

UNA VEZ MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE DOLO
E IMPRUDENCIA: LOS CASOS EN QUE EL AGENTE NO PERSIGUE
LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL

A LA VEZ, UN COMENTARIO A SCS 2.07.2009, ROL N° 3970-08
(CASO DE LA SALA CUNA)*

ALEX VAN WEEZEL
Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. Las particularidades del régimen legal de la imprudencia. II. La estructura del dolo. III. El elemento intelectual del dolo y la concreción de las representaciones. IV. El elemento volitivo del dolo y la confianza en la evitación de la realización típica. V. Más allá de la concreción de la representación y de la confianza en la evitación. 1. El acostumbramiento necesario al riesgo. 2. Indiferencia como dolo. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: dolo, imprudencia, representación del riesgo, indiferencia como dolo.

Es muy significativo que este ciclo organizado en conjunto por el Instituto de Estudios Judiciales y el Instituto de Ciencias Penales comience precisamente con el comentario de una sentencia que resuelve si la imputación de un hecho debe realizarse a título de dolo o a título de imprudencia. Resulta difícil pensar en un tema que ilustre mejor la indisoluble conexión entre la teoría y la praxis a través del acto judicialivo¹.

Los hechos del caso que nos proponemos comentar son conocidos². Un lactante de siete meses de edad lloraba en forma persistente mientras permanecía en la sala cuna y era atendido por una de las educadoras. Ante ello, una de las

* Esta contribución es una versión revisada de la conferencia dictada el 4 de octubre de 2017 en el Instituto de Estudios Judiciales; algunas de las hipótesis formuladas entonces fueron luego confirmadas o descartadas durante el desarrollo del proyecto Fondecyt Regular # 1180680. En todo caso, el texto conserva en lo sustancial las particularidades del lenguaje oral.

¹ KANT, Immanuel, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Hamburg, 1992), pp. 3 s.

² SCS 2.07.2009, rol N° 3970-08, con comentarios del autor en “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7 (2011), pp. 23-52 (pp. 44 ss.) y KRAUSE MUÑOZ, Soledad, “Caso Cinta adhesiva y la no aceptación de la muerte. SCS, 2.07.2009,

personas a cargo cubrió la boca del niño con una cinta adhesiva y escribió sobre ella las palabras “soy un llorón”, para luego exhibir la criatura con la leyenda a las demás personas presentes. Sin retirar la cinta adhesiva de la boca del niño, la educadora que inicialmente lo atendía lo acostó en una cuna. Dos horas después, las auxiliares de párvulos se percataron de que la criatura se encontraba inconsciente y pusieron en marcha su traslado a un centro asistencial. Casi una hora más tarde fue ingresada en un servicio de urgencia, al cual llegó en estado agónico, falleciendo luego como consecuencia de una asfixia por obstrucción de las vías respiratorias.

Lo que caracteriza a este caso –y a otros muy actuales, tanto en Chile como en otros países³– es que el agente *no persigue* como objetivo la realización del resultado o de la lesión, pero a pesar de eso pareciera que ese resultado y esa lesión pueden considerarse, en un sentido sustancialmente equivalente, como el producto de su voluntad.

Con el tiempo, esta consideración ha ido recuperando progresivamente plausibilidad. La complejidad de las condiciones de la vida moderna ha multiplicado las fuentes de riesgo y ha complejizado también su administración, que se encuentra repartida entre muchas personas que, por lo general, ni siquiera se conocen entre sí y solo interactúan a través de fórmulas o símbolos estandarizados. Este es un fenómeno de larga data que ha acabado por transformar al derecho penal: los riesgos del tráfico motorizado, los riesgos de la conducción de energía eléctrica, los riesgos de una labor asistencial compleja que el Estado asume –probablemente porque no hay otra alternativa practicable– con personal que no cuenta con todas las cualificaciones y los medios que debería, para mencionar solo algunos ejemplos.

Esta evolución hace que la concepción elemental del dolo como *persecución* del resultado lesivo haya quedado obsoleta. En un mundo más complejo y tecnificado, parece evidente que el dolo puede consistir en menos que eso. Consecuentemente, el sistema jurídico se encuentra hoy más proclive que antes a afirmar el dolo sin constatar una intención de lesionar el bien jurídico⁴. Ante esto, y al mismo

rol N° 3970-2008”, en VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2015), pp. 105-112.

³ En el primer plano de la discusión alemana han estado durante los últimos años los denominados *Raser-Fälle* (carreras clandestinas en zonas urbanas con desenlace fatal para un tercero). Recientemente, el BGH mantuvo una condena de la Corte estatal de Berlín por el delito de asesinato (4 StR 482/19 de 18.06.2020).

⁴ Cfr. por ejemplo LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, Comentario a SCS 24.09.2007, rol N° 1719-2007, en VARGAS PINTO, ob. cit., pp. 223-264 (pp. 248 ss.), y MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “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*, vol. XXIV, N° 1 (julio 2011),

tiempo, por regla general la jurisprudencia ha dejado en claro que tampoco basta con la infracción de una obligación de prever esa lesión.

Entonces el desafío es precisar qué es lo propio del dolo cuando no hay intención de lesionar o, más precisamente, de realizar el tipo –lo que en adelante designaremos como dolo “no intencional”.

I. LAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA IMPRUDENCIA

En esta indagación es importante tener presentes algunas particularidades del derecho chileno.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en Chile el legislador no ha formulado una definición del dolo en materia penal. Esta circunstancia es crucial, pues las notas del actuar doloso –y, en forma, refleja, del imprudente– deben extraerse de un conjunto de reglas dispersas en el Código Penal: los artículos 1° y 2°; el artículo 10 N° 13; el juego entre el artículo 10 N° 8, el artículo 71 y el artículo 490; el artículo 64; etc. Lo interesante es que estas reglas geográficamente dispersas guardan entre sí una notable armonía⁵, es decir, que a partir de ellas es posible delinear una noción del dolo. Esta noción podría no coincidir por completo con la que surge de las definiciones disponibles en otros ordenamientos, en especial del alemán.

La segunda particularidad consiste en que, a diferencia de lo que ocurriría en el derecho penal español hasta la codificación de 1995, el Código Penal chileno estableció desde un comienzo un sistema de *numerus clausus* para la punibilidad de los hechos imprudentes. De esta manera, la regla general sería la irrelevancia penal del hecho imprudente, incluso aunque este hecho fuera portador de un gran desvalor en la conducta o en el resultado, a la luz de parámetros extrapenales. Con otras palabras, para la teoría y la praxis chilenas había bastante más en juego al momento de caracterizar y delimitar el alcance de la conducta dolosa. Esta

pp. 87 y ss. (p. 101). Fundamental sobre el dolo como “persecución de un fin”, COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno* (Santiago, 1975), I, pp. 672 ss. y GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, 4ª ed., (Santiago, 2009), II, p. 102. Sobre la evolución de la jurisprudencia al respecto en los últimos cien años véase IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, “El dolo no intencional en la jurisprudencia superior chilena (1900-2018)”, citado aquí *pro manuscripto* gracias a la gentileza de su autor. Allí se documenta un proceso caracterizado por el crecimiento de la representación de los casos de dolo no intencional en la jurisprudencia publicada a partir de los años 60 del siglo pasado.

⁵ Cfr. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *El dolo eventual*, ob. cit., pp. 34-36; VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, *Error y mero desconocimiento en derecho penal* (Santiago, 2008), pp. 21-27; OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena, “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXIV, semestre I, (2010), pp. 415-457; OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena, “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 14, N° 1, (2008), pp. 49-86.

diferencia fundamental entre los regímenes de punibilidad –desconocida en el derecho español durante casi todo el siglo XX– tuvo que condicionar también concepciones diversas acerca del dolo.

A lo anterior se suma que el legislador asocia consecuencias punitivas radicalmente distintas a las diferentes formas de imputación subjetiva: la responsabilidad por hechos imprudentes no solo es excepcionalísima, sino que además de una extraordinaria benignidad si se la compara con la sanción del hecho doloso.

Esta radicalidad en la diferencia de tratamiento que se da a la culpa y al dolo en el Código Penal, junto a los otros dos factores, explica el rol que ha cumplido el así llamado “dolo eventual” en la jurisprudencia, concretamente⁶, crear un “espacio de juego” para el ejercicio de un amplia discrecionalidad. La pregunta relevante es si la teoría que se utiliza para llenar de contenido ese espacio garantiza en forma adecuada el control racional de las decisiones.

II. LA ESTRUCTURA DEL DOLO

La estructura del dolo se explica tradicionalmente tomando como base sus “elementos”. Aunque esta distinción entre un elemento intelectual y un elemento volitivo ha sido criticada por una parte significativa de la doctrina⁷, todo indica que sigue siendo útil desde un punto de vista analítico y sistemático.

En efecto, y hasta donde alcanzo a ver, para la gran mayoría de los autores afirmar el dolo implica, *primero*, atribuir al agente un juicio válido y serio sobre la situación concreta, en la medida en que, *segundo*, tal juicio sea a su vez la base del juicio práctico de actuación, es decir, de la decisión de realizar la conducta. Me parece advertir también una estructura de razonamiento similar, más allá de los matices y las diferencias terminológicas, en los fallos que desarrollan y resuelven casos complejos de imputación del hecho a título doloso. Tal constatación es un presupuesto importante de lo que sostendré más adelante.

Ese juicio válido y serio sobre la situación concreta estará normalmente presente cuando estén presentes todos los factores que son capaces de proporcionar orientación a la persona en cuanto a que la realización del tipo puede razonable-

⁶ Cfr. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, “El dolo eventual...”, ob. cit., pp. 23-52.

⁷ Cfr. especialmente RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999), pp. 88 ss. En Chile véanse por ejemplo HASBÚN LÓPEZ, Cristóbal, “El dolo cognitivo y su incipiente registro en la dogmática y jurisprudencia nacional”, en *Revista Perspectiva Penal Actual* N° 4 (2016), pp. 39-67 (p. 63), y OXMAN VILCHES, Nicolás, “El dolo como adscripción de conocimiento”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27, (2019), pp. 441-467 [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28A12.pdf>].

mente considerarse como una consecuencia evitable de su propia conducta⁸. El juicio práctico de actuación, por su parte, se manifiesta en la conducta misma o en su continuación.

Conforme al esquema de interpretación predominante —que en lo sucesivo no será cuestionado— la atribución de ambos juicios se basa a su vez en la atribución al agente de ciertas opiniones acerca de cómo están dispuestas las cosas en ese momento y de lo que va a ocurrir en el futuro⁹. Las discrepancias entre estas opiniones y sus correspondientes objetos de referencia son materia de la teoría de la imputación (subjettiva) —y no de la teoría del tipo penal¹⁰—, donde se trata de determinar cuál es el *significado* de tales discrepancias desde el punto de vista de la exigencia general de una motivación predominante de respeto al derecho. Es decir, se trata de un asunto de exigibilidad de la evitación de la discrepancia. En este examen puede ser relevante o irrelevante que el objeto de referencia exista al momento de obrar según la correspondiente opinión, o que solo se anticipe su existencia en el futuro. Por ejemplo, quien conduce de noche puede anticipar con gran asertividad que la luz amarilla no intermitente del semáforo cambiará muy pronto a rojo; pero puede tener dificultades para precisar a qué corresponde un bulto oscuro ubicado a un costado de la calle¹¹.

Entonces el dolo es la voluntad, puesta por obra, de realizar un cierto contenido, contenido que a su vez constituye lo que se conoce usualmente como elemento intelectual del dolo.

III. EL ELEMENTO INTELECTUAL DEL DOLO Y LA CONCRECIÓN DE LAS REPRESENTACIONES

⁸ En este sentido, autores con planteamientos situados en extremos tan disímiles como JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, 2ª ed. (Berlín, 1991, 8/23), quien considera posible la imputación de dolo también en supuestos de desconocimiento por indiferencia, por un lado, y KÖHLER, Michael, *Strafrecht* (Berlín, 1997), p. 161, quien incluso rechaza la punibilidad de la culpa inconsciente, por otro.

⁹ En este último caso podría hablarse en propiedad (con BRENTANO, Franz, *Psychologie vom empirischen Standpunkt* [Leipzig, 1924], pp. 124 ss.) de una “inexistencia intencional”.

¹⁰ Por lo tanto, no se trata de un problema de subsunción, sino de imputación: cfr. VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “Desconocimiento como expresión de sentido”, en FERNÁNDEZ CRUZ, J. A. (coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal, Actas de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Valdivia, 2007 (Santiago, 2008), pp. 359-367 (pp. 359 s.).

¹¹ En el juicio de evitabilidad de la discrepancia pueden jugar un rol ambivalente también otros criterios, como la circunstancia de que aquello cuya existencia se anticipa dependa de la acción propia o de un tercero; o que el suceso futuro pueda afectar al agente o a personas desconocidas; etcétera.

El elemento intelectual consiste en la previsión del resultado o, más precisamente, de la realización del tipo penal. Para quien sustente una concepción del dolo que no considere el reconocimiento de propiedades valorativas o connotaciones de antijuridicidad, el elemento intelectual consistirá en la previsión de circunstancias de hecho –lo que quiera que esto signifique– que, de llegar a realizarse, satisfarían los elementos de una descripción típica. En todo caso, de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales con competencia penal, no hay duda de que el dolo contiene un elemento de índole cognoscitiva, que la mayor parte de las veces se llena con el contenido del dolo “neutro” al estilo finalista¹².

La Corte Suprema –y con ella muchos otros tribunales– parecen entender además este elemento intelectual como un hecho psíquico. Al menos así se desprende de diversos fallos, como por ejemplo una sentencia del mismo año 2009 cuya redacción en este punto se repetirá luego a la letra en muchas otras decisiones, incluyendo la que puso término al caso de la Sala Cuna: “Que, la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como un conglomerado de hechos internos–, pasa ‘por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica’: una realidad que (...) ‘se encuentra en la cabeza del autor’ o (...) se basa en ‘vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho’” (cons. 25º)¹³. Idénticas formulaciones pueden encontrarse al menos hasta el año 2017 en la jurisprudencia del Supremo Tribunal.

Por cierto que esta concepción psicológica del elemento intelectual no es obstáculo para afirmar su concurrencia sobre la base de antecedentes objetivos. Pero estos solo serían relevantes en la medida en que permitan arribar a una convicción sobre lo que conoció o previó el autor al momento de ejecutar el hecho¹⁴.

¹² Sin embargo, en algunas ocasiones se refiere el elemento intelectual también a la “lesión del bien jurídico”, lo que podría llevar a concluir que, al menos en los casos de dolo directo, el elemento intelectual del dolo podría extenderse a la denominada conciencia de la ilicitud: “Que en este orden de ideas y si bien (...) se reseñan los dichos de algunos testigos y ciertos documentos incorporados al pleito criminal, aquellos no son suficientes para dar por cumplida la exigencia de sustentar la conclusión del actuar doloso –en forma de intención– de la inculpada. En efecto, el pronunciamiento objetado, no pone de manifiesto la voluntariedad y propósito criminal de la inculpada, ni demuestra que su comportamiento sea demostrativo del perfecto conocimiento que tenía del alcance del hecho punible y de su antijuridicidad, realizado con voluntad decidida de llevarlo a la práctica y lesionar el respectivo bien jurídico protegido” (SCS, 26.01.2009, rol N° 5898-2008, cons. 47º).

¹³ SCS, 26.I.2009, rol N° 5898-2008, cons. 45º; cfr. también SCS 12.V.2014 en causa rol N° 6247-2014: “Que el dolo del acusado y su prueba también fue cuestionado por la defensa. Si bien es cierto que su acreditación es una cuestión compleja, dados los elementos subjetivos o de naturaleza psicológica que no son perceptibles directamente” (cons. 12º).

¹⁴ En un caso en el cual se imputa a título de dolo eventual a un funcionario policial la comisión del delito de violencia innecesaria con resultado de muerte (art. 330 N° 1 del Código de Justicia Militar), por haber disparado al aire causando la muerte de una persona que se encontraba en una

Una sentencia algo más reciente ilustra los términos de la discusión en la praxis¹⁵. Conforme a los hechos probados, la acusada procedió a enterrar a la víctima, a la que creía muerta como producto de la acción de un tercero; sin embargo, la muerte se produjo recién a causa de la maniobra de entierro. El tribunal oral la condenó como autora de homicidio doloso. El razonamiento, en lo que aquí interesa, sostiene que ella “no pudo sino representarse como posible” que la víctima todavía estuviera viva cuando la enterraron. La mayoría de la sala penal de la Corte Suprema leyó esta afirmación como un “debió haberse representado como posible” y concluyó que esto –la sola previsibilidad más el deber de prever– no es suficiente para imputar dolo. El disidente, en cambio, entiende la misma expresión en sentido diverso. A su juicio, la frase “no pudo sino representarse como posible” que la víctima todavía estuviera viva significa que los indicios dan cuenta de que la acusada efectivamente se representó esa posibilidad.

Es decir, la discrepancia se referiría más bien a la comprensión del fallo de instancia, pues todos los jueces coinciden en que el dolo es un hecho psicológico, que requiere representación y aceptación del resultado, lo cual se prueba mediante indicios. Por lo mismo, a mi juicio no debería sobrevalorarse la discusión que en ocasiones se ha producido en cuanto a la posibilidad de impugnar las decisiones de imputación del dolo por vía de nulidad. Todos los jueces parecen asumir que el punto está en la prueba indiciaria de hechos internos, de modo que la cuestión es más bien procesal, es decir, hasta qué punto la nulidad admite revisión de los hechos por intermedio de la causal del artículo 374 letra e), en relación a la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal. En un caso resuelto pocos meses después del que se acaba de citar también se planteó la pregunta, con el ministro señor Juica en la disidencia (en el sentido de que no sería posible revisión vía nulidad), pero ya el mismo voto de mayoría afirmaba categóricamente “que en esta parte conviene recordar que, definir si en una determinada conducta el agente *obra o no conociendo y queriendo el resultado derivado de su acción u omisión*, como paso previo a calificar la misma conducta

pasarela en las cercanías del lugar, la Corte resolvió que “por la posición que adopta el hechor, la inclinación que asigna a la subametralladora (24 grados) y la trayectoria de los proyectiles (...) es posible concluir que esos disparos fueron efectivamente realizados ‘al aire’ (...) En efecto, el rebote y la trayectoria aludidos –que importan desvío causal ¿o casual?–, no están dentro de los cálculos que puedan preverse razonablemente, al punto que sea factible asumirlos como probables y que aceptados como tales, el agente haya perseverado en su conducta, lo que permite descartar dolo eventual” (SCS 14.12.2015 en causa rol N° 7315-2015 cons. 4°). En otro caso, descartó la imputación de dolo en razón de que el arma utilizada por el sujeto que causó la muerte de un funcionario policial era “hechiza”, por lo que no era posible prever para quien la disparase el destino final de los proyectiles (SCS 24.10.2012 en causa rol N° 6613-2012, cons. 15°).

¹⁵ SCS 13.03.2017 en causa rol N° 2882-2017.

como dolosa, culposa, o carente de culpabilidad —en conjunto a los demás aspectos volitivos que es necesario considerar para zanjar tal cuestión—, constituye un *asunto de hecho* que deben resolver los sentenciadores conforme a la valoración que realicen soberanamente de la prueba en el juicio”¹⁶.

Es cierto que tal vez existe aún espacio para afirmar que, en concepto de la Corte Suprema, una cosa es constatar si el agente se representó aquellas circunstancias que determinarían que el comportamiento que se le imputa pueda encuadrarse en la definición típica (cuestión de hecho), y otra cosa distinta es establecer si ese contenido de representación puede considerarse suficiente para afirmar el dolo (cuestión de derecho). Pero la inmediata referencia que se hace al “resultado” derivado de la acción u omisión del agente aconseja una dosis de prudencia.

La doctrina chilena mayoritaria es coincidente con lo anterior. A título ejemplar, se afirma que “existe pleno acuerdo en cuanto a que el dolo requiere que el sujeto advierta en su conducta y en las circunstancias en que esta se desarrolla todas las notas que son relevantes”, pero que no se exige “una atención ni menos una reflexión al respecto, bastando con una percepción meramente superficial” (con ulteriores referencias al “co-conocimiento”, o a la “periferia de la conciencia”)¹⁷. Se añade a continuación —en el mismo sentido—, que el conocimiento debe ser actual, en el sentido de coetáneo a la realización de la conducta, aunque se haya originado con anterioridad a la misma”¹⁸.

En la doctrina comparada predomina ampliamente el mismo punto de vista. Solo a modo de ejemplo, Kindhäuser sostiene en Alemania que para actuar con dolo “el autor debe considerar la realización del tipo penal en tal medida como probable, que para un destinatario de la norma con motivación de respeto al derecho resulte prácticamente necesario formar la intención de evitarla” modificando al efecto su conducta¹⁹. En Italia, Palazzo destaca que “el dolo es representación y voluntad del hecho típico. La representación, que tiene como objeto todos los elementos esenciales del delito, puede asumir la naturaleza psíquica del ‘conocimiento’ cuando versa sobre elementos preexistentes o concomitantes a la conducta, de la ‘consciencia’ cuando se refiere a la conducta, y de la ‘previsión’

¹⁶ SCS 11.07.2017 en causa rol N° 19008-2017, cons. 52° (cursivas añadidas).

¹⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Art. 1°”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General* (Santiago, 2011), pp. 54 ss., con abundantes referencias de la literatura nacional.

¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., p. 55, también con abundantes referencias confirmatorias tomadas de la literatura nacional.

¹⁹ KINDHÄUSER, Urs, “Gleichgültigkeit als Vorsatz”, en ARNOLD *et al.* (eds.), *Festschrift für Albin Eser* (München, 2005), pp. 345 ss. (p. 357).

cuando concierne a elementos futuros, como ocurre principalmente con el resultado del delito”²⁰. La doctrina española, por su parte, es abrumadoramente coincidente al respecto²¹.

Para lo que aquí interesa, lo más relevante es establecer cuál es el contenido de la representación que hace posible atribuir dolo no intencional. La opinión más extendida sostiene que el contenido de la representación del autor doloso corresponde al *riesgo concreto de realización del tipo en la situación singular* en que despliega su conducta²². No es necesaria una concreción “nominativa”, pero sí debe abarcar el riesgo concreto en la situación singular. En cambio, no sería una representación apta para la imputación de dolo la mera conciencia de estar creando en general un riesgo particularmente elevado de realización del tipo²³.

En esta línea se encuentra un caso que podría denominarse como “caso Transantiago”. La prueba del juicio dio cuenta de un confuso incidente, donde al parecer el chofer del bus habría ingresado a la vereda con el propósito de impactar a dos sujetos con los que había mantenido previamente un altercado, lo cual no consiguió, atropellando sobre la vereda a una mujer, que falleció, y a su hijo menor de edad. La Fiscalía imputó al chofer un homicidio doloso (dolo eventual), señalando que cualquier conductor sabe que si invade la vereda con su vehículo cuando allí se encuentran o desplazan peatones, puede provocar la muerte o lesionar a algunos de ellos.

El tribunal descartó esta argumentación, pues consideró que esta forma de argumentar hace consistir la representación del autor doloso “en un hecho general y abstracto”, que “escapa a lo que en derecho penal debe entenderse en esta materia, ya que la cuestión radica en establecer lo que efectivamente ocurrió respecto a una persona determinada”. Y agrega: “La pregunta que debió en consecuencia realizarse el ente persecutor a fin de determinar la configuración de este elemento subjetivo es si (...) *la visión o mirada que en esos instantes tuvo el acusado, se encontraba dirigida hacia doña T.G.F. y en el evento que ello fuere positivo, representarse que su proceder podría ocasionarle la muerte y a pesar de ello decidió actuar*”²⁴.

²⁰ PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, 6ª ed. (Torino, 2016), p. 287.

²¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, ob. cit., pp. 83 ss.; véase también *infra*, nota 32.

²² Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., p. 54; en el mismo sentido MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 99: “Actúa con dolo de homicidio quien se representa la posibilidad concreta de que su comportamiento cause la muerte de otro ser humano”.

²³ Con claridad en este sentido KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar* 7ª ed., (Baden-Baden, 2017), § 15, n. 15.

²⁴ STOP Santiago (3º) 17.10.2007 en causa RIT 216-2007 (cursivas añadidas). El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó el recurso de nulidad de la Fiscalía (30.11.2007,

Con otras palabras, el elemento intelectual del dolo no estaría presente cuando falta el conocimiento del riesgo que en concreto representa la conducta para la lesión de un objeto determinado. Este conocimiento falta cuando el agente conoce solo el riesgo en abstracto, pero no en concreto. En tal caso no puede afirmarse que el sujeto estaba en condiciones de formular un juicio serio y válido sobre la situación, incluso suponiendo en él una motivación predominante de respeto a los bienes jurídicos.

Sin embargo, en algunos casos recientes se ha resuelto justo lo contrario. Así, por ejemplo, en la sentencia de la ministra en visita Mireya López, en una arista de la causa seguida contra falsos exonerados políticos y quienes certificaron su calidad de exonerados. Aunque luego serían sobreseídos por prescripción, a un grupo de estos últimos se les atribuyó dolo eventual a pesar de que no se pudo demostrar que hayan considerado como posible la falsedad de sus declaraciones. Conforme al fallo, que parece estar disponible solo parcialmente y en informaciones de prensa, obraron con dolo (eventual) pues “debieron representarse que ante la ausencia de registros laborales y previsionales que avalaran la información, sumado a que no conocían personalmente a las personas en cuyo favor emitieron los documentos, no tomaron recaudos que les permitieran corroborar la fuente de información que los llevó a emitir tales certificados máxime cuando se sabía que estos documentos se utilizarían para obtener una pensión del Estado”²⁵.

Salta a la vista que el lenguaje utilizado está más cerca del que habitualmente se utiliza para caracterizar la culpa grave: “no tomaron recaudos”, “debieron representarse”. Aunque parece evidente que en casos como este se ha buscado “dar una señal”, esto ocurre precisamente debido a que el respectivo tribunal ha valorado la conducta como especialmente grave. Esta valoración parece acortar las distancias que por lo general se observan entre la culpa grave y el dolo no intencional.

Pues bien, ¿qué ocurre en el caso de la Sala Cuna? Ninguna de las tres sentencias que se ocuparon de él se interesa por todo esto.

rol N° 2449-2007), coincide con el TOP en cuanto a que no se probó que el conductor se hubiera representado la posibilidad de provocar el resultado de muerte “en la persona de la víctima” (cons. 8°). Pero además señaló que la diferencia entre el delito doloso y el imprudente “no radica en la voluntariedad o no de la acción, sino en la *representación* del resultado típico y en su dirección hacia él, en su mera aceptación, en su imprudente evitación [sic] o derechamente en su falta de representación. Además, [según] la declaración del perito (...) el acusado efectuó una maniobra voluntaria con la finalidad de atropellar a dos peatones no identificados, chocando y atropellando a la víctima. En consecuencia, no se desprende de esta afirmación que la maniobra del encausado haya sido voluntaria, intencional e indiferente *respecto del resultado de muerte de la víctima*” (cursivas añadidas).

²⁵ *Economía y Negocios* 2.07.2017 (<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=375340>, consultado por última vez el 18.09.2020).

El tribunal de primera instancia afirma que hubo representación concreta de la muerte de la criatura; la Corte de Santiago asume que no la hubo –como mucho, se pone en la *hipótesis* de que los acusados se hayan representado “algún daño”–, mientras que la Corte Suprema afirma que los acusados “debieron representarse como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido”. Esta última expresión puede significar, de nuevo, que debieron representárselo, pero no lo hicieron, o, por el contrario, que simplemente se asumirá que lo hicieron. Por el contexto de la argumentación –el fallo alude en ese momento a la educación y actividad de los acusados– parece más plausible esta última alternativa.

En cualquier caso, no deja de ser llamativo que se deje en la ambigüedad los presupuestos para afirmar o negar la concurrencia de un elemento central del dolo. Parece que la Corte está dispuesta a conceder sin más la concurrencia del elemento intelectual pues va a descartar el dolo por falta del elemento volitivo. El problema es que, como veremos, en realidad el elemento volitivo puede ser mucho más difícil de descartar.

IV. EL ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO Y LA CONFIANZA EN LA EVITACIÓN DE LA REALIZACIÓN TÍPICA

La jurisprudencia es uniforme también –salvo alguna sentencia más bien aislada– en cuanto a que el dolo en cualquiera de sus formas requiere un elemento volitivo, el “querer”, que va más allá de la mera representación. La presencia de este elemento, a juicio de la Corte Suprema, es un requisito adicional a la representación del riesgo concreto en la situación singular²⁶. El considerando 14° del fallo que comentamos caracteriza este elemento como “un *plus* subjetivo esencial”. La doctrina coincide en general con esta exigencia. El comentario al Código Penal ya citado resume esta idea afirmando a propósito del dolo en los delitos omisivos que “no hay equiparación de ningún tipo entre dolo y mera representación del riesgo”²⁷.

La Corte Suprema ha detallado además la forma en que la jurisprudencia entiende el elemento volitivo del dolo. En el mismo considerando 14° afirma

²⁶ La sentencia dictada por el Supremo Tribunal el 26.01.2009 en causa rol N° 5898-2008 es muy clara en este sentido: “El fallo [impugnado] contiene motivaciones que giran en torno al conocimiento que la imputada no habría podido dejar de tener respecto de las gestiones conducentes al financiamiento de la revista que se publicaría después de finalizado su mandato de alcaldesa. Se arguye que resulta inverosímil la ausencia de ese conocimiento acerca de un hecho que implicaría una contravención a los deberes de su cargo. Sin embargo, como quedó establecido, *el saber o conocer no basta para reprocharle al agente un comportamiento doloso*, debe concurrir el indispensable elemento volitivo, máxime si es requerido por el tipo el dolo directo, la intención delictiva” (cons. 49°, cursivas añadidas).

²⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., p. 77.

que a la representación debe añadirse “la conformidad con ese resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido”. En perfecta continuidad con otros fallos se afirma también que “quien obra con dolo eventual renuncia a su posibilidad de detenerse en el curso desplegado y evitar de este modo la previsible –y prevista– lesión del objeto jurídico puesto en peligro”²⁸.

Conforme a la opinión predominante, justamente en este elemento volitivo estaría la diferencia entre el dolo no intencional y la mera imprudencia: aceptar versus no aceptar la realización del tipo.

Pero ¿cuál es en la práctica la diferencia entre haber *aceptado*, *asumido*, *admitido* o *aprobado* la realización del tipo (dolo no intencional) y no haberla aceptado, a pesar de haberla considerado como posible o al menos no improbable (imprudencia consciente)?

Buscando el modo de dar un contenido aprovechable a las formulaciones precedentes –casi todas ellas inspiradas en la doctrina alemana–, y sobre todo de liberarlas en lo posible de sus componentes menos verificables, parte de la doctrina chilena ha puesto el acento de la distinción entre el dolo y la imprudencia en la *razonabilidad de la confianza* del sujeto en cuanto a que la lesión prevista por él no se va a producir. Así, habría únicamente culpa y no dolo eventual si el sujeto rechaza la posibilidad de realización del tipo que se representó porque confía “sobre bases mínimamente racionales”²⁹ en que su conducta no va a producir esa consecuencia.

Este criterio de razonabilidad de la confianza es de la mayor importancia, pues podría presentarse como la otra cara de la medalla de la fórmula de Frank, que es precisamente la que utilizan la sentencia que comentamos y muchas otras, hasta el punto de que hoy podría considerarse como el principal recurso utilizado por la jurisprudencia chilena para dilucidar la distinción entre culpa consciente y dolo no intencional en el caso concreto. Así, establece la Corte Suprema en la sentencia recaída en el caso de la Sala Cuna, que hay dolo eventual cuando “para el sujeto es indiferente la producción del resultado pues, tras habérselo representado como posible deja todo librado al azar; es decir, se dice a sí mismo, ocurra o no ocurra, igual actúo”³⁰. Y efectivamente, el criterio de la confianza racional sería la otra cara de la medalla de la fórmula de Frank si en la recepción jurisprudencial de esta última no hubiera una ambigüedad que permite darle dos sentidos completamente distintos. Uno puede, en primer lugar, considerar decisivo que el sujeto “libre todo al azar” –un asunto relativamente observable–;

²⁸ SCS 2.07.2009, rol N° 3970-08, cons. 14°.

²⁹ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit., pp. 71 y ss., con referencias ulteriores.

³⁰ SCS 2.07.2009, rol N° 3970-08, cons. 14°.

o uno puede atender a que el sujeto sea “indiferente” frente a la producción del resultado –un asunto que puede ser interno o incluso emocional, una “actitud” y no necesariamente una conducta. Una triste ilustración de esto puede verse en el caso Antuco, donde perecieron 44 conscriptos y un suboficial como consecuencia de una expedición temeraria a la montaña. Cuando al mayor Cereceda, oficial a cargo de la actividad, le representan el peligro que conlleva la expedición ante las condiciones climáticas y la falta de equipamiento adecuado, se limita a decir: “¡Qué sea lo que Dios quiera!”³¹. El oficial probablemente no era indiferente respecto de la producción del resultado, pero no parece haber dudas de que dejó todo librado todo al azar.

Esta ambigüedad tiene ciertamente una base en la realidad, pues parece incontestable que forma parte de la complejidad psicológica de los seres humanos. Pero la pregunta relevante es en qué medida el derecho puede y debe hacerse cargo de esta complejidad del alma humana. A la luz de lo expuesto anteriormente, la respuesta a esta pregunta parece clara. Lo único que interesa al derecho penal es si puede atribuirse a la persona un juicio serio y válido sobre la situación concreta que funda el juicio práctico de actuación. Y aquí es donde entra el criterio de la razonabilidad de la confianza en que el tipo penal no se va a realizar ¿Qué significa exactamente este criterio?

Siguiendo a Luzón Peña³², Náquira observa que la “aceptación” del resultado no se excluye por una confianza irracional o meramente subjetiva en su no acaecimiento. Así, actúa con dolo homicida un terrorista que pone una bomba potencialmente mortal para causar alarma en un paraje concurrido, aunque “confíe” en que al momento de estallar nadie resulte muerto. El dolo se excluye, en cambio, cuando “existen posibilidades objetivas en grado razonable, conocidas por el actor, de no realización del hecho delictivo, y respecto de las cuales posee un cierto grado de manejo y control”³³.

Entonces resulta claro que el elemento volitivo del dolo quedaría excluido al menos cuando el sujeto, habiendo previsto el posible resultado, despliega una conducta que es incompatible con la aceptación de la lesión, como adoptar *ex*

³¹ La expresión se encuentra recogida en el cons. 8º de la SCS 3.01.2008, rol N° 2-2007.

³² Hay que advertir, en todo caso, que esta posición está lejos de ser unánime en la doctrina española. Así, por ejemplo, MIR PUIG considera que también la confianza irracional tiene eficacia excluyente del dolo (Conocimiento y voluntad en el dolo, en JIMÉNEZ VILLAREJO, José [dir.], *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, pp. 11 ss. [p. 32]). Discrepancias análogas se observan en la doctrina alemana. Para Michael KÖHLER, por ejemplo, si un inventor “genial” *se convence a sí mismo* de que su creación posee determinadas posibilidades de aplicación, las cuales sin embargo carecen de fundamento de acuerdo con las circunstancias que él mismo conoce, no actúa con dolo de estafa al vender el invento mencionando al comprador de esas aplicaciones (nota 8, p. 164).

³³ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., I, (Santiago, 2015) pp. 224 s.

ante resguardos objetivos para prevenirla o impedirla. Lo que no resulta tan claro es si también se excluye cuando el sujeto, al tiempo de la conducta, simplemente confía –aunque “sobre bases mínimamente racionales”– en que la lesión no se producirá. Etcheberry lo plantea en los siguientes términos: “Debe el sujeto, en primer término, representarse la posibilidad del resultado, pero también la posibilidad de que, realizando la acción en determinadas circunstancias o con ciertas modalidades, el resultado se evite, y decidir obrar de esa manera. No es exacto, entonces, afirmar que la actitud de rechazo [del resultado, propio de la culpa, *v. W.*] se caracteriza por ‘confiar en que el resultado no se producirá; lo exacto es decir que se caracteriza por ‘confiar en poder evitarlo’. La confianza en el *puro azar* es dolo eventual”³⁴.

Pensemos, en esta misma línea, que según la jurisprudencia (y buena parte de la doctrina), la aceptación del resultado –el elemento volitivo del dolo– se “da a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido”. Así lo hace justamente la sentencia que comentamos en su cons. 14°. Nuestro caso es un muy buen test para analizar esta cuestión:

– ¿es razonable confiar en que si se bloquea la boca de un lactante de siete meses durante dos horas, este no va a presentar un cuadro de asfixia?

– y si fuera razonable, ¿basta con esa confianza para excluir el dolo, aunque nada se haga para evitar o controlar el riesgo que se ha previsto?

A mi juicio, la respuesta a la primera pregunta difícilmente puede ser afirmativa, pues: (i) dos horas es mucho tiempo en estas circunstancias, (ii) un lactante de siete meses se encuentra en una fase muy temprana de su desarrollo y requiere de una vigilancia frecuente, (iii) cualquier persona sabe que sus vías respiratorias y digestivas no funcionan como en los adultos y, (iv) sobre todo, es un hecho más o menos conocido, al menos para quienes han tenido alguna vez niños pequeños a su cargo, que los lactantes no saben respirar deliberadamente por la nariz.

Pero supongamos para efectos de este análisis que la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa. En tal caso aún habría que responder la segunda pregunta: ¿Bastaba con esa confianza en un *output* positivo para excluir el dolo? Recordemos que la Corte Suprema concedió la representación del resultado de muerte (“debieron representarse como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido”) respecto de las personas acusadas. Ante esta representación, ¿era suficiente con limitarse a no hacer nada durante dos horas? Recordemos también que el mismo fallo define que la aceptación del resultado propia del dolo

³⁴ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* 3ª ed., I, (Santiago, 1998) p. 298 (cursivas añadidas).

se expresa simplemente en “la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que el sujeto pudo haber detenido”.

Resulta, pues, harto difícil no atribuir al autor un *juicio válido y serio sobre la situación concreta*, sobre todo si se piensa que ese juicio válido y serio estará normalmente presente cuando estén presentes todos los factores que son capaces de proporcionar orientación a la persona en cuanto a la realización del tipo como consecuencia evitable de la propia conducta. Y, por otro lado, la *decisión de comportamiento* se expresa en la omisión de toda intervención.

¿Cómo es que se llega entonces a un veredicto de imprudencia y no de dolo? Revisemos las razones de los tribunales que lo formularon.

Para la Corte de Santiago “no es racional” estimar que los encausados hayan sido “indiferentes” a la muerte de la criatura, y no lo es por tres razones: (i) ambos gozaban de irreprochable conducta anterior; (ii) ambos se dedicaban al cuidado de lactantes, y (iii) la sala cuna era de su propiedad. Los dos últimos argumentos apuntan a que la muerte de un menor a su cuidado hubiera significado posiblemente el fin del negocio y, con ello, de la fuente de ingresos de los condenados, por lo que difícilmente ese hecho podía resultarles indiferente. Con otras palabras, la racionalidad que en la cultura popular se atribuye al *homo oeconomicus* sería suficiente para preservar a los condenados de la imputación de dolo eventual. El primer argumento, por su parte, resulta bastante enigmático, a no ser que se lo entienda en un sentido estrictamente moral, o bien, que se explique por lo que se dirá a continuación.

Es poco lo que la sentencia de la Corte Suprema agrega a estas consideraciones. Tal vez lo más destacable sea el hecho de que *tampoco* el Supremo Tribunal refuta que los encausados se hayan representado como posible la muerte de la criatura. Por lo tanto, la Corte Suprema argumenta igualmente desde la perspectiva del elemento volitivo del dolo, para señalar que no se encuentra acreditado –“no es factible arribar a la íntima convicción”– de que los condenados hayan tomado seriamente en cuenta la posibilidad de la muerte y, por tanto, que hayan demostrado una *actitud de indiferencia* frente a ella, con lo cual no se cumplirían los presupuestos de la “segunda fórmula” de Frank para apreciar dolo eventual.

Lo más destacable de todo, sin embargo, es que ambos fallos dejan de lado tanto el criterio de la racionalidad de la confianza, como la idea de que el sujeto “libre todo al azar”, para quedarse única y exclusivamente con el examen de la “actitud de indiferencia” ante el resultado, que pone una vara más exigente para apreciar dolo. Pues para obrar con dolo no basta con que se confíe irracionalmente en la evitación del resultado o de la realización típica, sino que *además* es preciso mostrar una actitud de indiferencia. Ante la ambigüedad de la fórmula de Frank, al menos en la versión que ha sido objeto de recepción jurisprudencial en Chile, se opta por aquella alternativa que atiende a la actitud de indiferencia del sujeto ante el resultado que se representa como posible.

El problema radica en que, de acuerdo con esta fórmula, para afirmar que el sujeto aceptó el resultado hipotético en su voluntad es necesario llegar al convencimiento de que se situó frente a ese resultado con una determinada actitud interior, es decir, con un cierto talante emocional, cuya prueba ya no depende de sucesos puntuales sino eventualmente de la biografía del autor.

Esto justifica indagar y juzgar acerca de la índole personal del acusado, interiorizándose de la forma en que, en general, enfrenta la vida y las relaciones con los demás. Por eso la Corte de Santiago consideró relevante la ausencia de condenas previas para determinar si concurría ¡en este caso! el elemento volitivo del dolo. Esto explica también que en otro caso más o menos contemporáneo a este, el elemento volitivo se acreditara prácticamente sin ninguna referencia al hecho concreto, sino con antecedentes sobre la vida anterior y posterior de la acusada –por cierto, bastante conflictiva. La prueba de contexto fue abundantísima, precisamente porque los hechos apuntaban en otra dirección³⁵.

En nuestro caso de hoy ocurre lo mismo, pero con el resultado inverso. Los criterios susceptibles de cierto control racional –si la confianza está justificada o no, si se han realizado actos tendientes a evitar la realización del resultado previsto, etc.– desaparecen para dejar paso a una concepción intuitiva del dolo, según la convicción a la cual se arrije –como una cuestión de hecho– sobre el carácter de la persona del acusado.

Por cierto que no todas las sentencias que se ocupan de la atribución del dolo razonan de este modo. En muchas de ellas se hace un esfuerzo exitoso por identificar criterios intersubjetivos y atingentes al caso para imputar, por ejemplo, el dolo homicida³⁶. En tal sentido, en algunos de los últimos fallos de la Corte Suprema ya se contienen declaraciones explícitas en contra del emocionalismo: “El sujeto que actúa con dolo eventual, a diferencia del sujeto imprudente, ‘sabe lo que hace’ y, siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, *o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo* respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza”³⁷.

³⁵ Se condenó por inducción al homicidio de una persona a la cual la supuesta inductora no encargó que se diera muerte; más aún, la ejecución de este homicidio por parte del sicario le impidió ejecutar los homicidios que le habían sido efectivamente encargados (cfr. S. del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 26.02.2011, RIT N° 136-2010, cons. 24°).

³⁶ Cfr. IZQUIERDO SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 3 ss.

³⁷ SCS 13.03.2017 en causa rol N° 2882-2017, cons. 20°, con cita de DÍAZ PITA (cursivas añadidas).

V. MÁS ALLÁ DE LA CONCRECIÓN DE LA REPRESENTACIÓN Y DE LA CONFIANZA EN LA EVITACIÓN

Para concluir quisiera referirme a dos tópicos –utilizo deliberadamente esta expresión para evitar la palabra “teorías”– que han sido objeto de renovada discusión en el último tiempo. Igual que en el caso de las reflexiones anteriores, se trata de precisar lo que pertenece a la noción de dolo no intencional desde el punto de vista de su carácter expresivo de un déficit de motivación de respeto al derecho. Me referiré concretamente de la posibilidad de atribuir el hecho a título de dolo cuando la ausencia de representación de la posible realización típica se debe a una particular indiferencia del autor (indiferencia como dolo), y al fenómeno que Jakobs ha caracterizado como “acostumbramiento necesario al riesgo”. Ambos tópicos requieren todavía, quisiera enfatizarlo desde ya, de un estudio más profundo y ajustado a nuestra propia tradición jurídica.

1. El acostumbramiento necesario al riesgo

El acostumbramiento necesario al riesgo dice relación con la pregunta acerca de si cualquier transgresión consciente del riesgo permitido ha de contar ya como actuación dolosa respecto de los resultados previstos como posibles en una concreta situación.

Según se ha visto, la imputación de un hecho a título de dolo implica atribuir al autor –con diversos matices y bajo diferentes terminologías– un juicio válido y serio sobre la situación concreta: el dolo es una voluntad de realización cuyo contenido es la creación de un cierto riesgo de realización del tipo. Este contenido ha de tener tales características que, para una persona con una motivación suficiente de respeto al derecho, resulte relevante al momento de decidir actuar o abstenerse de hacerlo.

Pues bien, en los casos en que la transgresión del riesgo permitido se encuentra en el límite de lo que todavía está permitido, el contenido de la representación puede ser insuficiente para imputar una actuación dolosa debido a la inevitable arbitrariedad con que el regulador debe trazar las fronteras del riesgo permitido. En el tráfico motorizado, por ejemplo, la velocidad máxima en un sector de la carretera puede fijarse en 80 kilómetros por hora, pero posiblemente también podría haberse fijado en 70 o en 90 kilómetros por hora. Con otras palabras, hay ciertas definiciones del riesgo permitido respecto de las cuales puede afirmarse que su transgresión no necesariamente va asociada a la formulación de un juicio serio y válido sobre el riesgo creado en la situación concreta, incluso suponiendo en el agente una motivación predominante de respeto a los bienes

jurídicos. Ejemplarmente: Quien sobrepasa en algunos centímetros la distancia máxima en carretera no realiza por regla general un juicio de concreta aptitud lesiva respecto de un homicidio o unas lesiones en la persona de quien conduce el vehículo que le precede, así como tampoco se considera seriamente en peligro de muerte si quien sobrepasa esa distancia en la misma medida es el conductor que le sigue.

No se trata en absoluto de modificar el límite del riesgo permitido para adaptarlo a las circunstancias de cada sujeto, sino solo de extraer para la imputación subjetiva las consecuencias de su carácter relativamente arbitrario. Una directiva de conducta que puede resultar muy clara como política pública general pierde esa claridad orientativa en el caso puntual cuando se trata de transgresiones que están al límite de lo permitido. Por eso mismo, y dado que la sociedad necesariamente debe tolerar esta relativa arbitrariedad del límite pues resulta imposible eliminarla del todo –esto es lo que Jakobs denomina “acostumbramiento necesario al riesgo”³⁸ (no por parte del individuo, sino de la sociedad)–, la transgresión muy próxima a un límite que también podría discurrir por otro cauce carece de relevancia para la decisión práctica del sujeto aquí y ahora. Si el dolo es la voluntad cuyo contenido consiste en configurar un peligro relevante para la decisión de actuar, desde la perspectiva de una motivación predominante de respetar el derecho, entonces resulta imposible atribuir dolo en las hipótesis en que, aun desde esta perspectiva, el peligro configurado no puede considerarse como relevante para la decisión.

Esta situación se presenta, como es natural, de un modo particularmente intenso y patente en los ámbitos con abundante regulación legal e infralegal, pues la abundancia de regulación –la “desformalización” del derecho, en el sentido de Max Weber– lleva precisamente a que el regulador deba optar entre alternativas intercambiables entre sí. El sistema del derecho penal vigente no ha podido funcionar sin incorporar en alguna medida estos conceptos, a pesar de que no se mencionen expresamente. La razón de este silencio es muy simple: el acostumbramiento al riesgo opera antes del momento relevante en sede de imputación y puede condicionar la atribución del dolo tanto en el nivel de la concreción de las representaciones –el agente ni siquiera advierte como peligrosa una conducta que objetivamente lo es y por eso cuenta como transgresora del riesgo permitido–, como en el plano de la razonable confianza en la evitación: el agente se encuentra tan habituado a lidiar con situaciones de esa índole que no toma en serio la posibilidad de un desenlace lesivo.

³⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *RW Heft 3* (2010), pp. 291 ss.

2. Indiferencia como dolo

Como se ha visto, la literatura y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias en Chile exigen un alto grado de concreción de la representación para estimar que el agente obró dolosamente. El caso Transantiago es un buen ejemplo de ello, igual que la sentencia dictada por la Corte Suprema en 2017 respecto de la mujer que, creyendo muerta a la víctima, procedió a enterrarla, provocándole de este modo la muerte³⁹.

Sin embargo, también hay casos en donde tanto desde la teoría como desde la praxis se aboga por un relajamiento de esta exigencia de concreción. Todos estos casos tienen en común que el riesgo creado por el autor se considera extraordinariamente elevado. También aquí parece operar, igual que en la vertiente emocionalista de la “actitud de indiferencia” ante el resultado, una especie *versari* en forma atenuada. La investigación de Izquierdo demuestra que esto podría ser menos excepcional de lo que parece⁴⁰, cuando constata una tendencia jurisprudencial (por cierto, no mayoritaria) a equiparar la culpa grave y el dolo, la que se habría incrementado desde 1960 en adelante.

Conviene advertir que estas constelaciones comprenden no solo supuestos más bien extremos, como el de quien, con tal de huir de la policía en un vehículo pesado, arrasa con lo que quiera se cruce en su camino⁴¹. Pues ocurre que la generalizada exigencia de concreción del conocimiento como condición para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo se halla en sí misma necesitada de concreción. Es discutible si el conocimiento es suficientemente concreto también cuando el autor, por ejemplo, utiliza un artefacto o mecanismo que opera a distancia y es capaz de producir la muerte de todas las personas que se encuentran en ese momento en un determinado lugar. En tal caso no se ha concretado el objeto del dolo nominativamente, pero el contenido de la representación (lugar, tiempo, forma de operación del mecanismo, afectación de “transeúntes”, etc.) podría ser suficientemente preciso como para dar cuenta de la densidad del peligro de realización típica cuyo conocimiento es, a su vez, relevante para el juicio práctico de actuar o no actuar. Algo análogo puede valer

³⁹ SCS 13.03.2017 en causa rol N° 2882-2017, cons. 20° (que a su vez refiere a la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 7315-2015, de 14 de diciembre de 2015): “Para configurar el dolo eventual, no basta con asentar que la encartada ‘pudo’ haberse representado la supervivencia del acusado o que ‘no pudo sino haberlo hecho’ atendidas las circunstancias particulares (...) fallar en prever ese resultado mortal como consecuencia de su actuar [es] propio de la culpa inconsciente”.

⁴⁰ Cfr. IZQUIERDO SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 15 ss.

⁴¹ SCA San Miguel 14.09.2012 en causa rol N° 1103-2012.

para las situaciones en que el autor utiliza un instrumento de alto potencial lesivo en un espacio relativamente reducido donde se encuentran otras personas⁴².

Los ejemplos pueden multiplicarse. Conforme a las constataciones fácticas en uno de los casos más bullados de entre los *Raser-Fälle*, resuelto en 2017 por la Corte estatal de Berlín, tras pasar once semáforos en rojo, y viajando a una velocidad de entre 150 y 170 km/hora, uno de los conductores impactó a un vehículo que hacía uso de su derecho de paso preferente, causando la muerte del conductor. La Corte condenó por asesinato, lo que suponía imputar dolo. Sin embargo, el Tribunal Federal alemán anuló la sentencia, aduciendo que la prueba no permitía apreciar dolo y devolvió el caso a Berlín para un nuevo juzgamiento. El principal argumento del BGH es muy simple. Según las constataciones de hecho de la misma Corte estatal, en el momento en el cual el conductor temerario advirtió el peligro concreto de muerte para el conductor que resultó fallecido, aquel ya no estaba en condiciones de detener el vehículo y, por lo tanto, tampoco estaba en condiciones de evitar dicha muerte. Se trataría, dicho en el lenguaje de algunas corrientes científicas, de un caso paradigmático de imputación extraordinaria, es decir, de imprudencia⁴³.

Tras el segundo juicio, no obstante, la Corte estatal de Berlín volvió a condenar por asesinato, y esta vez el BGH mantuvo la condena. Según el comunicado de prensa —la sentencia fue anunciada solo hace algunas semanas—, a juicio de la cuarta sala penal del BGH la Corte de Berlín está en lo correcto cuando deduce la aceptación del resultado mortal por parte del conductor a partir de la creación de un riesgo particularmente elevado. Además, sostiene, se ha demostrado que el acusado sabía que solo podía alcanzar su objetivo de ganar la carrera en la medida en que incrementara al máximo los riesgos, también respecto de terceros, de modo que “las consecuencias de su conducción conscientemente riesgosa le eran indiferentes”⁴⁴.

Planteamientos de esta índole pueden coincidir en sus resultados con algunas propuestas que afirman el dolo en los casos de indiferencia del agente basándose en la idea de que “el comportamiento doloso no es el que se realiza con

⁴² STOP de San Miguel (6°), 3.09.2013 en causa RIT N° 322-2013, con comentario de GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Muerte por un instrumento letífero”. STOP de San Miguel (6°), 3.09.2013, RIT N° 322-2013, en VARGAS PINTO, ob. cit., pp. 475-494.

⁴³ Véase 4 StR 399/2017, en JR 7/2018, p. 340, con múltiples comentarios y una literatura relacionada que ya se ha hecho casi inabordable; para un análisis particularmente agudo de este y otros casos similares véase PUPPE, Ingeborg, “Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz”, en JR 7/2018 (2018), pp. 323-327.

⁴⁴ Cfr. el comunicado de prensa sobre 4 StR 482/19 de 18.06.2020 en [<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020078.html?nn=10690868>], consultado por última vez el 20.09.2020.

un conocimiento presente de la realización típica, sino aquel que está mediado por un defecto de valoración”⁴⁵. Desde esta perspectiva, la imputación a título de dolo podría incluir los casos en que el sujeto desconoce algún elemento del hecho o de su contexto debido a que una posible realización del tipo le resulta simplemente indiferente.

Esta posición ha sido objeto de abundante crítica en la literatura⁴⁶. Como veremos, hay aspectos de esta crítica que se encuentran plenamente justificados. La mayor parte de ella, sin embargo, se basa en el malentendido de que el dolo por causa de indiferencia se encontraría a medio camino entre la culpa consciente y el dolo eventual y, en consecuencia, sería más reprochable que aquella y un poco menos reprochable que este. Intentaré clarificar este aspecto, mostrando cómo la estructura de la indiferencia como dolo difiere de la que exhiben las hipótesis de ignorancia deliberada –aunque ambas presenten algunos elementos comunes– y, sobre todo, de la estructura del dolo eventual.

En primer lugar, salta la vista que la doctrina de la indiferencia como dolo pone todo el acento de la imputación dolosa en la presencia de un *defecto de valoración*, que se caracteriza por que el agente persigue sus fines con preferencia a la evitación de la realización típica. La diferencia con la imprudencia radica en que el actor imprudente desconoce al menos parcialmente la base fáctica que debía conocer, mientras que el autor doloso toma una decisión contraria a las valoraciones jurídicas sobre una base fáctica que, en principio, conoce correctamente. En ambos casos hay en el agente un defecto de motivación de respeto al derecho –es decir, un defecto volitivo y no meramente cognitivo–, pero en la imprudencia este se encuentra contenido o bien se manifiesta en una errónea apreciación de la situación.

La indiferencia como dolo –en lo que al menos para Jakobs sería una forma de *dolus indirectus*⁴⁷– alude entonces a la posibilidad de imputar dolo en los casos en que ya el desconocimiento de la situación se debe a un defecto de valoración por parte del autor. Es decir, no se trata de aquellos casos en que el agente desestima un riesgo concreto que ha conocido, sea porque lo considera erróneamente muy

⁴⁵ JAKOBS, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, ob. cit., p. 304. También en este sentido PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental* (Buenos Aires, 2011), pp. 648 ss.

⁴⁶ Véase entre otros KINDHÄUSER, *Gleichgültigkeit als Vorsatz*, ob. cit., pp. 345 ss.

⁴⁷ Esta equiparación es un problema en sí mismo, pues todo indica que la noción de *dolus indirectus* guarda más bien relación con un concepto procesal, es decir, con la prueba del dolo en los casos en que el instrumento o los medios de comisión del hecho no dejan espacio para alegar ausencia de dolo respecto de un cierto resultado. La concepción de Jakobs, en cambio, apunta a otra cosa y va mucho más allá, pues dice relación con una comprensión global de la imputación subjetiva como evitabilidad atribuible a un déficit de motivación.

menor o irrelevante (imprudencia), sea porque le da lo mismo que se realice (dolo eventual). Lo propio del *dolus indirectus* es una total prescindencia respecto de las consecuencias de la conducta: No puede decirse que el conocimiento de la situación sea deficiente, lo que ocurre es que desde un comienzo el agente *decide* –la mayor parte de las veces, implícitamente– no conocerla. Esa prescindencia respecto de las consecuencias de la conducta encuentra su explicación, por tanto, en un defecto de valoración y no en un conocimiento imperfecto.

Por eso, a quien prescinde voluntariamente y por completo de las consecuencias lesivas de sus actos, se le imputarán dichas consecuencias a título de dolo. En palabras del propio Jakobs: “Las consecuencias [de la conducta] se encuentran en un ámbito que el autor hace a un lado con su indiferencia, y este ‘hacer a un lado’ es un juicio sobre la totalidad de los factores orientadores en ese ámbito: lo que sea que pueda llegar al conocimiento del autor, se descarta anticipadamente como irrelevante para la decisión de actuar”⁴⁸.

El dolo como indiferencia sería, por lo tanto, una forma especialmente calificada de dolo y expresaría un particular desprecio por los bienes jurídicos y la vigencia de las normas elementales de convivencia cuya protección incumbe al derecho penal. Por lo tanto, el *dolus indirectus* no se encuentra en la frontera entre el dolo y la imprudencia, sino incluso “más allá” del dolo directo en cuanto a su gravedad o reprochabilidad.

Esto –que a mi juicio es crucial para comprender y ponderar la propuesta– queda de manifiesto al revisar el comentario crítico que Jakobs hace de la obra de Burchard sobre dolo y error. En términos muy esquemáticos, Burchard sostiene que es preciso “liberar” a la víctima de las “garras psicológicas” del autor del delito⁴⁹, es decir, dar primacía a la realidad de la forma en que ocurrieron los hechos por sobre las meras representaciones o su ausencia en la cabeza del agresor. Todo sujeto debe ser consciente de que, como ser humano, sus acciones siempre están expuestas al error. Esta conciencia de sus propias limitaciones debe marcar cualquier interacción con los demás. Este punto de vista le lleva a distinguir entre casos de “dolo a pesar del error” y de “dolo en virtud del error”. Una de las hipótesis características de esta última constelación serían los casos –como en su opinión ocurriría en el clásico *Rose-Rosahl*– en que “el autor se entrega a sí mismo y a sus congéneres al azar, de tal modo que la trampa mortal alcance a cualquiera que se acerque a ella”. En tales situaciones “deben también imputarse [a título de dolo, *v. W.*] aquellos cursos causales que no eran

⁴⁸ JAKOBS, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, *ob. cit.*, p. 308.

⁴⁹ BURCHARD, Christoph, *Irren ist Menschlich. Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen* (Tübingen, 2008), p. 198.

seriamente previsibles para el autor, ya que este ha olvidado o pasado por alto su propia falibilidad e impotencia en la configuración final del mundo exterior, elementos que han de marcar su relación con sus congéneres”⁵⁰.

Ante este planteamiento responde Jakobs que el punto de vista de Burchard parece convincente, pero “solo en aquellos casos en que el desconocimiento o la falta de previsión obedecen al *desinterés* del autor respecto del curso futuro de los acontecimientos”⁵¹. La decisión ha de ser, en cambio, “diferente en los casos de error en sentido estricto, esto es, de un desconocimiento que es desvalorado por el propio autor (y que es producto, por ejemplo, de la sobrecarga de trabajo, etc.)”⁵². Dicho de otro modo, solo podría hablarse de indiferencia como dolo allí donde el desconocimiento o la falta de previsión son la expresión de un defecto de valoración, es decir, de que el agente persigue sus fines con preferencia a la evitación de la realización típica, lo que se manifiesta en una total prescindencia respecto de las consecuencias de la conducta. El puro incumplimiento de un deber de prestar atención no es dolo.

Una adecuada comprensión de la indiferencia como dolo tiene abundantes consecuencias. Entre ellas está, por ejemplo, que la identificación de medidas de evitación de la realización típica adoptadas *ex ante* (i. e., antes de realizar la conducta) por el agente resulta incompatible con cualquier especie de dolo como indiferencia. Si las medidas de evitación son notoriamente deficientes respecto de la realización típica que se ha previsto, podría venir a cuento una hipótesis de dolo eventual, pero no una de dolo a causa de indiferencia.

La imputación de ciertos resultados a título de dolo con independencia de su previsión –e incluso de su previsibilidad– ha estado presente en la literatura y en la praxis chilena desde antiguo. Considerando su reciente revitalización⁵³, vale la pena mencionar algunas de sus principales manifestaciones históricas. Entre ellas se encuentran la idea de que el delito de homicidio no sería más que un delito de lesiones graves calificado por el resultado⁵⁴ y, particularmente, la recepción de la doctrina de Rodríguez Muñoz –y, más radicalmente aun, de Torío López–, quien sostenía una vigencia atenuada del *versari in re illicita* a partir del juego de las reglas que, en nuestro Código Penal, corresponden a los artículo 10

⁵⁰ BURCHARD, ob. cit., p. 502.

⁵¹ JAKOBS, Günther, Recensión a BURCHARD, ob. cit., en HRRS 10/2009 (*Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* <http://www.hrr-strafrecht.de>), pp. 456 ss. (p. 457).

⁵² JAKOBS, *Recensión*, ob. cit., p. 457.

⁵³ Referencias *supra*, n. 7.

⁵⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, “El delito de homicidio y la intención de matar”, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo VIII (1945), pp. 183-192.

Nº 8, 71 y 490 CP⁵⁵. Esta última doctrina nunca se ha impuesto formalmente en la praxis, pero son abundantes los casos en que se asumen sus consecuencias, como cuando la “imprudencia” o “negligencia” exigidas por los artículos 490 y 492 del Código Penal se identifican con la denominada “culpa infraccional” del derecho civil en la jurisprudencia relativa a accidentes de tránsito. El asunto es todavía más delicado, no obstante, allí donde no existe la figura imprudente, y la alternativa a la atribución del dolo no intencional es la atipicidad.

En un planteamiento que también desdibuja la frontera entre el dolo no intencional y la imprudencia, afirma Bustos que “[l]a estructura del dolo eventual es la del delito culposo”⁵⁶. Igual que en el caso de este último, sostiene, lo que el legislador castiga no es la generación de procesos dirigidos a afectar los bienes jurídicos, sino la generación de procesos riesgosos —o muy riesgosos— sin adoptar el cuidado requerido para la evitación de daños⁵⁷.

Sin embargo, en las hipótesis tratadas como dolo eventual estaría presente una *actitud* en cuya virtud “el sujeto cuenta con, o se decide, por la afección del bien jurídico”. Esta diferencia de actitud hace que el hecho sea más grave y justifica, según Bustos, que esta clase de culpa sea asimilada al dolo, pero solo en cuanto a las consecuencias punitivas, de modo que el hecho sigue siendo imprudente y por lo tanto, entre otras consecuencias, no hay tentativa ni intervención delictiva. Sin embargo, la asimilación produce un efecto enorme: derogar la regla del art. 10 Nº 13 CP, según la cual los hechos imprudentes no son punibles, salvo las excepciones legales. No hace falta insistir en el efecto expansivo de semejante conclusión, si se toma a la letra el planteamiento de este autor.

Un examen detenido de la plausibilidad de estas construcciones y, especialmente, de la atribución de dolo no intencional en los casos de ausencia de representación del resultado o de la realización típica como consecuencia evitable de la propia conducta, excede el marco de esta contribución. Pues para llevarlo a cabo habría que someter a prueba la idea fundamental que subyace a todos los planteamientos que califican ciertas formas de indiferencia como dolo, a saber, que lo que define al comportamiento doloso no es la predicción o anticipación de la realización típica, sino la presencia de un defecto de valoración, uno de cuyos efectos puede consistir precisamente —para hablar en términos gráficos— en que tal predicción o anticipación no tenga lugar. Esta idea fundamental puede tener

⁵⁵ Al respecto CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2020), pp. 475 ss.; REYES ROMERO, Ítalo, *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 Nº 8 del Código Penal*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 2014, pp. 238 ss.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, 2ª ed. (Santiago, 2007), I, p. 615; sobre el planteamiento de Bustos puede verse VAN WEEZEL DE LA CRUZ, “El dolo eventual...”, pp. 27 s.

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 616.

sentido, pero en todo caso se aparta en forma sustancial del consenso existente. Ciertamente es posible encontrar algunos planteamientos más bien aislados en la literatura (y algunos fallos en la jurisprudencia) que sacrifican la exigencia de concreción de la representación cuando el riesgo creado por el autor se considera particularmente elevado. Pero la doctrina dominante parece estar muy lejos de aceptar una imputación dolosa cuando no es posible atribuir al agente la previsión de la realización típica.

Esta resistencia parece adecuarse a la índole del asunto. La prescindencia de la representación –del “elemento intelectual” del dolo–, aunque sea en los casos en que resulta muy evidente la autorreducción de la persona a su propia voluntad particular, entraña un riesgo muy elevado de tratar a una persona actualmente desorientada como si no lo estuviera. Este riesgo es inherente a todo intento de construir el dolo como concepto de referencia y no como concepto referencial. Pero tampoco puede olvidarse que la controversia dice relación con el contenido de una regla de imputación, y la regla de imputación del dolo no tiene por qué construirse asumiendo una total opacidad referencial de las actitudes proposicionales⁵⁸. La alternativa es considerar un paradigma de *semi opacidad*, que permita afirmar la identidad de la intención mientras no varíe la intención de su objeto bajo alguna de las descripciones posibles del hecho⁵⁹. Bajo este paradigma pueden tener cabida tanto el error que libera de responsabilidad, como una autonomía personal abierta a la configuración de la totalidad de la vida, capaz de trascender el *hic et nunc*, y cuya contrapartida es la exigibilidad de una conducta acorde con una motivación predominante de respeto al derecho.

Por otro lado, es evidente que desde hace algunos años la literatura ha advertido la relevancia de la atribución del dolo sin constatar una intención de lesionar el bien jurídico, lo que aquí se ha denominado como dolo no intencional. Al

⁵⁸ Una regla de imputación que se limite a reflejar el estado mental del agente al momento de decidirse por la ejecución del comportamiento podría implicar una reducción de la personalidad a las coordenadas fácticas de orientación en un determinado momento. No es obvio que esto sea deseable o aceptable, incluso para el mismo acusado. En una sociedad genuinamente liberal el derecho se entiende con el sujeto racional, que es capaz de responder no solo por el aquí y ahora, sino conforme a la experiencia socialmente cristalizada acerca del funcionamiento del mundo. Esta es precisamente la base de su pretensión de libertad en la configuración de la totalidad de su propio plan de vida –en un futuro próximo y lejano–, y no solo del aquí y ahora.

⁵⁹ FREGE, Gottlob, “Über Sinn und Bedeutung”, citado según la reimpression contenida en FREGE, Gottlob (edición de G. Patzig), *Funktion, Begriff, Bedeutung. Fünf logische Studien* 6ª ed., (Göttingen, 2008), pp. 23 ss.; en tal sentido MOORE, Michael, “Intentions and Mens Rea”, en GAVISON, Ruth, *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart* (Oxford, 1987), pp. 245 ss. Sobre los problemas que esto a su vez plantea en derecho penal –conocido es el *dictum* de QUINE: “*intensions are creatures of darkness*”–, véase STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (Berlín, 2007), pp. 225 y ss.

mismo tiempo, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han dejado en claro que tampoco basta la infracción de una obligación de prever esa lesión. Esta tensión podría resolverse mediante una concepción del dolo que incluya ciertas formas de indiferencia. Pero también podría surgir una nueva categoría de imputación subjetiva asociada a la indiferencia, cuyas consecuencias punitivas coincidan en todo o parte con las que hoy se asignan al hecho doloso.

En síntesis:

- debido a las particularidades de nuestro derecho (ausencia de definición del dolo, *numerus clausus* en la punibilidad de la imprudencia, gran diferencia de régimen punitivo entre dolo y culpa), potenciadas por la complejidad de la administración de los riesgos en la sociedad actual, el dolo no intencional cumple una función clave;
- esta función ha consistido hasta ahora en abrir un gran espacio de discrecionalidad no sujeto a mayor control, o solo a un control igualmente discrecional;
- esta discrecionalidad se alimenta de la falta de claridad tanto en la determinación del contenido de la representación propia del dolo como en el significado de la expresión “aceptar” el resultado;
- en cuanto al contenido de la representación, cabe preguntarse si se mantendrá la idea de que la representación del autor doloso corresponde al *riesgo concreto de realización del tipo en la situación singular* en que despliega su conducta (como en el caso Transantiago), o si, en cambio, se presumirá la representación cuando esta debió imponerse por su propio peso a un sujeto como el agente; esto último implicaría correr el riesgo de abandonar el dolo como concepto referencial, tal como se observa en los planteamientos que caracterizan al dolo por la expresión de un defecto volitivo y no por un cierto contenido de representación;
- tanto la determinación del contenido de la representación como lo que cuenta como aceptación del resultado pueden estar condicionados por un acostumbraamiento necesario al riesgo, que se produce cuando el agente transgrede de un modo menos intenso ciertos límites del riesgo permitido que bien podrían haber sido definidos de otro modo;
- en el caso de la Sala Cuna, los tribunales afirmaron, aunque fuera hipotéticamente, la representación de la muerte como consecuencia de la conducta, pero no le dieron mayor importancia pues su argumento para descartar el dolo descansaba *supuestamente* en la ausencia del elemento volitivo;
- si el contenido de la representación es complejo de determinar, más todavía lo es la idea de “aceptación” del resultado. Aquí podría servir de ayuda el criterio de la confianza racional en la evitación. Pero este criterio es casi imposible de aplicar sin antes definir al menos si basta la confianza, o si, en cambio, el sujeto debe manifestar con hechos una voluntad incompatible con la aceptación;
- en este punto el caso es muy ilustrativo, pues la Corte Suprema estimó concurrente la representación de la muerte y, además, definió en principio la “aceptación” del

resultado –el elemento volitivo del dolo no intencional– como la mera continuación de la conducta peligrosa a pesar de la representación;
 – en estas condiciones, parece que todo conducía a afirmar el dolo no intencional, y sin embargo esto no ocurrió;
 – ¿por qué? Porque el criterio decisivo no estuvo en la determinación del contenido de la representación y de las manifestaciones externas de la voluntad, sino en el escrutinio de la actitud interna del agente, que se extrae ya no del hecho mismo sino del contexto y de una evaluación global del talante moral del sujeto. En este caso, la Corte no se convence de una actitud dolosa. ¿Y quién podría cuestionar o siquiera analizar racionalmente lo que queda oculto en el santuario de las convicciones internas de los juzgadores?

BIBLIOGRAFÍA

- BRENTANO, Franz, *Psychologie vom empirischen Standpunkt* (Leipzig, 1924).
- BURCHARD, Christoph, *Irren ist Menschlich. Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen* (Tübingen, 2008).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, 2ª ed., tomo I (Santiago, 2015).
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, tomo I (Santiago, 2015).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2020).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., tomo I (Santiago, 1998).
- FREGE, Gottlob, „Über Sinn und Bedeutung“, citado según la reimpresión contenida en Frege, G. (edición de G. Patzig), *Funktion, Begriff, Bedeutung. Fünf logische Studien*, 6ª ed. (Göttingen, 2008).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., tomo II (Santiago, 2009).
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo, “Muerte por un instrumento letífero”. STOP de San Miguel (6°), 3.09.2013, RIT N° 322-2013, en VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, 2019), pp. 475-494.
- HASBÚN LÓPEZ, Cristóbal, “El dolo cognitivo y su incipiente registro en la dogmática y jurisprudencia nacional”, en *Revista Perspectiva Penal Actual* N° 4 (2016), pp. 39-67.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Art. 1°”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General* (Santiago, 2011).

- IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal, “El dolo no intencional en la jurisprudencia superior chilena (1900-2018)”, citado *pro manuscripto*.
- JAKOBS, Günther, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *RW Heft 3* (2010), pp. 291 ss.
- _____, Recensión a BURCHARD, “Irren ist Menschlich. Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen” (Tübingen, 2008), en HRRS 10/2009 (*Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* <http://www.hrr-strafrecht.de>), pp. 456 ss.
- _____, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlín, 1991).
- KANT, Immanuel, “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis” (Hamburg, 1992).
- KINDHÄUSER, Urs, “Gleichgültigkeit als Vorsatz”, en ARNOLD *et al.* (eds.), *Festschrift für Albin Eser* (München, 2005), pp. 345 ss.
- _____, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7ª ed. (Baden-Baden, 2017).
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín, 1997).
- KRAUSE MUÑOZ, Soledad, “Caso Cinta adhesiva y la no aceptación de la muerte”. SCS, 2/07/2009, rol N° 3970- 2008, en: VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos Destacados de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2015), pp. 105-112.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, “Comentario a SCS 24.IX.2007, rol 1719-2007”, en VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos destacados de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2015), pp. 223-264.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho*, vol. XXIV, N° 1 (julio 2011), pp. 87 y ss.
- MIR PUIG, Santiago, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en JIMÉNEZ VILLAREJO, José (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Madrid, 1995), pp. 11 y ss.
- MOORE, Michael, “Intentions and Mens Rea”, en GAVISON, Ruth, *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart* (Oxford, 1987).
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., tomo I (Santiago, 2015).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “El delito de homicidio y la intención de matar”, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo VIII (1945), pp. 183-192.
- OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena, “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”, en *Ius et Praxis, Universidad de Talca*, año 14, N° 1 (2008), pp. 49-86.

- _____, “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, en *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, Semestre I (2010), pp. 415-457.
- OXMAN VILCHES, Nicolás, “El dolo como adscripción de conocimiento”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27 (2019), art. 12, pp. 441-467 [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28A12.pdf>].
- PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, 6ª ed. (Torino, 2016).
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental* (Buenos Aires, 2011).
- PUPPE, Ingeborg, „Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz“, en *JR 7/2018*, pp. 323-327.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, 1999).
- REYES ROMERO, Ítalo, *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 N° 8 del Código Penal*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile (2014).
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht* (Berlín, 2007).
- WEEZEL DE LA CRUZ, Alex van, “Desconocimiento como expresión de sentido”, en FERNÁNDEZ CRUZ, J. A. (coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal, Actas de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valdivia, 2007* (Santiago, 2008), p. 359-367.
- _____, “El dolo eventual como espacio de discrecionalidad”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7 (2011), pp. 23-52.
- _____, *Error y mero desconocimiento en derecho penal* (Santiago, 2008).