶.

Igualmente, Soto observó que el clérigo que se ocupa de cosas ilícitas puede ocuparse diligentemente en ello. Así, indicando que “por cosa ilícita en que uno se ocupa ha de entenderse aquella que por su género suele ser causa de homicidio. Como, por ejemplo, si un clérigo se ocupa en asuntos bélicos, aunque imprudentemente y sin darse cuenta de su muerte, sin intención, a otro, queda irregular. Y por la misma razón si se ocupa en torneos, u otras formas de lucha, que suelen estar prohibidas a los clérigos. Y así para que el homicidio casual, por razón de ocuparse en una cosa ilícita, sea causa de irregularidad, se requiere que la ocupación en que de propósito se ejercitaba sea por su género peligrosa. Mas cuando tales ocupaciones no están por tanto prohibidas a los clérigos, ni son tampoco ilícitas por ser peligrosas, sino por otro motivo, en este caso el homicidio, que es meramente casual, no produce irregularidad”⁴⁷. Asimismo, este afirmó que si se mata a una mujer embarazada y el agente reconoce que existe un peligro de aborto, merece el juicio de un homicida si el fruto (*nasciturus*) ya tenía vida, situación en la que el homicidio es irregular.

Por último, si se causa una herida realmente grave a la víctima y muere realmente porque la recibió, hay que atender “al dictamen de los médicos [...] quienes han de declarar si realmente la herida era de la gravedad en que la mayor parte de las veces suelen morir los hombres”⁴⁸ para atribuir al que le hirió responsabilidad y sea reo de homicidio. Pero si no es de tal gravedad, lo que casualmente pueda suceder no incide en la culpabilidad del agresor, ya que su responsabilidad está determinada por su primera acción, es decir, la responsabilidad que deriva de las lesiones porque “no incurre en mayor culpa que la que encierra la causa”⁴⁹.

⁴⁴ COVARRUBIAS (1594), p. 437.

⁴⁵ SOTO (1968), p. 408.

⁴⁶ SOTO (1968), p. 408.

⁴⁷ SOTO (1968), p. 408.

⁴⁸ SOTO (1968), p. 408.

⁴⁹ SOTO (1968), p. 407.

Así pues, cabe afirmar que la diligencia debida, en la operación de cosas ilícitas, existe en Covarrubias y Soto⁵⁰, a lo menos en lo que concierne a la responsabilidad de un homicidio que produce irregularidad⁵¹. En efecto, Soto indicó que “mediante esta respuesta [...] creo que pueden explicarse todos los capítulos que puedan aducirse acerca del que ejecuta una cosa ilícita”⁵². Sin embargo, para aclarar las consideraciones enunciadas en torno a la doctrina moderna del dolo como indiferencia, no es necesario preguntarse por qué hablamos de *homicidio indirecto*, sino más bien qué quiso decir Tomás de Aquino, en supuestos de ignorancia dolosa, cuando sostuvo que “cuando uno libremente ignora para pecar más libremente”⁵³, pues parece que observa un comportamiento doloso en la ignorancia, y así establece un supuesto en contraposición a la ignorancia imprudente. Esta es la ignorancia afectada, que tiene el mayor grado de culpabilidad. Pero si no existe diferencia en el desvalor de estas modalidades, ¿por qué a través de diferentes supuestos en la voluntad *in causa* reconoce un menor nivel de pecado? Y si nos quisiera manifestar una equivalencia funcional entre tales conceptos, ¿por qué habría sostenido en relación con la ignorancia imprudente que: “disminuye la voluntariedad y, consiguientemente, el pecado [p]ues cuando no se sabe que una cosa es pecado, no se puede decir la voluntad se vaya directamente y de suyo tras el pecado, sino accidentalmente [p]or tanto, se da en ello menor desprecio y, consiguientemente, menor pecado?”⁵⁴

En efecto, no hay que aceptar irreflexivamente esta interpretación porque existen en ella matices que podrían, aparentemente, dar razón a la posición de Carpzov. Para evitar una interpretación apresurada, se hace necesario pensar por qué Covarrubias en su lectura del pasaje de la I-II. q. 76. a. 4, correlativa a la de II-II, q. 64 art. 8, no trata específicamente el rendimiento de la ignorancia *dolosa*, en los casos de voluntad *in causa*, en la *Clementinae*, y que se podrían relacionar con la creación del *dolus indirectus*. Parece que la respuesta se encuentra en la siguiente afirmación: para atribuir responsabilidad por las consecuencias ulteriores de una operación de cosa ilícita, realizada sin la debida diligencia, es necesario determinar el peligro potencial que genera dicha actividad. Salvo que sea posible acreditar la voluntad directa de colocarse en una situación de ignorancia tal que permita sortear la responsabilidad aparejada a este comportamiento.

Así, el hecho de formular un dolo a través de la indiferencia, en la adquisición de un conocimiento que debía haberse preocupado de alcanzar el agente, nos parece que solo pretende evadir la problemática del peligro y no hacerse cargo de la diferenciación de las categorías de voluntad directa, indirecta e *in causa* en la atribución de responsabilidad. De

⁵⁰ TOLEDO (1616), p. 86. También es posible observar este planteamiento, en torno a la diligencia debida de las cosas ilícitas. Este último autor, discípulo de Domingo de Soto, sostiene que no cualquier cosa ilícita se tiene por tal con el objeto de inducir en irregularidad. Pues bien, en un homicidio causal —concatenado a una obra ilícita— se requiere acreditar que la *obra* en su género es peligrosa y puede provocar dicho resultado.

⁵¹ Así las cosas, si un agente ha matado a otro en circunstancias que prueben que su acción es un pecado mortal, como en el caso de un homicidio fuera del contexto de la defensa privada, un sacerdote queda afectado por el impedimento canónico de la irregularidad, véase BUSSO (2014), pp. 28 – 29. Pues bien, estas consideraciones de la irregularidad son extrapoladas y utilizadas en la dogmática penal, véase SCHAFFSTEIN (1957), pp. 174-179. Sin embargo, debemos advertir que, aparentemente, estas no tienen correlación a consideraciones jurídico-penales en torno a una norma penal, aunque la materia requiera de un estudio histórico más acucioso.

⁵² SOTO (1968), p. 409. No podemos desconocer que Soto indicó, a propósito de las consideraciones de Tomás de Aquino en torno a la defensa privada, que el “*homicidio intencionado para defenderse* tiene solamente lugar cuando uno acomete a otro adelantándose a él, o para vengar una injuria ya pasada, o para evitar una futura”, SOTO (1968), p. 402. Ahora bien, Soto utiliza la expresión homicidio en un sentido físico. Por ello, cuando indica que existe un homicidio intencionado para defenderse, no da paso a un homicidio indirecto. Si bien no puede existir un homicidio en defensa privada en términos morales porque “no toda acción ni toda pasión admiten el término medio, pues hay algunas cuyo solo nombre implica la idea de perversidad, por ejemplo, la malignidad, la desvergüenza, la envidia; y entre las acciones, el adulterio, el robo y el homicidio” al ser malas en sí mismas, según Aristóteles en *Ética a Nicómaco* II 7, 1107a, 10, podría haber homicidio en un sentido físico en la legítima defensa. Pues bien, ello implica el solo hecho de matar y no el pecado de homicidio. Este razonamiento (hasta donde podemos observar) es convergente con lo que se conoce en doctrina como teoría de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, esta teoría observa como directriz, en un sentido normativo, la regulación del tipo de homicidio. Así pues, “el derecho precisamente pretende que la norma justificadora sólo sea aplicable al estar en una situación en que la norma prohibitiva resultaría de otra forma aplicable. No tiene sentido sostener: el derecho está en contradicción consigo mismo en situación de justificación, porque una parte califica la acción como prohibida”, WILENMANN (2013), pp. 139-140.

⁵³ AQUINO (2006), 76, a.4. c.

⁵⁴ AQUINO (2006), 76, a.4. c.

conformidad con ello, si el agente opera con la voluntad directa de lesionar, pero sin la voluntad de matar, generándose “previsiblemente [...] una consecuencia letal, está presente un *homicidium dolosum*, procediendo la pena ordinaria”⁵⁵. Sin embargo, ¿qué determina esa previsibilidad? Si la respuesta radica solo en el uso de un instrumento mortal y la indiferencia ante las consecuencias que puede traer aparejado el uso de este, nos parece que la distinción entre voluntad directa e *in causa* —propia de la modalidad imprudente— no tiene la función que pretendían Covarrubias y Domingo de Soto, que centraban su análisis en la representación de la potencialidad lesiva de la situación en concreto que provocó la consecuencia.

Por su parte, nos parece que el pasaje de la I-II. q. 76. a. 3, c. puede tener aplicación en casos de *ignorancia dolosa*. Esta ignorancia está relacionada con situaciones en las que el agente decidió libremente no conocer aquellas cosas de las cuales deriva su responsabilidad. Sin embargo, nos parece que la noción de indiferencia debe ser remplazada por la de peligro porque implica el ejercicio de determinar cómo la situación en particular tiene la potencialidad de provocar la consecuencia lesiva. Dicha modalidad requiere acreditar —con independencia de las dificultades de prueba del dolo— que el agente efectivamente se posicionó en una situación que le permitió desconocer deliberadamente la infracción de la norma con el propósito de ejecutar la acción con libertad. Si bien Tomás de Aquino no indicó si la ignorancia dolosa disminuye o no el nivel de pecado o en qué casos es posible aplicarla no atenúa el pecado e incluso se diferenciaría de la imprudente.

Por último, hay que tener cuidado en extrapolar la formulación del dolo indirecto a cualquier situación porque nos parece que solo se podría sustentar —en términos tomistas— en una lectura forzada de la II-II, q. 64 art. 8, que desconocería la diligencia debida en las cosas ilícitas. El solo hecho de realizar una cosa ilícita, con independencia de si existe diligencia debida o no, sería suficiente para responsabilizar dolosamente a alguien por la muerte de una víctima con la pena ordinaria de homicidio. A la vista de esto, en la última sección debemos tratar algunos ejemplos para precisar las consecuencias de centrarse solo en la indiferencia y no en el conocimiento del peligro potencial del uso de un instrumento letífero⁵⁶. Pero, con anterioridad, debemos tratar el problema de la atribución de las consecuencias no queridas.

4. Problema de la atribución de las consecuencias no queridas en el derecho penal

En la dogmática penal actual, la distinción entre voluntad directa e indirecta se torna interesante a propósito de la indiferencia como dolo indirecto que busca relacionar toda consecuencia que debía o podía saber el agente en el uso de un instrumento mortal. Esto se traduce en *homicidios indirectos* en los que se reprocha jurídicamente a un sujeto las consecuencias de su conducta, con independencia de que estas sean previstas directamente. Así, el reproche no contempla atenuante alguna porque se trata de un comportamiento doloso. Esta idea está presente en el *dolus indirectus* de Carpzov, esto es, una forma de atribución de responsabilidad que refleja un juicio de discrecionalidad. La pregunta es si al agente le fue indiferente tomar conciencia de las posibles consecuencias de su acción. En este contexto, Jakobs señala: “En la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el

⁵⁵ TORÍO (1976), p. 28.

⁵⁶ Así, se observa como problemático en el sistema jurídico penal alemán el hecho de “quién rocía a su víctima con ácido, de tal modo que ésta queda desfigurada, puede ser sancionado con una pena de diez años de privación de libertad; quien, en ese caso, pensaba únicamente provocar con la corrosión un par de orificios en la fina camisa, en ningún modo puede ser condenado a más de tres años de prisión (§§ 229, 303 StGB)[, porque] [aparece] como una crasa disonancia y, por ello, como crasa injusticia; y tiene que ser así, pues el desconocimiento de un principio *general* no puede ser compensado con reglas *especiales*”, en JAKOBS (2004), p. 357. También Jakobs indica que “la indiferencia respecto al Derecho, que de ordinario se traduce ‘solo’ como ignorancia de la ilicitud, puede también degenerar en indiferencia sobre los hechos, y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo ¿Acaso no debería propugnarse que en estos casos la indiferencia tampoco pueda provocar una descarga de responsabilidad? Un ejemplo más: un terrorista atraviesa una barrera de control de la policía conduciendo un coche a gran velocidad; él no tiene en cuenta que podría matar a uno de los agentes de policía que corren apresuradamente por el arcén, pues está concentrado en más que nada en lograr pasar sin perder el control del vehículo ¿Sería una equivocación imponer la pena de tentativa de homicidio en el caso que todo termine bien, y la pena del homicidio consumado doloso en el caso de que muera el agente?”, JAKOBS (2004), p. 347.

conocimiento, sino la indiferencia ante el Derecho”⁵⁷. De este modo, el conocimiento constituye una deslealtad hacia el derecho, en la medida que el derecho espere algo de este.

El dolo indirecto es una atribución de responsabilidad que es consecuencia de la infracción de deberes específicos o genéricos de conocimiento. Este tipo de dolo es una forma de atribución de responsabilidad equivalente a la decisión contra el bien jurídico: un caso de indiferencia frente al deber de obrar conforme a derecho. De ahí que el error en casos de indiferencia frente al deber no pueda ni deba ser alegado.

En este contexto, la distinción entre voluntad directa e indirecta se observa con más claridad en el concepto de intención oblicua del derecho inglés⁵⁸. Sin embargo, esta responde a la denominación que utilizó Bentham⁵⁹, que impide el uso de las categorías de voluntad directa e indirecta en la “evaluación moral o legal de un acto”⁶⁰. Bentham utiliza la palabra intención “para designar el modo como la voluntad se relaciona con los efectos colaterales”⁶¹. Con ello, el mero reconocimiento conceptual de la intención oblicua excluye el uso de las categorías voluntad directa e indirecta en la atribución de responsabilidad.

Si bien la diferencia entre un efecto intentado (voluntad directa) y colateral (voluntad indirecta) se expone con precisión en Bentham⁶², e incide en la comprensión del doble efecto⁶³, rechazamos esta perspectiva en la imputación subjetiva. La razón es que el desafío está en identificar los problemas que presenta la indiferenciación de los conceptos de voluntad directa e indirecta, y la omisión del tratamiento de la voluntad *in causa* en la actualidad⁶⁴. Así, por ejemplo, la jurisprudencia chilena recientemente ha asignado relevancia a la indiferencia en la representación del peligro en el uso de un instrumento mortal en el caso de un imputado que disparó contra su víctima dentro de un autobús, alcanzando su región torácica, y saliendo luego el proyectil para dar en la cabeza de un menor de cinco años, con resultado de muerte de ambas víctimas. El Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (en adelante el Tribunal) sostuvo que: “al extraer el acusado el arma de fuego y efectuar un disparo al interior de un bus de la locomoción colectiva con una gran cantidad de personas a bordo, no pudo menos que **representarse las consecuencias previsibles**, consistentes en que podía herir mortalmente a alguno de los pasajeros, sin embargo, actuó con indiferencia ante el resultado y no titubeó en

⁵⁷ JAKOBS (2004), p. 347.

⁵⁸ En este contexto, John Austin en *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* realizó una importante diferenciación entre querer (*will*) e intentar (*intend*) en la imputación de homicidios por la pérdida de esta distinción en materia penal. Por ello, es importante saber cómo la comprensión de la intención ha logrado sobrevivir con el paso del tiempo, y a la diversidad de cambios a que es sometida la diferencia entre querer (*will*) e intentar (*intend*)⁵⁸. La práctica no ha seguido la distinción entre querer (*will*) e intentar (*intend*) en casos de homicidios, véase AUSTIN (1874), p. 304. Se observa tangencialmente la problemática en OXMAN (2019), p. 447, nota 23.

⁵⁹ Las palabras del juez Walker destacan esta denominación en el caso de las siamesas Jodie y Mary “*This is the doctrine (or dilemma) of double effect which has been debated by moral philosophers (as well as lawyers) for millennia rather than centuries. In one class of case the good purpose and the foreseen but undesired consequence (what Bentham called ‘oblique intention’) are both directed at the same individual. That can be illustrated by a doctor’s duty to his patient. The doctor may in the course of proper treatment have to cause pain to the patient in order to heal him. Conversely he may in order to palliate severe pain, administer large doses of analgesics even though he knows that the likely consequence will be to shorten the patient’s life*” A (Children), Re [2000] EWCA Civ 254 (22 September 2000).

⁶⁰ D’ARCY (1963), p. 171.

⁶¹ MIRANDA (2014), p. 158.

⁶² Véase BENTHAM (1996), p. 86.

⁶³ MIRANDA (2014), p. 158.

⁶⁴ En este contexto, es importante considerar que Santo Tomás de Aquino “organiza su *Summa Theologica* con una escritura casi oral: cada apartado o ‘cuestión’ empieza con una relación de objeciones contra el punto de vista que será adoptado por el autor; luego expone su opinión, y finalmente responde a las objeciones en orden. De igual manera, un poeta antiguo escribiría un poema imaginándose su declamación frente a un público. Casi ninguno de los novelistas actuales escribe una novela imaginándose su declamación en voz alta, aunque se preocupen por darle un matiz exquisito a los efectos sonoros de sus palabras. El conocimiento avanzado de la escritura propicia la composición verdaderamente escrita, en la cual el autor compone un texto que es precisamente un texto, concentra sus palabras sobre el papel. Esto proporciona al pensamiento perfiles distintos de los que posee el pensamiento que se produce oralmente”, ONG (1999), p. 97. Pues bien, esto hace más difícil desentrañar la posición dogmática en Aquino en torno a la preterintencionalidad y el *dolus indirectus*. Sin embargo, consideramos que la filosofía analítica nos permite examinar su pensamiento desde los parámetros de una lógica formal sin descuidar la claridad conceptual y precisión argumentativa que requiere este tratamiento. Por ello, aunque sea difícil definir con exactitud su posición, nos parece que un análisis filosófico-práctico de sus planteamientos, escéptico de su tradición metafísica, permite enfrentar la tarea de esta investigación: la dogmática difícilmente puede sustentar el dolo desde la *indiferencia*.

ejecutar el disparo, con lo que su conducta **se ejecutó al menos con dolo eventual**⁶⁵. Además, indicó que “según las reglas de la lógica, el enjuiciado [...] necesariamente tenía **este conocimiento (eumque hoc scivisse)**, toda vez que voluntariamente admitió en estrado haber recibido instrucción militar cuando cumplió con el servicio militar obligatorio”⁶⁶.

Para el Tribunal el conocimiento de que el uso de las armas en un acto ilícito causa la muerte de un tercero resulta suficiente para acreditar la indiferencia de reparar en la muerte de otro. Este argumento descansa sobre el supuesto de que el autor tenía conocimiento de que el arma con que hiere a la víctima podía herir a un tercero. El autor provoca voluntariamente un mal, pero no con la intención de causar todo el mal que resulta. De la expresión *eumque hoc scivisse* se siguen dos consecuencias. Por un lado, quien no quiere matar a una persona, tampoco quiere matarla cuando la lastima con un instrumento mortal, aunque la ponga — conscientemente— en una situación de peligro. Por otra parte, no cabe descartar que este comportamiento sea punible, aun cuando esta construcción de dolo descansa sobre el presupuesto de que el autor sabía lo que hacía⁶⁷.

Para el Tribunal, el solo conocimiento del uso de las armas es suficiente para sancionar al agente por dos homicidios dolosos, sobre todo si disparó a tan pocos metros de la víctima; y aunque estos factores lleguen a ser valorados en atención a una posible previsibilidad de la consecuencia, no inciden en la exigencia de una representación directa de la consecuencia. Podrá considerarse que el imputado estaba en condiciones de representarse la situación de peligro que generó, en atención a su formación militar. Sin embargo, no podría haber sido condenado por dos homicidios (dolosos) si hubiera carecido de este conocimiento, es decir, no hubiera sido posible sancionarlo por el solo hecho de serle indiferente disparar a la víctima en un bus con pasajeros.

En este tipo de casos, el agente puede o no representarse que su acción dé lugar a consecuencias más perjudiciales que las que pretendía. Por esta razón, es necesario delimitar el dolo eventual de la culpa consciente, con el objeto de verificar si se merece atenuar la sanción en caso de imprudencia. En dogmática penal existen numerosas propuestas para determinar si un comportamiento es doloso o imprudente en situaciones preterintencionales, que no implican concebir el reproche por las consecuencias como una condición objetiva de punibilidad⁶⁸. Aquí no interesa exponerlas, sino (a) explicar por qué el modelo de la indiferencia fortalece condiciones que encubren una suerte de responsabilidad objetiva y, de este modo, (b) establecer la importancia de distinguir entre una voluntad directa, indirecta e *in causa* en casos de homicidio preterintencional⁶⁹.

5. Aplicación de la tesis del dolo indirecto

Existe oposición entre realizar una acción voluntariamente (voluntad directa) y dar lugar a una consecuencia no prevista en supuestos de ignorancia imprudente (voluntad *in causa* en su segunda modalidad). Dicha oposición se observa en torno a la pregunta de si es posible renunciar al conocimiento actual de las consecuencias, en el campo volitivo y cognoscitivo, para atribuir responsabilidad, en el análisis comparativo de las siguientes situaciones:

a) Un sujeto decide deformar a su mujer lanzándole ácido en el rostro. El sujeto advierte, gracias a los consejos de un químico farmacéutico, que el ácido utilizado tiene un nivel corrosivo

⁶⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (6º), RIT 322-2013, de 03 de septiembre de 2013, considerando décimo séptimo. Para más detalles de este caso, véase GUERRA (2018), pp. 475 y ss.

⁶⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (6º), RIT 322-2013, de 03 de septiembre de 2013, considerando décimo séptimo. Para más detalles de este caso, véase GUERRA (2018). Énfasis añadido.

⁶⁷ LÖFFLER (1895), p. 179; NETTELBLADT Y GLÄENTZER (1772), p. 16; respecto de las características del *dolo indirectus* y cómo estas fueron recogidas en la legislación austriaca de la época con un reconocimiento expreso de la incorporación.

⁶⁸ AMBOS (2006), pp. 5-7. Respecto de las diferentes posiciones que podemos observar en torno a la comprensión de la preterintencionalidad, es decir, desde las vertientes que tienen una línea más objetiva que una subjetiva.

⁶⁹ Dos nociones han sido dominantes en este campo, y se distinguen por el papel que les asignan a los aspectos volitivos en la calificación de un comportamiento doloso. Utilizaremos las denominaciones de Manrique como noción cognitiva y noción volitiva del dolo, véase MANRIQUE (2007), p. 418.

que es capaz de derretir un cráneo y seguramente la muerte será la consecuencia de lanzarlo en la cara a una persona. Luego, el sujeto decide lanzarlo a su mujer y esta muere por consecuencia.

b) Un sujeto decide deformar a su mujer lanzándole ácido en el rostro. El sujeto advierte, gracias a los consejos de un químico farmacéutico, que el ácido utilizado no tiene el nivel corrosivo necesario para matarla, pero sí para dejarla notablemente deforme por el resto de su vida. Sin embargo, se causa como consecuencia de la acción la muerte de la mujer al tragar esta accidentalmente parte del ácido que le es lanzado.

En el primer caso es posible que no tengamos dudas acerca de si es dolosa la acción, cuando el sujeto conoce que dará muerte a la víctima. Esta respuesta no parece insensata en la resolución del caso. Aun cuando las consecuencias previsibles de sus acciones no sean dañinas para un tercero, por la errónea información entregada por el químico farmacéutico, todavía podrían darse argumentos en favor de esta decisión. Sin embargo, en la segunda hipótesis, las intuiciones parecen inclinarse en favor de un concurso ideal entre lesiones y un homicidio imprudente⁷⁰. Tal vez una valoración desde el *dolus indirectus* manifieste que las dos situaciones son equivalentes: constitutivas de un homicidio doloso. Sin embargo, en el segundo caso, existe un dato que nos lleva a considerar que no es posible estar en presencia de un homicidio doloso: la posibilidad de que la mujer trague accidentalmente el ácido.

Una explicación de estas diferentes percepciones, ante los ejemplos mencionados, reside en la distinción entre voluntad directa e indirecta y voluntad *in causa* en las acciones ejecutadas⁷¹. Así, aunque en ambos casos la consecuencia es la misma, es decir, la muerte de la mujer, parece más sensato reprochar con mayor severidad el provocar directamente la muerte de la víctima (*per se*) en el primero caso, que haberla provocado por una voluntad *in causa* en una modalidad de ignorancia imprudente. La distinción entre voluntad directa, indirecta e *in causa* nos permite identificar y dar razones de por qué en algunos casos se pretende la realización de una cosa ilícita con una determinada consecuencia. Su objetivo central es explorar la diferencia entre provocar directamente una muerte (voluntad directa) y dar lugar a esta en forma imprevista, pudiendo o debiendo haber sabido que accidentalmente se generaría un resultado más lesivo. Actualmente, esta diferenciación entre el propósito del agente y las consecuencias producidas en la operación de cosas ilícitas es defendida por Manrique que, en relación con la problemática del dolo eventual y la culpa consciente, señala que: “la diferencia crucial no se encuentra en el conocimiento del agente, ni en la previsión de las consecuencias, ni en la aceptación del resultado, ni en la decisión de llevar adelante un curso de acción. Aunque todos estos elementos pueden formar parte —y de hecho, así ocurre— de una correcta descripción de lo que hace el agente, ninguno de ellos es decisivo para justificar un tratamiento idéntico de los resultados intentados y las consecuencias previstas”⁷².

Ciertamente, el primer requisito que se exige en la operación de cosas ilícitas que se pretenden evaluar, mediante la distinción entre voluntad directa, indirecta e *in causa*, es que el acto en sí mismo sea realizado sin la diligencia debida o, al menos, que es posible atribuir

⁷⁰ POLITOFF (2004), p. 109. Así, se ha sostenido que “el concurso entre las lesiones dolosas y la muerte que pueda considerarse culposa, se rige por la regla general del art. 75, formándose así un concurso ideal entre dichas lesiones dolosas, la muerte culposa y el delito del art. 343”. Sin embargo, existen casos en que ante la consonancia de la lesión causada y la muerte, en atención a la dificultad probatoria de la entidad efectiva de las lesiones causadas, algunos tribunales no han dado aplicación a la regla del concurso ideal del art. 75. En estos casos sancionaron con la pena contemplada en el homicidio imprudente, véase POLITOFF (2004), p. 133.

⁷¹ CARRARA (1988), p. 70, § 83. Hay que destacar que en la doctrina italiana, en relación con la preterintencionalidad, se sostuvo que cuando existe una previsión del efecto posible, sin una decisión volitiva en torno a este, se observa una intención indirecta. Esta intención se correlaciona con un dolo indeterminado. Este dolo no se debe confundir con la preterintencionalidad porque el indeterminado exige probar la previsión actual del efecto más grave. En cambio, la preterintencionalidad solo exige una previsión presunta, es decir, la posibilidad de prever. Así las cosas, la diferencia entre *posibilidad de prever* y la *previsión actual* demarca los límites entre la preterintencionalidad y el delito voluntario con dolo indirecto; UDAONDO (1952), p. 50. En este sentido, Carrara indicó que “la intención es *directa* cuando el agente *previo* el efecto criminal, y lo *quiso*, considerándolo como consecuencia de sus propios actos, los que ejecutó precisamente con el fin de producir, de un modo más o menos cierto, esas consecuencias. Es *indirecta* cuando el efecto fue solo una consecuencia *posible* de los actos, del agente, *no prevista* en manera alguna, o *prevista sin quererla*”, CARRARA (1988), §66. Sin este contexto, algunos, en la dogmática italiana, exigieron en el dolo indirecto la previsión de la consecuencia más grave no querida y con ello buscaron diferenciar el dolo indirecto de la preterintencionalidad. Sin embargo, otros tratadistas no diferencian estos conceptos, véase FINZI (1925), p. 58; UDAONDO (1952), p. 50.

⁷² MANRIQUE (2007), p. 434.

responsabilidad al agente por las consecuencias no previstas ante la situación de peligro creada. A primera vista, este análisis de la peligrosidad de la situación de las cosas ilícitas, no realizadas con la diligencia debida, parece incompatible con el criterio de la indiferencia, ya que es tentador pensar que en casos de voluntad *in causa* todo tipo de ignorancia vencible, teñida por la ilegalidad del resultado, siempre merece la pena de un homicidio doloso o ignorancia dolosa. Sin embargo, como señala Tomás de Aquino, “la misma ignorancia es voluntaria [en su modalidad dolosa] cuando uno **intencionadamente** quiere ignorar algunas cosas para pecar más libremente”⁷³. Por ello, la pregunta por la intención, *mens rea* o propósito del agente, parece seguir siendo relevante⁷⁴.

De ahí que esta forma de ignorancia dolosa requiera acreditar que el agente deliberadamente se colocó en una posición para obrar con libertad. Supongamos que un terrorista conduce un auto a gran velocidad y destruye una barrera de control que impide su paso. Ya cerca de la destrucción de la barrera, con una pequeña ventaja sobre el control de la guardia, se encuentra con el obstáculo de un policía en el camino, y se encuentra ante el dilema de perder el control del vehículo si lo frena o la probabilidad de herir al policía. Si no frena puede afirmarse que la muerte haya sido dolosa, aunque el propósito del agente se dirigía a traspasar la barrera, por el solo hecho de afrontar el riesgo de matar al policía, y en caso de que no muera se puede imponer la pena de tentativa de homicidio. Pues bien, en este caso solo la indiferencia de los datos sería suficiente para imputar un homicidio doloso: la indiferencia de no considerar que el traspasar una barrera de control a una gran velocidad podría provocar la muerte de algún policía.

En la doctrina penal contemporánea, el interés por diferenciar entre voluntad directa y voluntad *in causa* existe en torno a la falta de discreción en casos de autointoxicación plena⁷⁵. Sin embargo, el atractivo de diferenciar entre voluntad directa e indirecta y voluntad *in causa* apunta aquí a contrastar el resultado que el agente pretende conseguir (voluntad directa) con las consecuencias no previstas de esa acción en una modalidad de ignorancia imprudente porque la negligencia no está centrada en problemas de discreción debido a causas pasionales o efectos de una autointoxicación. De este modo, la diferenciación entre estos tres tipos de voluntades permite dar cuenta de situaciones excepcionales que no ponen en cuestión el análisis del peligro potencial de la agresión en el juicio de atribución de responsabilidad ante un comportamiento doloso o imprudente que tenga por resultado la muerte de la víctima. Por tanto, la naturaleza de indiferencia en torno a las consecuencias no previstas es insuficiente para calificar ese resultado como doloso⁷⁶.

⁷³ Énfasis añadido.

⁷⁴ En este contexto, nuestro concepto de intención no se reconduce a una mera exteriorización de la voluntad o a un presupuesto meramente psicológico. La voluntad del agente presenta esta dualidad que no se puede desconocer en atención a las circunstancias fácticas concurrentes, véase CARRARA (1988), § 69, nota 1. Asimismo, respecto de la posibilidad de aplicar desde una *faz negativa* el principio del doble efecto, realizando un análisis objetivo de la intención, en contraposición al concepto de dolo indirecto, véase MIRANDA (2012), pp. 264-265. Ello, con independencia de que en la situación de preterintencionalidad existe una presunción simplemente legal en contra del imputado que la defensa debe desacreditar ante el tribunal, en conformidad con los parámetros del art. 2 del Código Penal.

⁷⁵ Por su parte, se observa su tratamiento en el modelo analítico, en concordancia con “la posibilidad de una imputación extraordinaria, fundada en la responsabilidad del destinatario de la norma por su propio déficit de culpabilidad. Éste es el caso cuando el derecho desconoce la aplicabilidad de una causa de inculpabilidad por privación total de razón en una situación de intoxicación autoinducida, en el sentido de una *actio libera in causa*, como también cuando un eventual error de prohibición es calificado como vencible o superable”, en MAÑALICH (2011), p. 98.

⁷⁶ En estos casos, el efecto preterintencional es imputable exclusivamente a un fracaso de la dimensión cognitiva del acto humano, y en esta perspectiva utilizamos la expresión *consecuencia imprevista*. Es decir, en la línea de un resultado no previsto y consecuentemente no querido por el agente. Por ello, podemos indicar que la acción deriva accidentalmente del proceso causal. El hecho que deriva de la acción del agente es diferente de lo deseado intencionalmente por este. En estos casos, es evidente que el resultado está fuera de su representación, y su desconocimiento de las circunstancias fácticas no puede servirle de plataforma para formarse la intención con arreglo a la norma prohibitiva en cuestión para evitar la realización del tipo. En este contexto, se puede observar un tratamiento similar, con relación a la prohibición de apropiarse de una cosa ajena, en lo que concierne a reconocer una adscripción del dolo bajo un conocimiento acabado de la norma. Por su parte, se puede encontrar una interpretación tomista de la preterintencionalidad en los términos ya expuestos, reconociendo en esta un fracaso imputable a una dimensión cognitiva del acto humano, en SOUSA-LARA (2011), p. 423.

A pesar del atractivo de la diferenciación entre estas voluntades, para efectos de razonar en torno a la problemática de las figuras de homicidio preterintencional, esta posición dista de ser pacífica. Por un lado, se sostiene que la distinción carece de sentido por razones conceptuales y, por otra parte, también se sostiene que aun cuando esa distinción fuese conceptualmente viable⁷⁷, ella atiende a una perspectiva subjetivista extrema en el dolo⁷⁸, según el modelo de la indiferencia⁷⁹.

6. Conclusión

El estudio realizado justifica la diferenciación entre voluntad directa, indirecta e *in causa* en materia penal y, con ello, presenta una lectura que rechaza el dolo como indiferencia. Razonablemente podríamos preguntarnos si la interpretación del estudio implica una supresión completa del dolo como indiferencia; y si bien la respuesta puede ser afirmativa, es posible que requiera aceptar la subsistencia de ciertas fórmulas de dolo indirecto. Pues bien, más que la negación de los conceptos que dan origen a la unión de la voluntad directa, indirecta e *in causa* en el *dolus indirectus*, el problema está enfocado en cómo asignar una función a estas categorías en la atribución de responsabilidad penal. De este modo, nos parece que la voluntad constituye una propiedad ineludible en materia de imputación. Sin embargo, la voluntad requiere de instrumentos que nos permitan acceder a lo originalmente inaccesible: la intención del agente desde un juicio adscriptivo. En otras palabras, los grados de voluntad impactan siempre en la decisión del agente y difícilmente se pueden descuidar en el plano de la significación penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMBOS, KAI (2006): "Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado", en: *InDret Revista para el Análisis del derecho*, España, Universidad Pompeu Fabra (Nº 3), pp. 2-38. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2030883> [visitado el 16 de septiembre de 2014].
- AQUINO, TOMÁS (2006): *Suma de Teología II*, 4ª edición (Traducc. Jesús María Rodríguez Arias, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos), parte I-II.
- AUSTIN, JOHN (1874): *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (Jersey, Fredereick Linn).
- BENTHAM, JEREMY (1996): *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Edición de J.H. Burns y H.L.A. Hart, Oxford, Oxford University Press), VIII, 6-7.
- BUSSO, ARIEL (2014): "La normativa y el procedimiento de las irregularidades e impedimentos para la recepción y el ejercicio del Orden Sagrado", en: *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Nº 20). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/5667> [visitado el 23 de agosto de 2015].
- CARMELITAS DESCALZOS DEL COLEGIO DE SAN ELÍAS DE SALAMANCA (1805): "Compendio Moral Salmaticense (Pamplona, Imprenta de Josef de Rada)". Disponible en: <https://www.filosofia.org/mor/cms/cms1018.htm> [visitado el 14 de agosto de 2020].

⁷⁷ Véase MANRIQUE (2007), p. 13

⁷⁸ HÖRNLE (2010), p. 11, Respecto de este último punto, en la línea de Hörnle, véase TADROS (2005), pp. 231 y ss. En esta línea, se cuestiona invocar estas categorías en el plano de la justificación a propósito de casos de estado de necesidad porque "aun cuando se puedan poner de manifiesto diferencias entre intención y conocimiento seguro, éstas carecen de relevancia en relación con el injusto superior que radica en un homicidio cometido 'solamente' con conocimiento".

⁷⁹ JAKOBS (2004), p. 350. Especialmente crítico de la creación de la noción de *culpa dolo determinata*, en torno al propósito de matizar el rígido esquema del *dolus indirectus*.

- CARPZOV, BENEDICT (1758): *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium* (Francofurti ad Moenum, Varrentrapp).
- CARRARA, FRANCESCO (1988): *Programa de Derecho Criminal. Parte General* (Traducc. José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis), volumen I.
- CASINOS MORA, FRANCISCO JAVIER (2004): “Benedikt Carpzov (1595-1666)”, en: Domingo, Rafael (Ed.), *Juristas Universales* (Madrid, Marcial Pons), tomo II, pp. 381-383.
- CURY, ENRIQUE (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- D’ARCY, ERIC (1963): *Human Actos. An Essay in Their Moral Evaluation* (Oxford, Oxford University Press)
- COVARRUBIAS, DIEGO DE (1594): “Tandem in Reg. peccatum. de regu. iur. lib. 6. Omnium operum, tomus secundus”, en: *Italia-Turín, Augustae Taurinorum, apud Ioan. Dominicum Tarinum*. Disponible en <http://digibug.ugr.es/handle/10481/10272> [visitado el 22 de agosto de 2014].
- DEMURO, GIAN PAOLO (2007): *Il Dolo. Svolgimento Storico del Concetto* (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore).
- FINZI, MARCELO (1925): *Il delitto preterintenzionale* (Italia, Torino Fratelli Bocca).
- GARRIDO MONTT, MANUEL (2007): *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (1995): *Acción y norma en G. H von Wright* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- GUERRA, RODRIGO (2018): “Muerte por un Instrumento Letífero, STOP de San Miguel (6º), 03/09/2013, RIT Nº 322-2013” en: Vargas Pinto, Tatiana (Dir.), *Monografías, Casos Destacados, Derecho Penal, Parte Especial* (Chile, Der Ediciones Limitada), pp. 475-494.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2007): “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 9), pp. 11-45. Disponible en: <http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/issue/view/1392> [visitado el 03 de agosto de 2015].
- HÖRNLE, TATJANA (2010): “Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal, Indret”, en: *Revista para el Análisis del Derecho* (Nº 3), pp. 2-31. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf [visitado el 14 de octubre de 2013].
- HRUSCHKA, JOACHIM (1974): “Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin”, en: *Tratenwerth, Günther (Coord.), Festschrift für Hans Welzel zum 70S. Geburtstag, am 25. März* (Berlín. Walter de Gruyter), pp. 138-139.
- HRUSCHKA, JOACHIM (2003): “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa”, en: *Revista de Derecho Penal y criminología, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED* (Nº 12), pp. 213-252.
- JAKOBS, GÜNTHER (2004): “Indiferencia como dolo indirecto”, en: *AA.VV., Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Traducc. Carlos Pérez del Valle, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset), pp. 345-358
- LÖFFLER, ALEXANDER (1895): *Die Schuldformen des Strafrechts* (Leipzig, Verlag von L.C. Hirshfeld), band I.

MANRIQUE PÉREZ, MARÍA LAURA (2007): “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, Universidad de Alicante (Nº 30), pp. 415-434. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA_30_41.pdf [visitado el 3 de octubre de 2015].

MANRIQUE PÉREZ, MARÍA LAURA (2012): Acción, dolo eventual y doble efecto (Barcelona, Marcial Pons).

MAÑALICH, JUAN PABLO (2011): “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en: Revista de Derecho, Valdivia, Universidad Austral de Chile (Vol. 24, Nº 1), pp. 87-115. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100005 [visitado el 03 de octubre de 2015].

MIRANDA, ALEJANDRO (2012): “Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa”, en: Revista Médica de Chile, Santiago, Sociedad Médica de Santiago de Chile (Vol. 140, Nº 2), pp. 261-265. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf> [visitado el 20 de mayo de 2015].

MIRANDA, ALEJANDRO (2014): El principio del doble efecto (Hildesheim, Georg Olms).

MIRANDA, ALEJANDRO (2021): “*Versari in re illicita* y voluntario indirecto en la escolástica tomista y su primera influencia en los tomistas” (*Pro Manuscripto*).

NÁQUIRA, JAIME (2015): Derecho Penal chileno parte general, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters), tomo I.

NETTELBLADT, DANIEL Y GLÄENTZER, CHRISTIAN GEORG (1772): Diss. iur. de homicidio, ex intentione indirecta commissio (Hala Magdeburgica, Hendel).

ONG, WALTER (1999): Realidad y escritura. Tecnologías de la palabra (Traducc. Angélica Scherp, México D.F, Fondo de Cultura Económica).

OXMAN, NICOLÁS (2019): “El dolo como adscripción de conocimiento” en: Política Criminal (Vol. 14, Nº 28), pp. 441-447. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n28/0718-3399-politcrim-14-28-00441.pdf> [visitado el 14 de abril de 2020].

PEREDA, JULIÁN (1948): El “*Versari in re illicita*”. En la doctrina y en el Código penal (Madrid, Instituto Editorial Reus).

POLITOFF, SERGIO; MATUS, Juan Pablo y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

PUPPE, INGEBORG (1991): “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales”. Disponible en: https://www.jura.unibonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/Der_Vorstellungsinhalt_des_dolus_eventualis_ZStW_1991__103.pdf [visitado el 22 de mayo de 2017].

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (2009): “Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad”, en: Carbonell, Juan Carlos; González, José Luis y Orts, Enrique (Dirs.), Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón (Valencia, Tirant lo Blanch), tomo II.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN (1999): El dolo y su prueba en el proceso penal (Barcelona, Bosch Editor).

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN (2013). “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en: Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Discusiones (XIII, Nº 13, 2), pp. 11-38. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp603> [visitado el 07 de agosto de 2017].

RENZIKOWSKI, JOACHIM (2000): "Die Verschärfung des § 323a StGB – Preisgabe des Schuldprinzips, ZStW, Nº 3, Vol. 112". Disponible en: <https://doi.org/10.1515/zstw.2000.112.3.475> [visitado en 30 de septiembre de 2016] pp. 475-517.

SCHAFFSTEIN, FEDERICO (1957): *La Ciencia Europea del Derecho penal en la época del humanismo* (Traducc. José María Rodríguez Devesa, Madrid, Instituto de Estudios Políticos).

SOLARI PERALTA, TITO (1977): "Versari in re illicita", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 1), pp. 245-265.

SOTO, DOMINGO (1968): *De la justicia y del derecho. Libro V, Cuestión Primera* (Traducc. Marcelino González Ordoñez, Madrid, Instituto de Estudios Políticos), volumen III.

SOUSA-LARA, DUARTE (2011): "Per se and Praeter Intentionem in Aquinas, *Josephinum Journal of Theology*, Nº 2, Vol. 18". Disponible en: http://www.eticaepolitica.net/eticafondamentale/dsl_per_se_prater_intentionem%28en%29.pdf [visitado el 22 de junio de 2017].

STOOS, CARL (1913): *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts* (Wien un Leipzig, Franz Deuticke).

TADROS, VICTOR (2005): *Criminal Responsibility* (New York, Oxford University Press).

TOLEDO, FRANCISCO (1616): *Instrucción de sacerdotes, y suma de casos de conciencia* (Valladolid, Francisco Fernandez de Cordua).

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL (1976): "«Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Nº 1, Tomo 29), pp. 17-43.

UDAONDO BARINAGARREMENTERÍA, JUAN (1952): "La preterintencionalidad y el Codex Iuris Canonici", en: *Revista española de derecho canónico, España, Universidad pontificia de Salamanca* (Vol. 7, Nº 19), pp. 41-73.

VAN WEEZEL, ALEX (2008): "Desconocimiento como expresión de sentido", en: Fernández, José Ángel (Coord.), *Estudios de Ciencias Penales* (Santiago, Legalpublishing), pp. 52 y ss.

VAN WEEZEL, ALEX (2021): "Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI", en: *Revista Ius Et Praxis* (Vol. 27, Nº 1), pp. 190-209.

VON WRIGHT, GEORGE HENRIK (1979): *Norma y acción. Una investigación lógica* (Madrid, Tecnos).

WELZEL, HANS (1970): *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición (Traducc. Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

WILENMANN VON BERNATH, JAVIER (2013): "Injusto, justificación e imputación", en: Mañalich, Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa* (Buenos Aires, B de F), pp. 99-176.

WILENMANN VON BERNATH, JAVIER (2016): "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad", en: *InDret Revista para el Análisis del Derecho, España, Universidad Pompeu Fabra* (Nº 1), pp.1-54

ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA (2008): "Derechos del paciente y eutanasia en Chile.", en: *Revista de Derecho, Valdivia, Universidad Austral de Chile* (Vol. 21, Nº 2), pp. 111-130.

Jurisprudencia citada

MINISTERIO PÚBLICO C/ BRYAN ESTEBAN SEPÚLVEDA MUÑOZ (2013): Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago 3 de septiembre del 2013 (Procedimiento Ordinario), RIT 322-2013, en: www.pjud.cl.

A (CHILDREN), RE [2000] EWCA Civ 254 (22 September 2000), en:
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html>.