



# EL DOLO COMO TÉRMINO DISPOSICIONAL

Una aproximación a esta teoría y su impacto en la prueba en el  
proceso penal

Tesina de pregrado – Escuela de Derecho

Autor: Matías Jeria Arriagada

Profesor guía: José Luíz Guzmán Dalbora

Marzo, 2020

## ÍNDICE

- Introducción .....	5
----------------------	---

### **CAPÍTULO PRIMERO: EL DOLO ENTENDIDO COMO TÉRMINO DISPOSICIONAL EN GENERAL**

1) Análisis de los términos disposicionales y los conceptos tipo	6
a) Los conceptos tipo en el Derecho .....	6
b) El problema de los términos disposicionales .....	11
c) Virtudes y disposiciones .....	17
2) El dolo entendido como término disposicional ¿Verificación o atribución?	23
a) La tesis de Winfried Hassemer .....	24
b) El dolo como término disposicional de Mylonopoulos .....	27
3) Relación y diferencias de esta concepción con la presunción de dolo y el <i>dolus ex re</i>	32
a) La figura de la presunción de dolo .....	32
b) El <i>dolus ex re</i> y la relación de estas figuras con el dolo como término disposicional ...	36

### **CAPÍTULO SEGUNDO: TÉRMINOS DISPOSICIONALES Y TEORÍAS SOBRE EL DOLO**

1) Las principales teorías sobre el dolo y la concepción disposicional	41
a) Las teorías de la representación .....	41
i) Teoría de la posibilidad .....	43
ii) Teorías de la probabilidad .....	43

b) Teorías de la voluntad .....	46
i) Teoría de la aprobación o consentimiento .....	47
ii) Teoría del sentimiento o de la indiferencia .....	49
iii) Teoría de la decisión o actitud .....	49
iv) Teoría de la indiferencia como dolo indirecto .....	51
c) Mirada disposicional a las más importantes de estas teorías .....	53
2) Sobre el conocimiento como único elemento del dolo – Las teorías de Frisch, Jakobs y Ragués.	55
a) La mirada de Jakobs .....	55
b) Frisch .....	59
c) Ragués i Vallès .....	64
3) Breve referencia a la concepción psicológica y el enfoque normativo del dolo	69
i) Concepción psicológica del dolo .....	69
ii) Concepción normativa del dolo .....	72

### **CAPÍTULO TERCERO: ¿QUÉ QUEDA DE CONTENIDO PSÍQUICOS EN EL DOLO COMO TÉRMINO DISPOSICIONAL?**

1) Breve referencia a los indicadores como medio probatorio	78
a) Los indicadores en términos generales .....	78
b) Algunos indicadores en particular .....	80
c) Crítica al empleo de ciertos indicadores – Necesidad de vinculación con el hecho por juzgar .....	82
2) La relevancia del sentido social de la conducta	85
a) La teoría de la acción comunicativa de Habermas .....	85

b) El sentido social de la conducta desde la perspectiva funcionalista .....	90
c) Breve referencia a las teorías sociales de la acción - Impacto de la teoría de la acción significativa en el dolo como término disposicional .....	93
3) Conclusiones.....	99
- Bibliografía .....	104

## **RESUMEN**

Un elemento tan crucial de la teoría del delito como lo es el dolo se aleja de ser una figura libre de discusión hoy en día. Este trabajo pretende esbozar la fructífera discusión que se ha dado en torno a la naturaleza del dolo y su contenido, pero desde una mirada que ha sido propuesta recientemente por algunos autores; entendiendo el dolo como un término disposicional. Para tal efecto, se pasa revista sobre qué son los términos dispocionales y qué supone entender el dolo como un término disposicional, para a continuación analizar las diversas teorías sobre el dolo, siempre desde un enfoque disposicional, para finalmente hacer referencia a la teoría de la acción en lo referido a su aspecto significativo, lo que va de la mano con esta forma de ver el dolo.

**Palabras clave:** dolo – término disposicional – acción comunicativa – normativización

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del Derecho penal, la imputación subjetiva ha sufrido numerosos cambios de paradigma: el dolo que se ubicaba inicialmente en la culpabilidad, luego fue comprendido dentro del tipo; de ser un dolo normativizado pasó a tener una base psicológica, para luego volver a ser normativizado; el dolo usualmente comprendido como conocimiento y voluntad ha pasado a ser comprendido sólo como conocimiento e, incluso, se ha dejado de lado el efectivo conocimiento en algunas teorías. Estas discusiones, algunas ya superadas y otras aún vigentes, no han permitido que el desarrollo del dolo siga una sola vía, por lo que su evolución ha avanzado por distintos frentes, siempre con una forma distinta de concebirlo.

Este trabajo no pretende resolver de una vez por todas la discusión que se da en torno al dolo, si no que busca presentar una teoría que no ha sido desarrollada en nuestro medio, y que resulta interesante por sus fundamentos filosóficos, por su impacto en el proceso penal, y porque deja de lado paradigmas que, aunque discutidos, hoy en día son, en general, aceptados.

Comprender al dolo como un término disposicional supone comprender qué son los *términos disposicionales* como concepto filosófico, y aplicar a esta figura aquellas características que identifican a este tipo de términos, para luego ver de qué forma nos puede ser útil para nuestra teoría del delito o, al menos, para nuestro juicio respecto a la concurrencia de dolo en una determinada conducta. Por lo desconocido del concepto de *términos disposicionales*, dedicaremos un capítulo completo a su análisis, y en el mismo plasmaremos al dolo entendido como tal. Sin embargo, el análisis no puede ser tan escueto. Nos enfocaremos en las discusiones que se han dado en torno al dolo desde la perspectiva disposicional, y veremos qué queda de ellas al ser revisadas bajo nuestro prisma, como también qué nos puede resultar útil de éstas.

Por último, sin adelantarnos mucho al problema, diremos que la concepción disposicional del dolo tiene una importante relación con el aspecto comunicativo y significativo de la acción, lo que será revisado en el último capítulo de este trabajo.

# CAPÍTULO PRIMERO

## EL DOLO ENTENDIDO COMO TÉRMINO DISPOSICIONAL EN GENERAL

### I) Análisis de los términos dispocicionales y los conceptos tipo.

#### a) Los conceptos tipo en el derecho

En la ciencia y la praxis jurídica contamos con un sinnúmero de conceptos, los cuales dan lugar a procesos de interpretación de diversa índole, y que terminan siendo entendidos y aplicados de las maneras más variadas. Un asunto importante aquí se refiere a la abstracción de los mismos conceptos, y como llevarlos al caso concreto, lo que se realiza comúnmente mediante un procedimiento de subsunción, pues el concepto debe ajustarse en su totalidad al supuesto de hecho. La mayoría de las veces, los conceptos jurídicos se corresponden con lo “normal”, entendido en el sentido de lo que comúnmente percibimos en nuestra vida social, lo que en algún momento puede producir un distanciamiento de la situación particular del caso concreto que se nos presenta. Así, estos conceptos comúnmente responden a “concepciones normales del entorno social, sin coincidir exactamente con ellas”<sup>1</sup>, y es que sabemos que la realidad se muestra compleja, no cabe exactitud jurídica ante ella, pues el Derecho solo entra a regular situaciones generales, y lo más común dentro de lo particular, aquello que se podría considerar “lo típico”, lo que da lugar a que las cosas puedan darse “más o menos”, y no solo se pueda dar una presencia o ausencia de la cuestión en discusión, pues “la vida oscila en un determinado ámbito de posibilidades”<sup>2</sup>. “Las tesis y juicios se formulan dentro de ciertos márgenes de posibilidad y nunca de un modo exacto, sino más

---

<sup>1</sup> Engisch, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*, Estudio preliminar de Juan José Gil Cremades, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pág. 30.

<sup>2</sup> Ídem, pág. 26. La misma idea se encuentra en Radbruch, para quien “la vida conoce sólo matices difusos, pero el concepto pone severos límites a lo largo de tales gradaciones. Donde la vida muestra sólo un “más o menos”, el concepto exige una decisión entre “esto o aquello”. Véase su *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2011, Traducción y notas por José Luís Guzmán Dalbora, pág. 199.

bien, de un modo aproximadamente adecuado”<sup>3</sup>. De esta forma, cuando pretendemos que algunos conceptos jurídicos agoten los supuestos que se presentan en la vida en sociedad, muchas veces resultará en un ejercicio infructuoso, ya por su excesiva abstracción o por tratarse de conceptos que se refieren a contenidos psíquicos que realmente no podemos conocer si existieron dentro de la mente de un individuo.

Cuando hablamos de conceptos, debemos distinguir entre conceptos clasificadores y conceptos ordenadores. Los conceptos clasificadores “están formados por elementos que solo cabe atribuir o denegar a un fenómeno individual; en cambio, los conceptos ordenadores contienen propiedades graduables, cualidades que se pueden adjudicar a un fenómeno individual en una medida variada, en mayor o menor grado”<sup>4</sup>, y no a la manera de “todo o nada”. Los primeros no buscarían “comprender” el contenido de los mismos, sino “delimitar”, excluir de su esfera otros contenidos<sup>5</sup>, en otras palabras, tienden a simplemente mostrar qué abarca el concepto, qué queda dentro de él y qué no, por lo que los conceptos de clasificación son separados entre sí mediante límites claramente definidos. En cambio, los conceptos ordenadores son empleados de manera comparativa, poniendo en relación distintos fenómenos, ordenándolos jerárquica o progresivamente, lo que les permite abordar de mejor manera los matices difusos que los conceptos clasificadores zanja con violencia<sup>6</sup>.

De esta forma, al aspirar a una ciencia jurídica con mejores resultados, que tienda a lo concreto y donde la verdad procesal coincida la mayor parte del tiempo con los hechos mismos, se debe propender al empleo de conceptos ordenadores, que suponen una idea más ajustada a la realidad, y que nos permiten un mayor acercamiento a los hechos de la vida social en su verdadera naturaleza. Una forma de conceptos ordenadores son los conceptos de tipos, los cuáles son contruidos escogiendo determinados fenómenos especialmente característicos, puros o clásicos, para medir con ellos los restantes fenómenos<sup>7</sup>. Los conceptos tipos serían nociones que designarían determinados objetos suficientemente delimitados, cuya característica es que se repiten, y, aunque tienen distintas formas de presentación, tienen siempre una estructura general que se mantiene, lo que les permite

---

<sup>3</sup> Engisch, op. cit., pág. 26.

<sup>4</sup> Radbruch, op. cit., pág. 200.

<sup>5</sup> Ídem, pág. 199.

<sup>6</sup> Ídem, pág. 200.

<sup>7</sup> Ídem, pág. 201.

acercarse de una mejor manera a los hechos de la realidad, no con la intención de que sean exactamente correlativos, sino con una pretensión de generalización basada en una cierta estructura, la que puede satisfacerse en menor o mayor medida, aunque “con todo, estos tipos no concuerdan necesariamente con un fenómeno individual; al contrario, ellos son por lo común imágenes construidas que reúnen, con arreglo a ciertos criterios, propiedades esenciales de diversos fenómenos particulares<sup>8</sup>, por lo que no buscan en absoluto representar conocimientos de la realidad, sólo pretenden ser medios para el conocimiento de los reales fenómenos individuales.

Los conceptos tipo deben ser distinguidos de los conceptos jurídicos generales, las categorías y las clases. Los conceptos jurídicos generales son aquellos que atraviesan diversas ramas del ordenamiento jurídico, teniendo un mismo sentido o contenido para todas éstas. Se dice que “el concepto general, en virtud de su potencialidad representa todos los objetos singulares posibles que en él se contienen, mientras que el tipo representa tan solo objetos actualmente reales o que han sido al menos reales”<sup>9</sup>. Esto supone, que al denominar algo como “típico”, señalamos, en caso de un tipo medio o frecuente, que las propiedades en cuestión se dan común o frecuentemente en este o aquel grado, pero que también pueden darse en escasa medida o incluso faltar totalmente. Por el contrario, en el concepto general sus notas afectan a todos los objetos y fenómenos bajo él subsumibles, de tal modo que las notas en cuestión se encuentran siempre<sup>10</sup>. A su vez, se les distingue de las categorías ya que en éstas “las cuestiones de subsunción se plantean de tal manera que para ellas solo hay un sí o un no como respuesta. Mientras que allí donde nos las habemos con tipos, con límites rebasables y con fluidas transiciones, se dan dudas bien fundadas sobre la inclusión en él de un objeto determinado; el objeto se corresponde “hasta un cierto grado”<sup>11</sup>. Al trazar la distinción entre el concepto de “clase” y el de “tipo”, se dice que “mientras que las propiedades de los objetos que la experiencia nos ofrece se relacionen entre sí continuamente, sin limitaciones estrictas, por medio de una serie continua de posibles formas intermedias, los conceptos científicos llevan a cabo su función conforme a formas estrictas, trazan límites estrictos allí donde se dan transiciones fluidas y no pueden conducir nunca a una exposición adecuada a nuestra

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Engisch, *op. cit.*, pág. 421.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Ídem*, pág. 423.

experiencia con su variada continuidad”<sup>12</sup>. En cambio, “una propiedad puede afectar a un objeto en mayor o menor grado”<sup>13</sup>. Con base en los conceptos tipo, se puede aprehender conceptualmente las graduaciones y transiciones fluctuantes dentro del ámbito de nuestra experiencia.

Pasemos a abordar, según Engisch, algunos de los diversos “tipos”.

1) Tipo real: tipo entendido como “el principio estructurador unitario capaz de regir la pluralidad de las formas, es el “plan” conforme al que se unen los diversos miembros en el todo de la organización, el “prototipo”<sup>14</sup>. Este tipo se referiría a una ordenación que sirve de estructura para los fenómenos que se presentan, y este orden, además, es uno de carácter real. Aquí “el tipo sería una abstracción, pero de tal especie que se refiere a un orden hallado previamente en la naturaleza”<sup>15</sup>. Se considera también afín al tipo cercano a la realidad cuando éste aparece como “tipo empírico”, “tipo real”, “tipo medio” o “tipo frecuente”. El tipo medio se considera “como lo característico para la media de un grupo de cosas u acontecimientos”<sup>16</sup>. Pero se considera a éste más alejado de la realidad que el tipo frecuente o empírico, “aquel que se obtiene por abstracción de las notas comunes que ofrece la mayoría de los casos singulares”<sup>17</sup>. Referido a lo que normalmente ocurre, lo que es característico, propio de una situación u objeto. Por último, podemos encontrar el tipo en contacto con la vida: éste tiene en cuenta “los diversos grados de intensidad y matizaciones con que pueden mostrarse notas en un grupo de objetos”<sup>18</sup>. Aquí los tipos “se adaptan a la variabilidad y graduabilidad de las notas, así como a la transición lenta de una u otra especie”<sup>19</sup>. Este enfoque sobre los “tipos” presta atención a la diferencia entre conjuntos “delimitados” y “fluidos” siendo los tipos representativos parte de éstos últimos. Los delimitados serían “aquellos de cuyas definiciones puede concluirse qué objetos le corresponden”<sup>20</sup>, mientras

---

<sup>12</sup> Ídem, pág. 424.

<sup>13</sup> Ibídem.

<sup>14</sup> Ídem, pág. 418.

<sup>15</sup> Ídem, pág. 419.

<sup>16</sup> Ídem, pág. 420.

<sup>17</sup> Ibídem. Jellinek comenta sobre el tipo empírico: “el tipo empírico es una figura del ser, y la realidad, obtenida merced a la extracción de los elementos comunes que ofrecen la gran mayoría de los casos individuales”. Citado por Radbruch, op. cit., pág. 203.

<sup>18</sup> Engisch, op. cit., pág. 422.

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Ibídem.

que los “fluidos” *sensu contrario*, no permiten ordenar y señalar específicamente que objetos son parte de éstos.

ii) Tipo vinculado a la percepción inmediata: aquí el tipo solo se deja abarcar mediante una percepción. Se emplea mayoritariamente en el ámbito de las ciencias naturales, donde se mantiene en el plano de lo perceptible, siendo el producto de una “abstracción comparativa que parte de una percepción”<sup>21</sup>.

iii) Tipo como imagen total: el tipo sería un todo compuesto por notas, un universal concebido como un todo<sup>22</sup>. Tiene una estrecha relación con el tipo vinculado a la percepción inmediata, ya que en la medida que los tipos son totalidades, “su captación es también una “intuición”, en el sentido de simple constatación de su totalidad aún no desarticulada”<sup>23</sup>.

iv) El tipo específico: donde encontramos al tipo ideal. Se dice que “el uso de tipos ideales hace posible comprender fenómenos sociales o históricos concretos a través de la comparación entre el tipo ideal y el fenómeno concreto”<sup>24</sup>, por lo que serían “medios del conocimiento, puros conceptos delimitadores de carácter ideal, de los cuáles se mide la realidad que se compara con ellos”<sup>25</sup>. Los tipos ideales serían conceptos límite que no se materializan de forma exacta o completa en el mundo real, los que tendrían un carácter valorativo<sup>26</sup>, “son figuras del deber ser y el valor”<sup>27</sup> y que, además, sólo son válidos para explicar eventos particulares y no un conjunto de éstos<sup>28</sup>. Este tipo ideal no se concibe arbitrariamente, sino que “se construye en función de manifestaciones empíricas”<sup>29</sup>, apuntando hacia lo específico más que a lo genérico y a lo concreto en cuanto lo específico.

En general, los “tipos” presentan un carácter abierto, pues respecto de éstos no puede señalarse una especie de catálogo o requisitos que deben satisfacerse para que haya una cierta

---

<sup>21</sup> Ídem, pág. 431.

<sup>22</sup> Ídem, pág. 432.

<sup>23</sup> Ídem, pág. 433.

<sup>24</sup> De Donato, “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales”, en *Diánoia*, vol. LII, N° 59, noviembre 2007, pág. 156.

<sup>25</sup> Radbruch, op. cit., 204.

<sup>26</sup> Engisch, op. cit., pág. 52. Para una profundización de los diversos “tipos” según Larenz, véase Engisch, op. cit. págs. 52-54.

<sup>27</sup> Radbruch, op. cit., pág. 203.

<sup>28</sup> De Donato, op. cit., pág. 156.

<sup>29</sup> Engisch, op. cit., pág. 441.

correspondencia<sup>30</sup>, y, por el contrario, si tratáramos de fijar aquellas notas que constituyen el tipo, lo convertiríamos en un “tipo cerrado”, el que podría brindarnos mayor certeza y seguridad jurídica, pero una aproximación en un menor grado a la realidad<sup>31</sup>.

#### b) El problema de los términos disposicionales

Cuando decimos que una persona es “avara” o “codiciosa”, no estamos diciendo que en ese momento el individuo “está siendo avaro” o “está siendo codicioso”. Lo que realmente decimos es que, en determinadas circunstancias, el sujeto tenderá a comportarse de una determinada manera, ya que no hay una conducta específica que se asocie con alguien a quien se atribuye tal cualidad, sino que “hay un amplio espectro de acciones y reacciones diferentes predecibles a partir de la descripción de alguien como “codicioso”<sup>32</sup>.

De esta forma, cuando usamos determinadas palabras para describir ciertos patrones de conducta, propiedades o cualidades, el común de los individuos no sabe que lo que realmente designamos no son episodios ni hechos acaeciendo, sino disposiciones<sup>33</sup>. Estas disposiciones no serían eventos o acciones que pueden ser percibidos ni demostrados empíricamente, sino que se trataría de tendencias a actuar, las que dan lugar a la probabilidad de que un evento ocurra en el futuro, y que podemos entender como capacidades, inclinaciones o impulsos que indican la probabilidad de una actuación, basándonos en nuestro conocimiento obtenido por la experiencia. La distinción nos muestra que, por ejemplo, si decimos que X es un tramposo -no que está haciendo trampa-, no decimos que él en este momento está “siendo tramposo”, decimos que ante determinadas circunstancias, tal propiedad tenderá a manifestarse, es decir, que si a X se presenta la oportunidad de hacer trampa en algo, lo hará. Se trata de “palabras de aptitud” que podemos emplear para predecir reacciones de objetos o personas a los cuales se atribuye determinadas propiedades (disposiciones). Cuando hablamos de una disposición, nos referimos a un grupo de situaciones o eventos psicológicos que no pueden definirse como acciones u ocurrencias, sino como una capacidad, propensión, aptitud, idoneidad o

---

<sup>30</sup> Ídem, pág. 55.

<sup>31</sup> Engisch, op. cit., pág. 55. Sobre este punto, muy claro es Radbruch, quien dice que “el carácter clasificador de la ciencia jurídica se basa en la exigencia de seguridad jurídica. Si la teoría tradicional del Derecho tuvo en gran parte que renunciar, en virtud de la seguridad jurídica, a la consideración individualizadora de la situación concreta, de aquí en adelante esta exigencia, tras la desvalorización de la seguridad jurídica, ocupa el primer lugar en el pensamiento jurídico”. Véase op. cit., pág. 210.

<sup>32</sup> Ryle, *El concepto de lo mental*, Barcelona, Paidós, 2005, pág. 137.

<sup>33</sup> Ídem, pág. 135.

tendencia<sup>34</sup> a reacciones, en particular, bajo ciertas circunstancias o cumplidas ciertas condiciones. En otras palabras, las disposiciones “no describen ningún acontecimiento, sino que contienen un enunciado sobre lo que pasaría o podría pasar si las personas o la cosa que tiene la propiedad disposicional se encontrase en un estado determinado”<sup>35</sup>. Cuando predicamos una disposición respecto de un objeto, no describimos propiedades obvias ni relaciones que puedan ser objeto de observación directa, sino tendencias internas que no se refieren a objetos del mundo externo. La disposición en sí no puede ser observada, sino sólo sus síntomas, las formas en que se expresa, de manera que el predicado hipotético es cierto cuando la propiedad se manifiesta.

Contemporáneamente se contrastan las propiedades disposicionales con las propiedades categóricas. Éstas se distinguirían en base a la forma en que se definen unas y otras. Las propiedades disposicionales “se definen esencialmente en subjuntivo, en términos de lo que podría acaecer en ciertos casos mejor o peor especificados a los objetos a que se aplican; mientras que las propiedades categóricas se definen en términos de lo que acaece realmente a esos objetos”<sup>36</sup>. Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía*, refiriéndose a conceptos como “disposición” y “disposicional”, nos dice que una disposición es un predicado de realidades, que se atribuye a una realidad en el sentido de que se presume que la misma podrá oportunamente manifestar este predicado, pero también lo entiende como una propiedad designada por términos disposicionales, como “soluble” o “irrompible”<sup>37</sup>. Para él, los términos disposicionales designan determinadas cualidades inherentes en un objeto, aunque éstas no han sido manifestadas aún. El mismo autor, luego de explicar variadas concepciones de lo que se entiende por “términos disposicionales” y “disposiciones”, señala que una manera de entender las “disposiciones” es que serían “extensiones de propiedades reales, pudiéndose hablar entonces de distintos grados de realidad y de distintos grados de disposicionabilidad”<sup>38</sup>. Esto quiere decir, que al atribuir una disposición a una persona, objeto, animal o hecho, no decimos que alguno de éstos posee una propiedad específica, que

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Mylonopoulos, *Dogmática penal en un contexto internacional*, B de F, Buenos Aires, 2017, pág. 34.

<sup>36</sup> García-Carpintero, *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 136.

<sup>37</sup> Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 4 vols., Barcelona, Ariel, Barcelona, 15ª ed., 1999, t. I, cfr., pág. 920.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

se manifestará necesariamente ante determinadas circunstancias, ya que la disposición a la que hacemos referencia, puede manifestarse en diferentes grados, en base a qué tanto se corresponda la propiedad disposicional en las reacciones del objeto.

Para Mylonopoulos, “se trata de un enunciado que no puede expresarse sino mediante una frase condicional, que por su parte implica un juicio de probabilidad. En ese sentido se dice que cada enunciado disposicional contiene un enunciado sobre una probabilidad inductiva. La idea principal inherente a la teoría de los términos disposicionales es que la adscripción de una disposición requiere el uso de un *condicional*, que por su parte incluye un pronóstico”<sup>39</sup>, es decir, la aptitud de un objeto de causar cierto resultado está intrínsecamente unido a una predicción -aunque no absoluta-, a una forma de manifestación futura. Se trata de proposiciones hipotéticas: su existencia o conformidad es aceptada cuando el predicado hipotético se comprueba mediante la manifestación empírica.

Si decimos que X sabe tocar guitarra, estamos diciendo que si proporcionamos una guitarra a X, éste sabrá qué hacer con ella, y tocará. Así, podemos decir que “el normal uso de conceptos disposicionales envuelve alguna noción de lo que ha de ser la manifestación de un poder o capacidad como así también las circunstancias bajo las cuales ha de manifestarse”<sup>40</sup>. Siguiendo esta línea, nosotros podríamos adscribir un predicado disposicional a un objeto o persona, el que tiene un carácter condicional, y éste se podrá comprobar hipotéticamente ante determinadas circunstancias de hecho, y además no de una manera de “todo o nada”, sino al modo de “más o menos”, es decir, en un sentido graduable. Mylonopoulos dice que “las disposiciones no son simples descripciones de una cosa o de una persona. No describen resultado alguno, sino que contienen un enunciado sobre lo que puede suceder o podría haber sucedido cuando el objeto (o la persona), es decir, aquello a lo que pretendemos atribuir la concreta propiedad disposicional, reacciona o se lo somete a determinadas condiciones”<sup>41</sup>. Por ello, se trata de enunciados con un carácter hipotético, en base a predicciones estadísticas, lo que supone que “atribuir una disposición significa predecir lo que una persona o una cosa, en determinadas circunstancias, puede hacer o hará. En ese sentido, puede afirmarse que las

---

<sup>39</sup> Mylonopoulos, op. cit., pág. 12.

<sup>40</sup> Guirardo, “Metafísica disposicional y monismo neutral”, en *Mutatis Mutandis: Revista Internacional de Filosofía*, N°3, diciembre de 2014, pág. 13.

<sup>41</sup> Mylonopoulos op. cit., pág. 11.

disposiciones no son aprehensibles por los sentidos, sino que contienen un pronóstico, el que tiene carácter inductivo y no deductivo, y que es producto de nuestra experiencia acumulada”<sup>42</sup>.

Por ello, las disposiciones al no ser hechos y no designar conceptos, no pueden ser objeto de definiciones explícitas completas, no pudiendo satisfacer el principio de eliminabilidad, es decir, que un objeto puede corresponderse en mayor o menor medida con la disposición; no es aplicable en términos de todo o nada. A partir de esto, se distinguió entre elementos del lenguaje teórico y del lenguaje observacional. Los primeros se refieren a entidades y eventos científicos inobservables, mientras que los segundos designan relaciones y propiedades de objetos, sucesos y procesos científicos observables<sup>43</sup>. Los términos del lenguaje teórico no son comprensibles por sí mismos, y se proyectan a nivel del lenguaje observacional por medio de reglas de transformación que expresan la correspondencia entre los enunciados del lenguaje teórico y los del lenguaje observacional<sup>44</sup>.

La manera en que relacionamos los elementos del lenguaje teórico y del lenguaje observacional consiste en un juicio de adscripción en que juegan un papel “la observación de la realidad y de determinados principios basados en la experiencia que nos permiten derivar la existencia de la disposición a partir de las reacciones del objeto (o las llamadas reglas de correspondencia)”<sup>45</sup>. Las reglas de correspondencia nos permiten poner en relación ambos tipos de lenguaje, de manera que si empleamos un determinado concepto del lenguaje teórico, éste debe proyectarse al nivel del lenguaje observacional poniéndolos en relación en base a determinadas reglas de correspondencia. Y es que solo los términos del lenguaje observacional son completamente interpretados, ya que se trata de elementos que pueden ser directamente observados; en cambio, los elementos del lenguaje teórico contienen predicados que no pueden ser objeto de observación. Estos últimos deben ser correlacionados con la experiencia mediante el uso de reglas que conecten ciertos predicados del lenguaje teórico

---

<sup>42</sup> Ídem, págs. 11-12.

<sup>43</sup> Mondragón, “La distinción metodológica entre el lenguaje teórico y el lenguaje observacional: Un análisis epistemológico” en *Andamios*, vol. 13, N°31, mayo-agosto de 2016, cfr., pág. 38.

<sup>44</sup> Mylonopoulos, op. cit., págs. 32-33.

<sup>45</sup> Ídem, pág. 11.

con expresiones del lenguaje observacional. Mediante la aplicación de estas reglas, los elementos teóricos son ilustrados en términos del lenguaje observacional.

Pero no sólo se requieren reglas de correspondencia; se necesitan también los llamados “indicadores”, que son “los elementos del lenguaje observacional a través de los cuales se proyectan términos teóricos aplicando las reglas de correspondencia, puesto que indican la existencia de la disposición”<sup>46</sup>. Estos indicadores consisten en respuestas y reacciones del objeto que sean directamente observables, las que son recogidas y puestas en relación con el predicado disposicional, evaluando la expresión de éste en el objeto en base a estas reglas de correspondencia<sup>47</sup>. Los indicadores serían reacciones observables y formas de comportamiento del objeto que nos provee una manifestación o no de determinada disposición, mediante la aplicación de reglas de correspondencia. De esta forma, para atribuir una disposición se requiere: i) la observación y verificación de circunstancias empíricas, las que nos permitirán ver reacciones del objeto, y ii) conocimiento de las reglas de correspondencia, las que, relacionadas con las reacciones del objeto conocidas mediante la observación de las circunstancias, nos permiten afirmar la concurrencia de la correspondiente disposición<sup>48</sup>. Así, los términos disposicionales son conceptos únicamente susceptibles de aplicar mediante un procedimiento inductivo, y para ser utilizados operativamente requieren la presencia de indicadores, como también de reglas de correspondencia, ya que “las manifestaciones de una disposición no representan verdades lógicas que puedan deducirse lógicamente del término disposicional, sino que tan solo pueden ser verificadas, confrontándolas con la realidad”<sup>49</sup>. La correspondencia entre estos dos tipos de lenguaje no puede operar sin condiciones observables, las disposiciones sólo se pueden concluir cuando se manifiestan en datos empíricos mediante términos observacionales.

Respecto al tipo de relación que puede haber entre los términos del lenguaje observacional y del lenguaje teórico, es posible adoptar diferentes fórmulas. La intelección canónica o tradicional de las disposiciones se funda en la siguiente idea: un objeto X tiene la disposición D a instanciar una propiedad categórica M bajo condiciones C, si y solo si X instanciase M

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> *Ídem*, pág. 33.

<sup>49</sup> *Ídem*, págs. 34-35.

si se dieran efectivamente las condiciones C<sup>50</sup>. Acá se adopta una perspectiva que compromete la veracidad de la atribución de la disposición a lo que sucedería o habría de suceder, pero aún no ha sucedido<sup>51</sup>. En respuesta a lo anterior, se ha sostenido que las disposiciones “son propiedades actuales de las cosas (propiedades tan reales como su color o forma)”<sup>52</sup>, mientras que al mismo tiempo se descarta un análisis puramente condicional. Se trataría de “instancias reales de propiedades que proporcionan posibilidades en lugar de ser formas abreviadas de hablar de ciertas combinaciones de eventos”<sup>53</sup>. Esta manera de entenderlos supone aceptar que la existencia de una disposición es independiente del hecho de darse las condiciones necesarias para ello, o de que el objeto reaccione ante éstas, pues “lo que permanece en el plano potencial es la manifestación de la disposición, no la disposición misma”<sup>54</sup>. Esta última es una teoría realista que concibe las disposiciones como propiedades actuales de las cosas, y cuya realidad aparece cifrada en la existencia de las condiciones bajo las cuales deben producir sus efectos<sup>55</sup>, es decir, “considera los objetos del conocimiento como algo dado, cuyas estructuras reales operan independientemente de nuestro conocimiento, nuestras experiencias y de las condiciones que nos permiten acceder a éstos”<sup>56</sup>. En cambio, una teoría antirrealista refutará la anterior afirmación diciendo que es imposible brindar un listado completo de las condiciones de estímulo que se encuentran asociadas (necesaria y suficientemente) a esas manifestaciones, no hay claridad sobre las circunstancias que podrían aparecer plausiblemente consignadas bajo ese término<sup>57</sup>. A su vez, critican su método, pues “podría haber diferentes tipos de especificación de propiedades categóricas para un solo tipo de disposición”<sup>58</sup>, y además señalan que la caracterización de una propiedad disposicional tiene una necesidad conceptual de que exista un evento causado en virtud de la propiedad que se atribuye, lo que supone que las disposiciones que no han

---

<sup>50</sup> Guirardo op. cit., pág. 13.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ídem*, pág. 17.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ídem*, pág. 12.

<sup>56</sup> Mondragón, op. cit., pág. 41.

<sup>57</sup> Guirardo, op. cit., pág. 25.

<sup>58</sup> *Ídem*, pág. 20.

sido sometidas a las respectivas condiciones de estímulo no son, en rigor, propiedades reales de las cosas<sup>59</sup>.

En virtud de lo anterior, podemos notar que se trata de un problema epistemológico que es posible enfocar desde diferentes puntos de partida. El racionalismo, cuyos juicios provienen de la razón y no de la experiencia, y para el que todo verdadero conocimiento se funda en el pensamiento<sup>60</sup>, rechazaría el planteamiento de los términos disposicionales, pues para éstos, el conocimiento sólo puede ser calificado como tal cuando es lógicamente necesario y universalmente válido<sup>61</sup>, cuestión que no se da en los términos disposicionales, porque éstos no apuntan a que el objeto de dicho predicado disposicional actuará en conformidad a este siempre, ya que puede no ser así, al tratarse solo de un enunciado probabilístico. A nuestro parecer, aquí hay cierto enfoque con base en la experiencia, pero que no descarta elementos a priori, pues las propiedades disposicionales son construidas, a partir de un razonamiento previo e intelectual de los elementos que se consideran propios del objeto al que se atribuye la disposición.

### c) Virtudes y disposiciones

Antes de continuar, queda por abordar un problema relativo a las disposiciones: su relación con las virtudes. Esta relación debe ser tratada por la confusión que puede producirse al querer distinguir las, y porque al momento de escoger nuestros indicadores del dolo para el caso concreto, debemos prevenirnos de la posibilidad de dar consideración a factores que revelan no disposiciones, sino virtudes, o su contracara, vicios. Semejante confusión nos llevaría a apreciar cuestiones morales en nuestro juicio adscriptivo del dolo, alterando seriamente su naturaleza.

La ética de las virtudes no es una ética referida al acto, es decir, no brinda criterios objetivos para evaluar *las acciones*. Respecto de este tipo de ética se dice que “presupone que la pregunta que debe responder toda teoría moral es “¿cómo debemos actuar?”, cuando lo que

---

<sup>59</sup> Para una mayor discusión sobre las tesis formuladas respecto de la relación entre elementos del lenguaje observacional y teórico, véase Mondragón, op. cit., págs. 40-50 y Guirardo, op. cit., págs. 18-25.

<sup>60</sup> Hessen, *Teoría del conocimiento*, Losada, Buenos Aires, 2006, cfr., pág. 33.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

realmente esencial es responder a la pregunta “¿cómo debemos ser?”<sup>62</sup>. A partir de esta afirmación, se cree que es necesario un enfoque “no en los criterios, reglas o principios que debemos adoptar para obrar bien, sino en los rasgos del carácter que deberíamos desarrollar para ser moralmente buenos”<sup>63</sup>. Así, la ética de las virtudes es la contracara de una ética referida al acto, pues es una ética referida al agente, por lo que pasamos a evaluar a través de sus actos si el agente es “bueno” o no, en vez de si su obrar fue “bueno” o “malo” en tal caso.

Qué se entiende por “virtud” ya es fuente de problemas en la filosofía. Se dice que la palabra “virtud” viene del griego *areté*, siendo su significado original “la excelencia o bondad de una cosa cualquiera en relación con su clase o su finalidad propia” o “excelencia propia de su clase”<sup>64</sup>. La virtud es ampliamente tratada por Aristóteles, quien la considera como un término medio entre el exceso y el defecto. En él, la virtud “llega a denotar la rectitud de la inteligencia, como lo regularía el hombre prudente”<sup>65</sup>. A partir de esta idea, los autores escolásticos llegarían a afirmar que “la virtud consiste en seguir el camino recto, o sea, consiste en seguir una conducta vital sin pecar por exceso ni por defecto”<sup>66</sup> y, por ende, éstas tienen un carácter correctivo, “se encuentran entre una tentación a ser resistida o una deficiencia de motivación por hacer el bien”<sup>67</sup>. Para Ferrater Mora “la virtud fue entendida en el sentido del hábito o manera de ser de una cosa, hábito que se hace posible por haber previamente en ella una potencialidad o capacidad de ser de un modo determinado”<sup>68</sup>, a lo que añade: “la virtud de una cosa es, propiamente hablando, su bien, pero no un bien general y supremo, sino el bien propio e intransferible. Virtud podría decirse, es aquello que hace

---

<sup>62</sup> Hoyos Valdés, “Ética de la virtud: alcances y límites”, en *Discusiones Filosóficas*, Año 8, N°11, Enero-Diciembre 2007, págs. 114-115.

<sup>63</sup> Ídem, pág. 115.

<sup>64</sup> Von Wright, *La diversidad de lo bueno*, Marcial Pons, Madrid, 2010, Traducción de Daniel González Lagier y Victoria Roca, pág. 162.

<sup>65</sup> Le Gall, “Los fundamentos normativos de la ética en la filosofía moral de Elizabeth Anscombe”, en *Aporía – Revista Internacional de Investigaciones Filosóficas*, N°5 (2013), pág. 6.

<sup>66</sup> Según esta idea, un sujeto con la virtud que llamaríamos “valentía”, actúa entre dos extremos. De un extremo está la falta absoluta de valentía, lo que lo llevaría a no realizar determinados actos por esta carencia; y del otro, un exceso de ésta, que llevaría a nuestro sujeto a no temer jamás la realización de actos peligrosos, lo que lo pondría continuamente en un gran riesgo. La virtud aquí se reflejaría en el sujeto que actúa entre estos dos extremos, actúa, pero no permite que un exceso de valentía lo lleve a realizar actos que nuestro instinto de supervivencia y de autocuidado nos llamaría a no hacer por el alto riesgo que suponen. Véase Le Gall, op. cit., pág. 6, y también Ferrater Mora, quien señala que el carácter de las virtudes está expresado por el justo medio entre dos vicios. Véase su *Diccionario de Filosofía*, 4 vols., Ariel, Barcelona, 15ª ed., 1999, t. IV, pág. 3704.

<sup>67</sup> Foot, “Virtues and vices: and other essays in moral philosophy”, en *Oxford Scholarship Online*, Noviembre de 2003, pág. 5.

<sup>68</sup> Ferrater Mora, op. cit., t. IV, pág. 3704.

que cada cosa sea lo que es”<sup>69</sup>. La virtud sería una especie de cualidad propia de un objeto, y que, además, lo define como tal.

Aristóteles distinguió entre virtudes éticas o morales y virtudes dianoéticas o intelectuales. Según Aristóteles, “la virtud dianoética debe su origen y desarrollo a la instrucción, por cuya razón requiere experiencia y tiempo, en tanto que la virtud ética procede del hábito”<sup>70</sup>, es decir, las virtudes no se darían de manera natural en las personas. Para Von Wright, las virtudes morales se distinguen de las intelectuales “en cuanto las primeras también son adquiridas mediante la enseñanza, pero no únicamente a través de ésta, sino que mediante una combinación entre enseñanza y adquisición del hábito o la práctica de la virtud”<sup>71</sup>, por lo que no basta con la enseñanza para el desarrollo de la virtud moral, sino que requiere una repetición constante que la convierta en un hábito. A nuestro parecer, el problema de concebirla como un hábito es que éstos siempre están referidos a actos en particular, por ejemplo, el hábito de tomar la siesta después de almorzar, o de leer el periódico por la mañana, en cambio, las virtudes no están asociadas a actos ni a tipos de actos. Por otro lado, Aristóteles pensaba que las virtudes morales pertenecen al género de los *rasgos de carácter*, por lo que no serían habilidades, ni disposiciones, ni hábitos<sup>72</sup>, ni características del temperamento<sup>73</sup>.

Revisando la relación de la “virtud” con otros conceptos, Von Wright distingue las virtudes de las habilidades adquiridas e innatas. Dice que ellas se diferencian en cuanto no existe un vínculo esencial entre una virtud específica y una actividad, mientras que las habilidades se ven siempre reflejadas en actividades específicas<sup>74</sup>. La valentía no tiene una actividad específica para manifestarse en el mismo sentido en que “saltar”, “correr” o “llorar” designan actividades. Tampoco se les puede confundir con las facultades, que están relacionadas con

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ídem*, pág. 3705. El mismo señala que siguió siendo común en la época moderna asociar virtud y hábito. La virtud sería un hábito o disposición de obrar conforme a la intención moral. *Ídem*, pág. 3707.

<sup>71</sup> Von Wright, op. cit., pág. 169.

<sup>72</sup> A pesar de que las disposiciones no son hábitos, tampoco desliga la idea de “virtud” del “hábito”, ya que la virtud para ser tal, requiere de cierto hábito, pero no llega a convertirse en uno.

<sup>73</sup> *Ibidem*. En contra Ferrater Mora, para quien la virtud tiene siempre un carácter habitual, es decir, es un hábito. Op. cit., t. IV, pág. 3706.

<sup>74</sup> De esta forma, ninguna de las virtudes es específica en el sentido de aplicarse solo a una determinada actividad humana o hasta un determinado tipo de actividades. Véase Von Wright, op. cit., pág. 164 y Ferrater Mora, op. cit., t. IV, pág. 3704.

la bondad técnica<sup>75</sup>, ya que las virtudes no están emparentadas con cualidades como la buena vista o memoria, puesto que éstas últimas comúnmente son innatas -sin excluir la posibilidad de que puedan ser desarrolladas mediante un entrenamiento-, mientras que de las virtudes no podemos decir que sean habilidades adquiridas o innatas en una actividad<sup>76</sup>. El mismo autor cierra la idea diciendo que “las virtudes no están asociadas con actividades específicas, por tanto, son diferentes de la bondad técnica (...) y no están asociadas con categorías de actos, por lo tanto, su género tampoco es el de una disposición o hábito”<sup>77</sup>.

Antes de pasar a revisar su relación con las disposiciones, debemos ver de qué forma las virtudes se relacionan con lo que llamamos “el bien”. Tomás de Aquino al referirse a la virtud, decía que éstas “solo pueden producir buenas acciones y que ellas son *disposiciones* de las que nadie puede hacer mal uso”<sup>78</sup>. Se ha dicho que cuando se obra conforme a una virtud, está en juego un tipo de conocimiento, el que está relacionado con lo beneficioso y lo dañino para un ser, y que es llamado *conocimiento práctico* o *conocimiento del bien y del mal*<sup>79</sup>, de lo que necesariamente se sigue que, al momento de obrar, la decisión correcta o que manifiesta la virtud, es aquella que tiene relación con el bienestar de algún ser afectado por la misma, sea el propio agente o un tercero<sup>80</sup>. Así, para denominar como “virtuoso” a un individuo, éste, además de apuntar al bienestar del sujeto o de otros con su obrar, el mismo debe estar estrechamente conectado con la voluntad<sup>81</sup>. Esta idea también está en Aristóteles, para quien la virtud está estrechamente vinculada con la elección de este justo medio del que hablábamos anteriormente. La virtud estaría relacionada con la voluntad, ya que es

---

<sup>75</sup> Respecto a la bondad técnica, Von Wright afirma: “Atribuimos bondad o excelencia técnica a un hombre basándonos en que es *bueno en* alguna actividad. Pero no hay una actividad específica en la que el hombre valiente deba ser bueno”. Op. cit., pág. 164.

<sup>76</sup> Ídem, pág. 163.

<sup>77</sup> Ídem, pág. 168.

<sup>78</sup> Foot, op. cit., pág. 9.

<sup>79</sup> Von Wright, op. cit., pág. 171. Por otro lado, Ferrater Mora afirma que “la virtud es concebida asimismo como el ánimo y el coraje de obrar bien o, según Kant decía, como la fortaleza moral en el cumplimiento del deber”, por lo que las virtudes estarían estrictamente vinculadas con los deberes del individuo para con él mismo y los otros seres humanos. Véase Ferrater Mora, op. cit., t. IV, pág. 3707.

<sup>80</sup> Las virtudes no serían fines en sí mismos, sino que instrumentos al servicio del bien del hombre. Serían guías que son de utilidad al ser humano para que sus actos propendan al bienestar de él mismo, o de aquellos a los que afecta de algún modo. Von Wright, op. cit., pág. 171. La misma idea en Foot, para quien las virtudes “están relacionadas directamente con la noción de bienestar, el que puede ser tanto propio, o de los otros”, a lo que añade que éstas serían características beneficiosas que el ser humano requiere tener por su propio bien y el de los demás. Véase Foot, op. cit., pág. 2.

<sup>81</sup> Ídem, pág. 5. Para Ferrater Mora, las virtudes son hábitos o cualidades que dependen de nuestra voluntad. Op. cit., t. IV, pág. 3704.

primordialmente por sus intenciones por las que las disposiciones morales de un hombre son juzgadas<sup>82</sup>. En este sentido, se ha dicho que las virtudes suponen “una forma de ser que implica en sí misma la referencia a los demás, una disposición envuelta en la definición del hombre como ser racional”<sup>83</sup>. Por ende, el actuar conforme a la virtud intencionadamente es una tendencia natural de la persona como ser racional, asociada directamente con el deber ser, que sería característico en la raza humana.

¿Pueden las virtudes no estar necesariamente vinculadas con el bienestar? A partir de lo que hemos señalado, a nosotros nos parece que no, las virtudes siempre se relacionan con la noción del bien. Pero no han faltado voces que afirmen que las disposiciones pueden manifestarse en malas acciones. El problema aquí es que es difícil concebir las virtudes de una forma que puedan estar relacionadas tanto con buenas como malas acciones. Respecto a esto, sólo mencionaremos que para Foot, necesariamente las virtudes se presentan solo en actos que tiendan al bienestar del mismo agente u otros individuos, y que, una persona que persigue malos fines puede actuar, por ejemplo, mostrando coraje en su obrar, pero en él, el coraje no es una virtud<sup>84</sup>.

Ahora, tratando el asunto que nos importa, debemos distinguir las virtudes de las disposiciones. Como punto de partida, debemos mencionar que es frecuente la confusión entre ambas, llegándose a decir que las virtudes serían disposiciones<sup>85</sup>. Esta confusión se produce debido a una cuestión que ambas tienen en común; ni virtudes ni disposiciones se corresponden con actos genéricos o actividades específicas<sup>86</sup>. Ninguna de las dos se manifiesta a través de una cantidad o tipo de actos en particular, no tienen un acto correlativo que necesariamente niegue o afirme la existencia de la virtud o disposición, por ende, los actos en que puede manifestarse una determinada virtud no tienen un rasgo externo común. En este sentido, el listado de los actos que pueden manifestar una disposición o una virtud en específica tiene carácter abierto, no se circunscribe a determinadas actividades, e incluso, el mismo acto podría en algunos casos afirmar la virtud o disposición, y en otros casos, negarla.

---

<sup>82</sup> Foot, op. cit., pág. 8.

<sup>83</sup> De Gall, op. cit., pág. 16.

<sup>84</sup> Foot, op. cit., pág. 9.

<sup>85</sup> Von Wright, op. cit., pág. 166.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

Pero respecto de las disposiciones, sí hay actos que son característicos de ella, aunque éstos no necesariamente la manifestarán en todo evento.

Sobre las disposiciones, Von Wright señala que “la palabra disposición es también normalmente utilizada en conexión con los denominados *rasgos de carácter*. Si un hombre se enfada, se molesta, llora o se pone triste con facilidad, podemos decir que tiene cierta disposición”<sup>87</sup>. En este sentido, las disposiciones son cercanas a los hábitos -y como ya vimos, hay autores que tratan las virtudes como hábitos, lo que nos explica la confusión que aquí se produce-, ya que “un hábito se pone de manifiesto en la realización de un acto característico o en la ejecución de una actividad característica bajo condiciones recurrentes”<sup>88</sup>, y como sabemos, las disposiciones también se manifiestan en el objeto bajo ciertas condiciones. La diferencia es que las disposiciones, a diferencia de los hábitos, no están referidas a actos genéricos o específicos de manera cerrada, es decir, que el acto no es lo que define la disposición, como en los hábitos, aunque de todas formas la disposición puede tener manifestaciones características.

A nuestro parecer, la diferencia que se presenta entre disposiciones y virtudes es el ámbito valorativo de las segundas. Las virtudes, al estar siempre relacionadas con lo que se entiende por “bien” o “bienestar”, y al ser cuestiones referidas más al individuo que al acto, siempre suponen un juicio valorativo acerca de la virtud de una persona, el que, si resulta negativo, implica que el sujeto carece de una virtud y, por ende, tiende al “mal”. En cambio, no todas las disposiciones tienen necesariamente una dimensión valorativa. Claro que disposiciones como “egoísmo” lo tienen, al estar asociadas a un acto socialmente reprobado, pero otras como “saber”, “conocer” o “querer” tienen un carácter neutro, su manifestación en la conducta no hace a la persona “buena”, ni su ausencia la hace ser “mala”.

El problema que podría producirse si no logramos diferenciar bien las virtudes de las disposiciones, es que, al momento de seleccionar los indicadores que considerar para ver si en éstos se manifiesta la disposición que queremos adscribir, seleccionemos indicadores refiriéndolos a virtudes o a vicios; es decir, que no evaluemos la manifestación de una disposición, sino que el carácter de “bueno” o “malo” del individuo que realiza la conducta.

---

<sup>87</sup> Ídem, pág. 167.

<sup>88</sup> Ibídem.

Adelantándonos un poco, en el ámbito del Derecho penal, esto podría ser tremendamente nocivo, pues si tratamos el dolo como término disposicional y, al momento de seleccionar sus indicadores y analizarlos, nos inclinamos por valorar la bondad o perversidad del acto, pero referida al agente, necesariamente caeremos en un Derecho penal de autor, ya que nuestro juicio de adscripción del dolo se convertirá en un juicio con claros contenidos morales, dejando de valorarse la conducta referida a la disposición, y valorándola en relación a si ésta refleja una virtud o un vicio, es decir, si la persona es “buena” o “mala”, o si demuestra una inclinación al “bien” o al “mal”, entendido, como ya dijimos, según cómo la conducta afecte al mismo agente o a los demás. Por ende, para no caer en un Derecho penal de autor, debemos librar a nuestro juicio de adscripción del dolo de todo contenido moral, no refiriendo los actos -indicadores- analizados a valoraciones sobre la “bondad” o “maldad” del que realiza el acto. Así, se debe excluir la posibilidad de hacer un análisis respecto a la “bondad” o “maldad” de los hechos que consideramos cuando analizamos la presencia de una disposición.

## II) El dolo entendido como término disposicional. ¿Verificación o atribución?

El empleo de términos disposicionales no es ajeno al Derecho y en particular, no lo es en el Derecho penal. Nos podemos encontrar con propiedades disposicionales de personas, como el carácter de “delincuente habitual”, con propiedades disposicionales de objetos<sup>89</sup> y, por último, propiedades disposicionales de la conducta humana, como la afirmación de que una conducta es “riesgosa”. Los términos disposicionales tienen gran importancia en el lenguaje del Derecho, y pueden ser útilmente empleados en el Derecho penal si logramos una idea de su correcto empleo. A continuación trataremos de identificar uno de los conceptos nucleares en el Derecho penal como un término disposicional: el dolo.

Tradicionalmente se ha adoptado una perspectiva psicológica para analizar el dolo y los elementos que lo conforman. Una teoría del dolo que parta desde un enfoque psicológico

---

<sup>89</sup> En el Código penal chileno podemos encontrar un ejemplo en la agravante del art. 12 N°3, donde dice “Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas”. Se trata en primer lugar de un tipo que contiene una interpretación analógica, pues admite medios distintos de los señalados allí para la configuración de la agravante, pero que deben ser similares a éstos en cuanto a los estragos que se puedan causar o el posible daño a terceros. Pero a su vez, contemplar esto en la norma supone un juicio sobre la idoneidad de este “artificio” para causar dichos efectos. La propiedad disposicional de poder causar dichos efectos debe manifestarse en las reacciones del objeto y las consecuencias de su empleo en la comisión del delito.

“concibe al dolo como una realidad natural de carácter psicológico que debe ser descubierta, a través del ingreso al interior del sujeto a fin de conocer qué pensaba y quería al momento de actuar”<sup>90</sup>. Se trata de un punto de partida que reconoce la posibilidad de que mediante hechos externos podamos reconocer, identificar, o como mínimo conocer lo que pasaba por la cabeza de un individuo en un determinado momento -en particular, si éste conocía las circunstancias de su obrar, y si quería el resultado que su conducta produciría -. Es de esta forma que, para castigar una conducta como dolosa, se requeriría que en el proceso penal se probase la efectiva presencia de los elementos del dolo en la mente del autor<sup>91</sup>.

A nuestro parecer, una concepción como esta acarrea a serios problemas. En primer lugar, repercute negativamente en el ámbito probatorio, pues pasamos a considerar los conocimientos y deseos del acusado en el momento de delinquir<sup>92</sup> como datos fácticos que deben ser probados en el proceso, pero los estados mentales no son susceptibles de verificación empírica y, por ende, si pretendemos castigar a título doloso una vez que tenemos certeza de que determinados datos psíquicos concurren en el momento de realización de la conducta típica, deberíamos abandonar la pretensión de castigar a cualquier persona a título de dolo<sup>93</sup>. Esta concepción -en la que profundizaremos más adelante- supone que respecto de los elementos del dolo debe realizarse un proceso de *verificación* de su existencia en la mente del individuo.

Aquí procederemos a entender el dolo desde una perspectiva disposicional, lo que supone una concepción totalmente opuesta a la mencionada arriba. Como punto de partida, y repitiendo algo que ya mencionamos, al tratarse de una disposición, el dolo no es una categoría susceptible de ser percibida empíricamente, nosotros no podemos acceder, o no contamos con una forma de acceder al fuero interno del agente para saber qué es lo que él sabía y quería. Expondremos los puntos de vista de dos autores que adoptan una mirada disposicional para analizar el dolo: Hassemer y Mylonopoulos.

---

<sup>90</sup> Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?”, en *Thémis - Revista de Derecho*, N°68, 2016, pág. 64.

<sup>91</sup> Ídem, págs. 64-65.

<sup>92</sup> Ragués, “Consideraciones sobre la prueba del dolo” en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N°4, año 2004, cfr., pág. 17.

<sup>93</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, cfr., págs. 221-222.

a) La tesis de Winfried Hassemer

Winfried Hassemer analiza los problemas metodológicos que tiene adoptar un enfoque centrado en el lado más íntimo de la persona, lo que se puede ver tanto en teorías volitivas como cognitivas del dolo. Respecto de las volitivas, señala que éstas se valen de expresiones como “conformidad interna”, “asunción del riesgo” o “conformarse” para referirse a la actitud del agente frente al hecho<sup>94</sup>, y en particular, para referirse a la decisión contra el bien jurídico. Para él, el problema de estos conceptos es que ellos “no aportan nada sobre las condiciones de aplicación de los elementos del dolo”<sup>95</sup>, ya que no pueden ser concretizados y descritos en base a una observación, pues éstos designan un ámbito “interno” de la persona<sup>96</sup>, y lo único que se ha propuesto son otros conceptos que parafrasean los que ya hemos señalado, entre muchos otros. Lo que nos dice respecto de las teorías volitivas, es que de todas las expresiones de las que se valen sus defensores, ninguna de ellas parte desde un enfoque apropiado, pues todas se basan en la averiguación de un aspecto íntimo y psíquico de la persona de que se trata, cuestión imposible de verificar en la práctica. Las teorías cognitivas tampoco se salvan de una crítica que va por la misma corriente. Estas teorías ofrecen la apariencia de que toman como punto de partida un interés por lo observable y lo calculable<sup>97</sup> valiéndose de expresiones como “posibilidad”, “probabilidad”<sup>98</sup> o “riesgo”. Pero este punto de partida no tiene nada de verdadero, ya que éstas expresiones son ulteriormente referidas a qué grado de posibilidad o que riesgo se representó el agente, y es de esta forma que “los grados objetivamente descriptibles de la peligrosidad no son, para una concepción del dolo, aceptables como tales sino solo en la medida en que vayan investidos de una valoración y elaboración subjetivas”<sup>99</sup>, ya que se refieren únicamente a qué grado de riesgo y de peligro tiene la acción desde el punto de vista del agente, por lo que este pretendido

---

<sup>94</sup> Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Temis, Bogotá, 1999, cfr., pág. 75.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ídem*, pág. 76.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Estos conceptos presentan un problema particular. Se ha criticado a quienes defienden el vocablo “posibilidad”, señalando que ésta no basta para admitir la imputación a título doloso, pues lo que de verdad lo fundamentaría sería un grado más alto de posibilidad, que pasaría a ser una “probabilidad”. Asimismo, es dificultoso determinar cuándo una mera posibilidad se transforma en una probabilidad. “Si se pretende construir la representación vaga e incierta que de la situación externa tiene el juzgador sobre la base de la representación que tenía el sujeto en el momento de actuar, el intento está destinado a tener tanto éxito como que un flan permanezca clavado a la pared”. Véase Hassemer, *op. cit.*, pág. 77, nota. 62.

<sup>99</sup> *Ídem*, pág. 76.

interés por lo objetivo y verificable no tiene mucho de cierto. Así, “las teorías cognitivas se enfrentan también a un objeto incierto, la representación que del riesgo tiene el individuo”<sup>100</sup>.

Tomando ese punto de partida, nos dice que “el dolo se sustrae a la contemplación del observador y por ello no puede ser descrito a partir de su observación. Por consiguiente, la teoría debe acercarse a su objeto de otra manera que facilite dicho acercamiento, es decir, de una manera indirecta”<sup>101</sup>. Hassemer entiende el dolo como una disposición, “una situación interna no observable de manera inmediata”<sup>102</sup>, pues no tenemos manera de acceder a dichos contenidos psíquicos. Para él, las disposiciones “son susceptibles de ser utilizadas operativamente a través de indicadores y, por consiguiente, se desarrollan sobre datos que han de cumplir tres condiciones: i) observabilidad; ii) plenitud y; iii) relevancia dispositiva”<sup>103</sup>. El primero se satisface en cuanto nos encontramos con situaciones observables, pues de otra manera, cualquier posibilidad de reducir el término disposicional en el mundo de la experiencia se ve automáticamente imposibilitado; el segundo requiere que los indicadores que se nos presenten puedan por sí mismos acercarnos a la constatación de situaciones no observables, si no es así, la disposición no es representada o no es correctamente representada; y el tercero se refiere a que los indicadores presentes en su conjunto deben proporcionarnos datos que nos permitan indicar la presencia de la disposición planteada, y no otra<sup>104</sup>.

En su caracterización del dolo como disposición encontramos un par de puntos que vale la pena mencionar<sup>105</sup>:

- i) La inaccesibilidad de lo interno. Para el autor, el dolo sólo se puede deducir a través de indicadores que cumplan con las condiciones mencionadas en el párrafo anterior.
- ii) Elementos del concepto e investigación procesal. Estrechamente vinculado con lo anterior, afirma que los indicadores no deben verse como una cuestión por tratar en sede procesal, ya que el dolo, al ser un término disposicional, sólo puede ser aplicado mediante el empleo de

---

<sup>100</sup> Ídem, pág. 77.

<sup>101</sup> Ídem, pág. 78.

<sup>102</sup> Ibídem.

<sup>103</sup> Ibídem.

<sup>104</sup> Ídem, págs. 78-79.

<sup>105</sup> Ídem, pág. 79.

los indicadores, por ende, los indicadores forman parte del concepto de dolo, por lo que se trata de una cuestión a analizar en sede material. Al proceso penal corresponde ver en qué circunstancias los indicadores existen en el caso concreto, y si cumplen los requisitos que mencionamos antes.

Posteriormente Hassemer se encarga de tratar el tema de los indicadores del dolo. Parte hablando de la imposibilidad de basar la imputación a título de dolo en base a un solo indicador<sup>106</sup>, y que como no podemos saber nada del dolo fuera de la deducción a través de indicadores, se debe formular un catálogo diferenciado y complejo de éstos, el que no puede tener un carácter cerrado<sup>107</sup>. Para el autor los datos objetivos que nos permiten caracterizar el dolo sólo pueden ser estructuralmente esbozados, pues la realidad se nos muestra compleja, pudiendo presentárenos ilimitadas variaciones dentro de los casos, por lo que el catálogo debe ser tan amplio como las futuras configuraciones de los casos a resolver<sup>108</sup>. La función que deben cumplir los indicadores es la de posibilitar una conclusión que sea posible respaldar respecto a la existencia del dolo, sirviendo para constatar una decisión a favor del injusto típico<sup>109</sup>. El problema es que “solo la situación de peligro contiene datos observables, mientras que la representación del agente sobre esa situación, al igual que su decisión no pueden ser descritas a partir de una observación, solo son deducibles a través de indicadores”<sup>110</sup>.

#### b) El dolo como término disposicional para Mylonopoulos

El punto de partida del autor en su artículo dedicado específicamente al entendimiento del dolo como término disposicional, se encuentra en la idea de que “el verdadero problema para captar la esencia del dolo en general, pero también del dolo eventual en particular, está en la

---

<sup>106</sup> Esta idea se encuentra patente en la primera parte de su trabajo, donde se encarga de explicar la tesis de Armin Kauffmann, categorizándola como una teoría que supone una objetivación del dolo, pues este autor basa la imputación dolosa en un solo indicador, en particular, la voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico. Para su análisis y crítica, véase Ídem, págs. 63-68.

<sup>107</sup> Ídem, pág. 80.

<sup>108</sup> Ídem, pág. 81.

<sup>109</sup> Cuando el autor hace referencia a esta “decisión a favor del injusto típico”, o “decisión a favor de la lesión del bien jurídico”, se refiere a “un fenómeno volitivo, que supone obligatoriamente una representación del objeto de la decisión (en su aspecto cognitivo). Pero a su vez la representación (y la decisión que le sirve de mediación) se relaciona con la peligrosidad de una situación para el bien jurídicamente protegido”. Véase Ídem, pág. 82.

<sup>110</sup> El autor nos dice que sólo la situación de peligro contiene datos observables. En cambio, la representación y la decisión son dos cuestiones de carácter interno. *Ibidem*.

cuestión aún no solucionada consistente en determinar fehacientemente los hechos internos, como tales no determinables, a partir de indicios en el proceso penal”<sup>111</sup>. Dentro de las teorías del dolo, la gran mayoría tiene como base una idea de que el dolo, como fenómeno psicológico, debe probarse como tal en el proceso, debiendo probarse ambos elementos, y su concurrencia al momento de la conducta. Dentro de lo general, Mylonopoulos se inclina por una teoría volitiva, concibiendo el dolo como decisión en contra del bien jurídico<sup>112</sup>. Para él, y en la misma línea que Hassemer, la “decisión” contra el bien jurídico debe concluirse a partir de atributos concretos de la conducta delictiva<sup>113</sup>. Nuevamente, se admite la imposibilidad de acceder al fuero interno del individuo para saber si realmente éste se decidió por la lesión del bien jurídico, brindando un papel preponderante a los acontecimientos observables y empíricos que se dieron en la realidad al momento de la realización del acto típico, por lo que “el dolo debe decidirse a partir de indicios, porque no es susceptible de observación directa”<sup>114</sup>.

Luego pasa a encargarse de los indicios empíricamente observables, los que reciben el nombre de indicadores. Para él, éstos “no constituyen un simple procedimiento para probar un concepto independiente de los mismos, sino que son indisolubles del concepto de dolo, porque solo a partir de ellos se lo hace aplicable”<sup>115</sup>. Si no considerásemos los indicadores, no habría forma alguna de probar el dolo, y tendríamos que abandonar absolutamente la idea de un castigo a dicho título, y es que sólo mediante éstos “puede determinarse la representación de esa situación que tiene el agente, así como su decisión”<sup>116</sup>. A continuación nos presenta algunos de los indicadores que han sido adoptados por el Tribunal de Casación griego<sup>117</sup>, entre los que encontramos: i) la peligrosidad especialmente elevada desde un punto de vista objetivo (y conocida por el autor) de su conducta; ii) el eventual egoísmo del autor o el hecho de que con su conducta buscara la maximización de un beneficio; iii) las declaraciones del autor antes, durante o después del hecho, o sus relaciones con la víctima; iv) que el autor haya tomado medidas para su autoprotección; v) los medios utilizados, la

---

<sup>111</sup> Mylonopoulos, op. cit., pág. 18.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ídem*, pág. 19.

<sup>115</sup> *Ídem*, pág. 21.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ídem*, págs. 22-23.

parte del cuerpo del lesionado que se ha visto afectadas, la configuración y la fuerza de la lesión; vi) el hecho de que el autor haya continuado su actividad peligrosa pese a conocer su peligrosidad, y ello por motivos egoístas<sup>118</sup>.

Como contrapartida de los indicadores del dolo, también deben contemplarse *contraindicadores*, hechos empíricos que podrían llevarnos a afirmar la ausencia de una representación o decisión contra el bien jurídico, y los que deben también ser ponderados<sup>119</sup>. Dentro de los posibles *contraindicadores* menciona algunos como: i) la reciprocidad del peligro de muerte; ii) conductas que se dirijan a impedir el resultado y; iii) la circunstancia de que el lesionado o un tercero sean capaces de dominar o poner bajo control el peligro creado por el autor<sup>120</sup>. Aquí presta especial atención al primero, y lo hace a través de ejemplos que nos ilustran el importante criterio que considerar al momento de la valoración de los indicadores. Parte ejemplificando, diciendo que respecto de un incauto conductor que circula por el carril contrario no se puede afirmar dolo eventual homicida, ya que de lo contrario él mismo se estaría conformando con su propia muerte<sup>121</sup>. Pero afirma que este mismo hecho, a su vez podría ser un indicador a favor del dolo eventual, en determinados casos, como el de un conductor de camión que transita por el carril contrario, sabiendo que no corre gran peligro, pero exponiendo a los otros conductores a un gran peligro, y estando convencido de que los mismos lo esquivarán, situación que a su juicio, es mucho más rayana al dolo eventual que a la imprudencia, ya que el autor desplaza a otro la responsabilidad por la no realización de un peligro que él ha introducido, o deja al azar el curso posterior de los acontecimientos<sup>122</sup>. Esto reflejaría un parecido con los delitos de omisión impropia, en ambos “la ley penal no tolera que se repercuta la responsabilidad por la evitación del resultado. Cuando el autor repercute en un no interviniente la carga de la neutralización de un peligro que ha creado él mismo de forma antijurídica, pues, lo que está haciendo es sustraer de su control el ulterior

---

<sup>118</sup> Nos parece curioso el empleo del “egoísmo” como parte de un indicador, ya que se trata a su vez de un término disposicional; como ya hemos expresado, conceptos como éste no describen un objeto ni una conducta, sino que designan una tendencia a un comportamiento o resultado frente a circunstancias concretas. De esta forma, para poder considerar al egoísmo como un indicador del dolo, tendrían que presentarse indicadores empíricamente observables que nos permitan afirmar la verdad del predicado disposicional respecto del objeto de éste.

<sup>119</sup> Ídem, pág. 23.

<sup>120</sup> Ídem, págs. 24-26.

<sup>121</sup> Ídem, pág. 25.

<sup>122</sup> Ídem, págs. 25-26.

curso de los acontecimientos, y dejarlo al azar”<sup>123</sup>. Para Mylonopoulos, este elemento valorativo común muestra lo que él llama el *sentido social* de la conducta, siendo aquel dato en el que nos tenemos de fijar a la hora de ponderar y valorar los indicadores y contraindicadores del dolo<sup>124</sup>, cuestión que trataremos más adelante.

Es así como para este autor, siendo el dolo un término disposicional, “no debemos considerarlo un estado mental, un hecho (interno) que pueda dissociarse del lado externo del hecho, sino que debemos considerarlo una propiedad del hecho que no se describe ni comprueba, sino que se adscribe: concretamente con base en unas reglas y metodología determinadas”<sup>125</sup>, es decir, no debemos seguir considerando el dolo como un “hecho” -solo que de carácter interno-. Como ya vimos, cuando predicamos disposiciones respecto de un objeto, estas no se determinan ni prueban, sino que son adscritas al hecho “mediante un juicio de atribución que requiere el uso de indicadores y de reglas de correspondencia”<sup>126</sup>.

Como ya vimos, para poder atribuir una disposición a una persona u objeto, tenemos un predicado disposicional, unos elementos empíricos observables (indicadores), y reglas que nos permiten conocer la veracidad del predicado disposicional reflejada en las reacciones observables del objeto, las que son relacionadas con el predicado en base a estas reglas con fundamento en la experiencia. De esta forma, es necesario para atribuir una determinada disposición, datos empíricos, externos, y además unas reglas de correspondencia que nos permitan afirmar que el predicado disposicional se proyecta en los datos empíricos que estamos teniendo como referencia, es decir, “reglas que nos permiten deducir, a partir de las reacciones del objeto, la concurrencia de la correspondiente disposición”<sup>127</sup>.

Para nosotros, entender el dolo como un término disposicional supone, como ya sabemos, un abandono de una idea de verificación de los elementos del dolo en la psiquis del individuo, lo que nos lleva a entender que, cuando decimos que el autor posee ciertos atributos de carácter psíquico, no significa que éste “tenga” dolo, sino que es posible atribuirle algunas disposiciones que han sido consideradas empíricamente relevantes para la atribución del dolo

---

<sup>123</sup> Ídem, pág. 26.

<sup>124</sup> Ídem, págs. 26-27.

<sup>125</sup> Ídem, pág. 31.

<sup>126</sup> Ídem, pág. 32.

<sup>127</sup> Ídem, pág. 33.

como propiedad que define el caso genérico para habilitar la subsunción<sup>128</sup>. Frases como “actuar con dolo” o “tiene dolo” serían expresiones erróneas, debiendo hablarse de “caso o hecho doloso”, pues el dolo sería “una propiedad que caracteriza a casos -particularmente a eventos genéricos-, no a personas. Y se trata de una propiedad normativa, no empírica, porque logra esa caracterización a partir de una valoración de la gravedad del hecho”<sup>129</sup>.

Retomando lo analizado anteriormente, el dolo puede perfectamente ser un concepto tipo, en particular, uno construido en base a la abstracción de los elementos que se consideran constitutivos de éste -conocimiento y voluntad-, cuyo contenido se construye en base a una valoración concreta, la mayor gravedad del acto delictivo cuando el agente conoce y quiere la realizar el injusto típico. De esta manera, creemos que el dolo podría ser entendido como un “tipo ideal” o un “tipo representativo”, ya que detrás del dolo hay una construcción ideal, con la que se deben asociar las acciones y reacciones del agente que puedan manifestar las disposiciones que son sus elementos, las que se evalúan conforme a una valoración. En el caso de alguien respecto del que se predica la cualidad de “codicioso”, en relación con tal disposición hay una construcción mental de qué hechos podrían manifestar la misma, es decir, predicciones de manifestación.

Esta afirmación no nos priva de la posibilidad de una mirada disposicional. Los elementos del dolo, entendidos como términos dispocionales, es decir, no como hechos, sino como propensiones, nos permitirían corroborar o no la existencia del concepto al que nos referimos, el dolo. En otras palabras, el concepto tipo se refiere a un objeto, una construcción ideal de lo que se entiende como dolo, pero sus elementos, a su vez, entendidos como términos dispocionales, pueden manifestarse en diferentes grados y, además, no pueden ser caracterizados en asociación a un catálogo cerrado de situaciones fácticas de verificación, sino que tienen carácter abierto, pueden manifestarse en un infinito catálogo de situaciones. El dolo, como concepto tipo, mantiene una estructura general, conocimiento y voluntad, pero ambas tienen distintas formas de manifestación y presentación, ya que se trata de términos

---

<sup>128</sup> Pérez Barberá, “El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en *Cuadernos de Derecho penal*, N° 6, 2011, cfr., pág. 18.

<sup>129</sup> *Ibíd.*

disposicionales, los que pueden expresarse en la realidad fáctica de diversos e inagotables modos.

### III) Relación y diferencias con la presunción de dolo y el llamado “dolus ex re”

Habiendo conceptualizado en términos generales al dolo como concepto disposicional, y a su método de análisis, corresponde revisar en qué sentido podemos relacionar esta teoría sobre el dolo respecto de la conocida presunción de dolo, y del “*dolus ex re*”, pero no sin antes hacer una breve explicación de estas dos construcciones.

#### a) Respecto de la presunción de dolo

En el Derecho penal contemporáneo es una cuestión indiscutible la relevancia y el importantísimo lugar que ocupa el principio de culpabilidad<sup>130</sup> (*nulla poena sine culpa*), lo que implica la imposibilidad de imponer una pena al reo sin que se compruebe su culpabilidad. Sin embargo, este principio no ha estado presente desde los orígenes de nuestra disciplina, por el contrario, se trata de una formulación que surge para poner un freno al *ius puniendi*<sup>131</sup>, y a la arbitrariedad en la aplicación de penas estatales. Antes de la consagración de un principio tan importante en esta materia, era común hallar presunciones en el Derecho penal, las que pasaremos a tratar brevemente a continuación.

Primeramente, debemos mencionar que una presunción responde a un esquema lógico, a partir del que, teniendo por objetivamente constatado un determinado hecho, se deduce la existencia de un segundo hecho del que no se tiene conocimiento, en base a una regla de experiencia, la que posteriormente es recogida por el legislador y plasmada en la ley, pasando a ser una presunción legal<sup>132</sup>, o, en otras palabras, “es un medio técnico material que consiste en un juicio general inferido por medio de un razonamiento inductivo a partir de lo que

---

<sup>130</sup> Para Rodríguez Devesa, “el principio de que no hay pena sin culpabilidad es un axioma indiscutido en el derecho penal europeo”. Véase su *Derecho penal español*, Parte General, Dykinson, Madrid, 10ª ed., 1990, pág. 429.

<sup>131</sup> Kunsemuller Loebenfelder, *Culpabilidad y pena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, cfr., pág. 103.

<sup>132</sup> Rodríguez Mourullo, “La presunción legal de voluntariedad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVIII, Mes 1, 1965, cfr., pág. 36.

efectúa o la manera como se produce comúnmente en determinadas circunstancias el obrar humano”<sup>133</sup>. Lo que aquí hay es un juicio general en base a un razonamiento inductivo que toma en consideración la manera en que se producen regularmente las situaciones en el acontecer de la vida humana en sociedad. El problema de su incorporación en textos legales parecería ser la “complejidad del razonamiento inductivo en el campo del Derecho. Pues al versar este sobre actos humanos, no de fenómenos sometidos a la necesidad y constancia de las leyes naturales, es evidente que falta la base lógica de la inducción y, por tanto, que la conclusión resultante tampoco puede tener validez universal de las primeras y mucho menos fuerza apodíctica”<sup>134</sup>.

Las presunciones jurídicas pueden ser simplemente legales -también designadas como relativas- o presunciones derecho -o absolutas-. Las primeras son más laxas, pues permiten prueba en contrario, tratándose así de “un concepto en referencia, en el sentido de que su validez está condicionada a la ausencia de prueba en contrario”<sup>135</sup>, en cambio, las segundas no permiten prueba en contrario en caso alguno. Dentro del ámbito del Derecho penal, podemos distinguir también distintos tipos de presunciones, según su carácter y alcance. Encontramos *presunciones de autoría*, que serían suposiciones de causalidad, *presunciones de delito* o “sospechas de delito”, y por último *presunciones relativas a especies o grados de culpabilidad*, en donde encontramos presunciones de dolo y culpa<sup>136</sup>.

Ahora, refiriéndonos en particular a la *praesumptio doli*, ésta es entendida como una figura ya histórica<sup>137</sup>, cuyo origen se encontraría en el Derecho canónico y en la obra de glosadores

---

<sup>133</sup> Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975, pág. 86.

<sup>134</sup> Guzmán Dalbora, “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal” en *Revisa Procesal Penal*, LexisNexis, mayo de 2006, N°47, pág. 13.

<sup>135</sup> Kunsemuller, op. cit., pág. 36.

<sup>136</sup> A continuación, algunos ejemplos de presunciones que no son de dolo en el ordenamiento jurídico chileno. Como *presunción de autoría* encontramos el art. 444 del Código penal, que presume autor de tentativa del delito de robo con fuerza en las cosas al que se introduce por medio de forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa, etc., en algún edificio habitado destinado a la habitación o en sus dependencias. A su vez, el mismo código contiene *presunciones de delito*, entre ellas, el art. 392, que contempla la figura del homicidio en riña. Véase Guzmán Dalbora, op. cit., pág. 12.

<sup>137</sup> Sin embargo, existen diversas teorías sobre el dolo, en que dentro de sus postulados se pueden ver afirmaciones que en cierto grado, suponen la incorporación de presunciones de dolo, donde podemos encontrar, por ejemplo, la teoría de la ignorancia deliberada o “willfull blindness”, en virtud de la cual, basta para castigar a título de dolo, que el agente se haya colocado voluntariamente a sí mismo en una situación de desconocimiento de datos fácticos de la conducta que realiza. Para un completo tratamiento de esta recientemente adoptada figura

y prácticos en el Medioevo y la Edad moderna<sup>138</sup>, y no en el Derecho romano, en el que era necesaria la prueba del “dolo malo”, y éste no podía ser presumido<sup>139</sup>.

En virtud de la presunción de dolo, una vez comprobada la realización del tipo, se tiene también por probado el dolo del agente, salvo, que éste pruebe su falta de concurrencia. En virtud de lo anterior, debemos entender las presunciones de dolo, como presunciones legales o relativas, ya que se admitía la prueba en contrario. Según Ragués, la presunción de dolo “atribuía por principio a todos los hechos la condición de dolosos, y la convicción judicial sólo debía entrar a valorar, si, en el caso en concreto, existía suficiente prueba contra dicha presunción para considerarla desvirtuada”<sup>140</sup>. La instauración de presunciones de dolo parte de la idea de que “el dolo es estadísticamente la regla, y que, por el contrario, la ausencia de dolo es estadísticamente la excepción”<sup>141</sup>.

Las presunciones de dolo fueron defendidas por un destacado jurista, Anselm von Feuerbach, por cuya influencia, fue contemplada una presunción de este carácter en el Código penal bávaro, promulgado en 1813, cuyo artículo 43 versaba: “*En un hecho probadamente ilícito contra una persona se presumirá legalmente que el mismo se ha realizado con dolo antijurídico, en tanto que, de las circunstancias particulares, no resulte la certeza o probabilidad de lo contrario*”<sup>142</sup>. El mismo autor defendía la idea de la presunción de dolo con la siguiente idea:

*“Dado que en cualquier acción humana la intención es la primera explicación; dado que, de acuerdo con la naturaleza del espíritu humano y con la experiencia, la actuación intencionada es la regla; y dado que la causación de una determinada consecuencia mediante una acción querida son que dicha consecuencia sea objeto del querer es solo una*

---

en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase la obra de Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

<sup>138</sup> Guzman Dalbora, op. cit., pág. 15.

<sup>139</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 1970, t. V, pág. 642. El mismo, citando a Wening, menciona que en el Derecho romano era un principio terminante el de que “todo aquel que inculpa a otro de dolo debe probarlo convenientemente”, y tomando en cuenta “las circunstancias y todas las relaciones del hecho cuando se quiere juzgar la voluntad del agente”. Ídem, págs. 642-643.

<sup>140</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., págs. 283-284.

<sup>141</sup> Hruschka, *Imputación y Derecho penal*, Estudios sobre la teoría de la imputación, B de F, Buenos Aires, 2<sup>da</sup> ed., 2009, pág. 192.

<sup>142</sup> Véase Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Traducción al castellano de la 14<sup>va</sup> ed., alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 2<sup>da</sup> ed., 1989, pág. 396.

*excepción que se basa en presupuestos que no son habituales, el efecto antijurídico provocado por las acciones de una persona debe entenderse como fin de la voluntad mientras no aparezcan razones concretas que permitan sostener lo contrario”<sup>143</sup>.*

Este fundamento de la incorporación de las presunciones de dolo fue sumamente criticado, incluso en su época, cuando se puso de relieve “que del hecho de que el autor sea consciente del contenido inmediato de su conducta, no cabe derivar, sin más, la existencia de dolo, pues una actividad intencional de la cual derive un resultado antijurídico no es lo mismo que un delito doloso”<sup>144</sup> y, además, “no porque se pueda presumir que todo hombre es inteligente y que obra con propósito deliberado, se ha de seguir forzosamente que el sujeto acusado haya tenido por móvil una voluntad culpable”<sup>145</sup>.

La incorporación de presunciones de dolo en el Derecho penal, siendo ésta una rama del Derecho con eminente tendencia realista e individualizadora, no debiera ser admisible, ya que “toda generalización supone un desconocimiento de las peculiaridades de lo individual y, por consiguiente, una objetivación, por lo cual ha de pugnar con un concepto esencialmente subjetivista y, por ende, individualizador”<sup>146</sup>, lo que va en contra de la búsqueda de lo que verdaderamente ocurrió en un supuesto fáctico específico. A su vez, violan el principio de culpabilidad, tienen un significativo impacto en el proceso penal<sup>147</sup>, ya que invierten el *onus probandi*<sup>148</sup>, lo que vulnera el principio de inocencia, pues en vez de ser el Ministerio Público el que debe probar el delito, es el acusado quien debe demostrar su inocencia.

Hoy en día la incorporación de presunciones de responsabilidad penal se encuentra expresamente prohibida en diversos tratados internacionales, como también en nuestra propia Constitución Política, en el art. 19 N°3, lo que, lamentablemente, no ha logrado erradicar la

---

<sup>143</sup> Citado por Hruschka, op. cit., pág. 191. Para un completo análisis de todo aquello que se planteó como fundamento de la incorporación de presunciones de dolo, véase Rodríguez Mourullo, op. cit., págs. 52-58.

<sup>144</sup> Ídem, pág. 48.

<sup>145</sup> Guzmán Dalbora, op. cit., pág. 15.

<sup>146</sup> Ídem, pág. 14.

<sup>147</sup> Jiménez de Asúa menciona que el asunto de la presunción del dolo pertenece más al Derecho procesal que al Derecho penal material, pero a partir de su incorporación en diversos Códigos penales, es necesario su trato en sede material. Op. cit., pág. 647. También sobre la naturaleza de estas presunciones, Guzmán Dalbora cree que el emplazamiento que tengan estas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico -en un Código penal, procesal penal, o de Derecho privado- no afecta su naturaleza jurídica, pues ésta viene dictada por la materia de la que versan, y toda cuestión relativa a la carga de la prueba, su apreciación y valoración, se encuentra ligada al ámbito procesal. Op. cit., pág. 12.

<sup>148</sup> Rodríguez Mourullo, op. cit., pág. 41.

presencia y aplicación de estas figuras en los distintos ordenamientos. Producto de las constantes críticas, el mismo Feuerbach abandonó la idea de la incorporación de una presunción general de dolo en la ley penal.

b) El “*dolus ex re*” y la relación de estas figuras con el dolo como término disposicional

Esta teoría tiene su origen en el Derecho romano, donde se planteaba que el dolo se debía acreditar *ex re*, “a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por el sujeto”<sup>149</sup>. Encontramos su antecedente en el Digesto<sup>150</sup>, en el que se señalaba “si algo ha sucedido con dolo se deduce de lo sucedido”, a lo que se añadía que “conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles”. Se trata, para Ragués, de “la atribución del dolo al sujeto a partir de la valoración de datos de naturaleza objetiva”<sup>151</sup>

La teoría del *dolus ex re* supone el dolo, es decir, lo plantea como verificado o “presente” en base a la consideración de los datos que pueden proporcionarnos hechos de naturaleza objetiva. Hruschka indica que von Weber describió este dolo como “aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”<sup>152</sup>, por lo que su comprobación en el proceso deriva “de conclusiones que se obtienen a partir de la génesis externa y de la forma del delito”<sup>153</sup>. Para Jakobs, “*dolus ex re* significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico”<sup>154</sup>. En palabras simples, podríamos decir que respecto del *dolus ex re*, no basta con la sola realización del tipo delictivo para considerar a la conducta como dolosa, sino que lo que hay, es una consideración de que, confirmándose determinados o algunos datos fácticos -distintos de los hechos que deben darse para la adecuación típica- el dolo se deduce necesariamente de ellos. Se trata de un razonamiento lógico formal que nos permite acceder

---

<sup>149</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 278.

<sup>150</sup> Véase Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo”, ed. cit., pág. 70.

<sup>151</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 278.

<sup>152</sup> Hruschka, op. cit., págs. 188-189.

<sup>153</sup> Ídem, pág. 189.

<sup>154</sup> Jakobs, “Representación del autor e imputación objetiva” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, Mes 2, 1991, pág. 506.

al estadio subjetivo mediante la experiencia cotidiana, lo que se explicaría con la frase “habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo”<sup>155</sup>. Las llamadas conclusiones *ex re* mediante las que se comprueba la existencia del dolo, se corresponden con reflexiones que una persona común emplea de manera cotidiana en la vida social en base a la experiencia<sup>156</sup>. Para Sánchez Málaga el *dolus ex re* se presenta como una alternativa de normativización consistente en deducir el dolo -como elemento interno- de lo acontecido -elemento externo-<sup>157</sup>. Con arreglo a esto último, el *dolus ex re* “no tendría un carácter interno propio, sino sólo un significado con relación a la práctica de la prueba”<sup>158</sup>. Siguiendo una línea como esta, evidentemente el problema del dolo deja de ser un problema de carácter material y pasa a ser una cuestión por tratar dentro de los estudios de Derecho procesal, lo que resulta bastante cuestionable, ya que “no es tan evidente que de una figura respecto a la cual no cabe prueba en contrario pueda afirmarse que tiene un mero carácter procesal”<sup>159</sup>.

Hruschka distingue el *dolus ex re* de la *praesumptio doli*, señalando que “una presunción, en el sentido del término que aquí interesa, es un precepto legal o una praxis judicial de acuerdo con la cual siempre que se considera probado un hecho H1, también debe afirmarse como acreditado el hecho H2”<sup>160</sup>. En otras palabras, con la sola realización del tipo por parte del agente, se entiende que esta realización es dolosa. En cambio, “la prueba del dolo *ex re*, considera la globalidad de un hecho concreto y se basa en sus circunstancias y naturaleza específicas, pero no permite afirmar de modo general que los hechos sean en su mayor parte hechos dolosos”<sup>161</sup>. Al comparar ambas figuras y su impacto en la prueba del dolo, Ragués dice que “es indiscutible que tanto las presunciones de dolo como el *dolus ex re* representan una naturaleza presuntiva, si bien esta segunda figura permite tener en cuenta muchas más

---

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> Hruschka nos explica que deducir de las circunstancias externas de un caso que el acusado era consciente del hecho y de sus características relevantes no es algo distinto a, por ejemplo, decir que alguien padece dolor porque se está retorciendo en el suelo mientras grita, o que tiene miedo porque palideció y comenzó a temblar. *Op. cit.*, pág. 190.

<sup>157</sup> Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo”, *ed. cit.*, pág. 70.

<sup>158</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, *ed. cit.*, pág. 280.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Hruschka, *op. cit.*, pág. 190.

<sup>161</sup> *Ídem*, pág. 192.

peculiaridades del hecho que las primeras y, por ello, es una vía de imputación bastante más ajustada a las circunstancias del caso”<sup>162</sup>.

Esta idea fue criticada por diversos autores. Jakobs dice que también forma parte de la experiencia cotidiana “la existencia de situaciones especiales en las que la conclusión que se extrae de comportamientos habitualmente significativos es errónea, o en las que una conclusión extraída de un comportamiento habitualmente no significativo es correcta”<sup>163</sup>. Esto quiere decir que, si atribuimos a un dato fáctico el suficiente valor como para dar por establecido el dolo con su sola verificación, corremos el riesgo de dejar de lado las diversas posibilidades que se dan en la realidad, las que efectivamente pueden corresponderse con la experiencia, como puede haber casos en que no necesariamente. Luego, menciona un problema base con el que carga el planteamiento del *dolus ex re*, que es que la configuración de la vida no tiene una forma estandarizada, pues si así fuera, el contexto para el dolo ex re sería siempre familiar, en cambio, en nuestra sociedad libre, el contexto está ilimitadamente diferenciado, por lo que para la consideración del *dolus ex re* debe prestarse atención a las diferencias en la configuración de la vida<sup>164</sup>. A esto se añade que una sociedad libre no puede fijar cada una de las formas de comportamiento contrarias a la norma<sup>165</sup>.

Ahora, debemos tratar de vincular y diferenciar las dos figuras planteadas en este último punto con una comprensión disposicional del dolo. Para Hruschka, un problema del que adolece el *dolus ex re* desde su punto de partida, es que resulta errónea su idea de que esta es una inferencia que puede o permite probar los hechos internos por referencia a los externos, porque lo que hace es buscar una prueba de una situación mental que se da en el agente, es decir, apunta más a una verificación que a una atribución<sup>166</sup>. Bajo la manera en que este autor entiende el *dolus ex re*, una diferencia con la concepción del dolo como término disposicional radica en que, en esta última, mediante la prueba de indicios, lo que se intenta es atribuir un

---

<sup>162</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 285.

<sup>163</sup> El autor ejemplifica de la siguiente manera su afirmación: “Para las personas que son propensas a gastar bromas pesadas, un disparo que por poco no alcance a otro no tiene por qué ser indiciario de dolo de matar, pero para aquellas personas que tienen en su casa una hoja informativa conforme a la cual las ortigas son consideradas plantas venenosas, puede constituir un indicio de dolo el hecho de mezclar ortigas con verduras; como también se deduce la existencia de dolo en aquellas personas que conservan arsénico y sal de cocinar una al lado de la otra en envases semejantes cuando sirven comida salada”. Véase Jakobs, op. cit., pág. 506.

<sup>164</sup> Jakobs, op. cit., pág. 506.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> Hruschka, op. cit., pág. 196.

determinado predicado disposicional a la conducta del individuo, mientras que la teoría del *dolus ex re* busca -o más bien presume, aunque no de la misma manera que una presunción de dolo- la verificación de la existencia de determinados “hechos” psíquicos en el individuo a partir de ciertos elementos objetivos presentes en la conducta del agente.

De una opinión diferente es Ragués, quien cree que ni el *dolus ex re* ni la presunción de dolo apuntan a la averiguación de un dato psicológico. “Las presunciones de dolo, al igual que el *dolus ex re*, no parecían interesarse especialmente por vincular la aplicación del concepto de dolo a la averiguación de un dato psicológico”<sup>167</sup>. Sin duda que la presunción no busca averiguar cuestión alguna, pues simplemente basándose en lo que se estima es lo “común”, reputa como dolosa una conducta, mientras que el *dolus ex re* se conforma para dar por comprobado el estado mental con la verificación de un hecho objetivo, que, también, se considera en base a la experiencia de los ciudadanos en la vida social. Para él, “dichas presunciones partían de la idea, según la cual, por principio, todas las conductas tienen carácter consciente y voluntario, y la vigencia de tal regla solo se desvirtuaba en aquellos supuestos en que existían pruebas de lo contrario. Es obvio que con un sistema como éste se acababan reputando dolosas todas aquellas conductas sobre las que no existen pruebas a favor ni en contra de la existencia del dolo, y también aquellas en que, pese a existir prueba en contra de la presunción, se considera que no tiene fuera suficiente para enervarla. Desde el momento en que el dolo se imputa por principio, es evidente que la solución que ofrecen las presunciones de dolo no pasa por la averiguación de un dato psicológico alguno, siendo patente su carácter normativo”<sup>168</sup>.

De esta forma, si preferimos las ideas propuestas por Ragués, debemos considerar que tanto las presunciones de dolo como el llamado *dolus ex re* comparten ciertos elementos, como el hecho de basarse en una supuesta “experiencia acumulada” para justificar sus concepciones. Pero en las dos antiguas formas de dolo, esta experiencia se presume en el concepto, mientras que el término disposicional requiere en sí mismo la verificación empírica, y no sólo supone un juicio consistente en la verificación de datos fácticos. Además, hay otra semejanza con la comprensión disposicional del dolo, en el sentido de que hay un abandono de la idea de

---

<sup>167</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 285.

<sup>168</sup> *Ibíd.*

averiguar qué es lo que efectivamente se representó o quiso el agente al momento de realizar la acción típica -cuestión obvia en la presunción-. Se abandona un punto de partida psicológico para adoptar uno normativo que, respecto de los términos disposicionales, apunta a recolectar datos objetivos que nos permitan atribuir un determinado conocimiento de los hechos o una voluntad dirigida a un determinado hecho, pero todo esto teniendo en consideración que la disposición que predicamos respecto de determinado hecho, es siempre una cuestión probabilística, se trata de una predicción, pues no da necesariamente lugar a la imputación a título doloso sin más, no le basta la realización del tipo legal ni la concurrencia de uno o algunos hechos objetivos que suelen considerarse comunes respecto de conductas dolosas, como en las dos figuras que explicamos con anterioridad, sino que debemos formular un juicio de atribución, atribuyendo una propiedad disposicional a un objeto.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### TÉRMINOS DISPOSICIONALES Y TEORÍAS SOBRE EL DOLO

#### I) Las principales teorías sobre el dolo y la concepción disposicional

A partir del análisis del dolo entendido como termino disposicional, ahora debemos profundizar un poco más y revisar qué nos dejan las distintas teorías del dolo que han sido formuladas a lo largo de los años, desde una perspectiva disposicional. Para Maurach, “la determinación del dolo eventual puede ocurrir, básicamente, por vía de dos métodos distintos, esto es, según se considere el saber del autor o la dirección de su voluntad”<sup>169</sup>, siendo éstas las principales corrientes teóricas que desde el siglo XIX han agrupado a los penalistas que se han ocupado del problema de la distinción conceptual entre el dolo eventual y la culpa. Aquí nos ocuparemos de algunas de las teorías que se han formulado para lograr una distinción entre el dolo eventual y la culpa, pero abordando, de todas formas, las teorías sobre el dolo que discuten si su esencia está dada por el elemento intelectual o el volitivo, o si sólo debiera considerarse el elemento intelectual.

#### i) Teorías de la representación:

Según estas teorías, el elemento central para determinar el límite del dolo debe ser la representación -elemento intelectual-. En conformidad a esta corriente, la distinción entre dolo e imprudencia se logra teniendo en cuenta “el grado de puesta en peligro del bien jurídico que causa el autor según su representación”<sup>170</sup>, cuestión que sería común tanto a la realización culposa y dolosa, siendo su diferenciación sólo gradual: “cuanto mayor sea el

---

<sup>169</sup> Maurach/Zipf, *Derecho penal*, 2 vols., Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, pág. 388.

<sup>170</sup> Puppe, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Traducción de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 85.

peligro que crea el autor a sabiendas o según sus representaciones, tanto mayor será el ilícito subjetivo cometido por él o la culpabilidad”<sup>171</sup>. En sí, se trata de la intensidad de la representación de que se produzca el resultado típico al momento de la realización, a juicio del agente; es decir, “el grado de posibilidad con que el sujeto se representó la producción del resultado típico”<sup>172</sup>. Aquí hay un elemento volitivo que se ha reducido al máximo; la realización dolosa ya no dependerá de una voluntad dirigida al resultado, sino que se presentará siempre que el autor no haya obrado coaccionado. Así, la distinción entre dolo y culpa ya no depende de la comprobación de la voluntad; sólo puede depender del conocimiento o desconocimiento del autor<sup>173</sup>.

Considerar el dolo en su esencia sólo como representación viene de la idea de que determinados comportamientos parecen lo bastante graves como para merecer la sanción más severa, aun faltando en ellos una auténtica voluntad de realización del tipo<sup>174</sup>. Teniendo en consideración tal máxima, los partidarios de esta teoría abandonan la idea de que el querer deba ser un elemento imprescindible para todas las modalidades de dolo<sup>175</sup>. A pesar de no incluir la voluntad como elemento decisivo en la concurrencia de dolo, desde una perspectiva

---

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> Cury Urzúa, *Derecho Penal*, Parte General, Ediciones UC, Santiago, 10ª ed., 2011, pág. 318.

<sup>173</sup> Bacigalupo, *Derecho penal*, Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 2ª ed., 1999, pág. 318.

<sup>174</sup> A partir de un análisis histórico del dolo, es posible dilucidar que su concepto ha sido modificado a lo largo de los años con la intención de que sea posible subsumir en él conductas que se consideran lo suficientemente graves como para merecer un castigo más severo, pero que no eran contempladas por el concepto de dolo que antes se brindaba. Por ejemplo, para los glosadores y para los romanos, el dolo abarcaba únicamente supuestos de genuina intención directa (*dolus malus*). Para extender el ámbito del dolo y para castigar más conductas a este título, surge el concepto del dolo eventual, la teoría de la indiferencia, el *dolus indirectus*, y la ignorancia deliberada, entre muchas otras formulaciones, todas éstas buscando que el castigo doloso se amplíe aún más y pueda captar conductas que en concepciones previas serían castigadas como hipótesis culposas. De esta forma, muchas conductas que inicialmente consideraríamos como “imprudentes”, son colocadas dentro de la esfera del dolo en base a estas teorías; es decir, desde siempre se ha tratado de ampliar el dolo a partir de la imprudencia consciente, e incluso, en algunos casos, la inconsciente. Véase, Ragués i Vallès, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, ed. cit., pág. 14; Sánchez Málaga Carrillo, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, B de F, Buenos Aires, 2018, cfr., págs. 195-198.

<sup>175</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 53. A nuestro parecer, según el concepto generalizado que se tiene del dolo directo, en éste es crucial el elemento volitivo, ya que la imputación de ese título, en este ámbito, radica principalmente en una especialmente fuerte voluntad del agente, y no necesariamente una igualmente fuerte representación. Puede afirmarse la concurrencia de dolo directo de primer grado en circunstancias en que el agente no sabe si la conducta que realiza será apta para lograr el resultado que se persigue, pero como considera que existe una posibilidad -débil elemento cognoscitivo-, actúa de todas formas, y su voluntad es lograr el resultado que se ha propuesto. Así, en el dolo directo de primer grado hay una especial consideración al elemento volitivo. Así, nos parece difícil imaginar un dolo directo en donde no hay consideración a la voluntad.

con un enfoque más sistemático, se ha dicho que “la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes”<sup>176</sup>.

La corriente que se apoya en la representación puede ser subcategorizada en otras diversas, que discuten sobre el grado de posibilidad o probabilidad que debe representarse el agente para que concurra dolo:

a) Teoría de la posibilidad: afirma que existe dolo eventual no con una probabilidad - entendida como una considerable o alta posibilidad-, sino cuando el autor ha tenido por posible el resultado lesivo, es decir, la realización del tipo<sup>177</sup>. Esta corriente “se apoya, sobre todo, en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad”<sup>178</sup>, lo que quiere decir que lo que excluye el dolo es sólo una absoluta falta de representación de la posibilidad del resultado lesivo.

El estándar de esta teoría parece muy difuso al momento de determinar el castigo a título doloso, ya que, atendiendo a la representación de una mera posibilidad, por más mínima que sea, correspondería imputar dolo; incluso cuando el agente haya visto como muy difícil o improbable la producción del resultado, no se excluiría el hecho de la representación de la “posibilidad”.

b) Teoría de la probabilidad: una probabilidad significa mucho más que una simple posibilidad, supone un alto grado de posibilidad. Aquí se ha hecho depender al dolo de si “el sujeto contaba con (consideraba predominantemente probable) que se realizara el tipo del delito”<sup>179</sup>, o del grado de probabilidad con que el autor espera la realización del tipo<sup>180</sup>. De esta forma, “obra con dolo eventual quien se ha representado su producción como una

---

<sup>176</sup> Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1ª ed., 1992, pág. 401.

<sup>177</sup> Jescheck/Wiegand, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Comares, Granada, 4ª ed., 1993, pág. 271.

<sup>178</sup> Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, 2 vols., Civitas, Navarra, 2014, t. I, pág. 433. Podemos añadir un comentario respecto a lo señalado en esta cita. Planteada dicha idea desde una concepción finalista, hay una clara confusión sistemática al momento de esgrimir tal argumento, ya que, si algo debiera hacer desistir al agente de la realización del tipo, es la conciencia de la ilicitud de su conducta -si no ¿por qué debiera desistirse de actuar de tal forma? -. Como sabemos, los finalistas ubican el dolo en el tipo, no en la culpabilidad. De esta forma, una afirmación como esta solo puede ser formulada desde una concepción sistemática que ubique el dolo en la culpabilidad, y no en el tipo.

<sup>179</sup> Ídem, pág. 435.

<sup>180</sup> Jescheck/Wiegand, op. cit., pág. 271.

consecuencia probable de la acción”<sup>181</sup>; en otras palabras, si el autor se ha representado como próxima o probable la realización del resultado típico<sup>182</sup>. Esta versión no está exenta de problemas. El límite sigue siendo poco claro: ¿Cuándo una posibilidad se transforma en una probabilidad? ¿Cuándo la probabilidad pasa a ser penalmente relevante? Cabría excluir de partida un criterio estadístico-numérico, por su imposible determinación práctica.

A las críticas formuladas, Roxin añade una evidentemente cierta: “lo discutible es sin embargo que para la seriedad del contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad”<sup>183</sup>. El ser humano en el común de las circunstancias no actúa tomando en cuenta “grados de probabilidad” al momento de actuar, sino que posibilidades, oportunidades o eventualidades, las que, de todas formas, no son determinadas con un estándar unitario y común a todas las personas. En breves palabras, el problema de estas teorías “es el porcentaje de probabilidad con que comienza el dolo y acaba la imprudencia consciente y cómo ha de obtener el autor la representación de tal porcentaje de probabilidad”<sup>184</sup>.

A nuestro parecer, seguir esta línea acaba negando la existencia de una imprudencia consciente, siendo toda imprudencia “una imprudencia inconsciente”, distinguiendo dolo e imprudencia solo como conocimiento y desconocimiento<sup>185</sup>; postura seguida por Silva Sánchez, para quien “lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto

---

<sup>181</sup> Cury Urzúa, op. cit., pág. 318.

<sup>182</sup> Maurach/Zipf, et. vol., pág. 388. Mañalich afirma que “un ordenamiento jurídico podría partir como base para el castigo a título doloso, exigiendo un conocimiento efectivo sobre la realización del resultado lesivo en virtud de la conducta típica, pero actualmente los ordenamientos se conforman con “una creencia cualificada por un cierto grado de probabilidad”, para imputar dolo eventual. Véase Mañalich Raffo, “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N°2, pág. 473.

<sup>183</sup> Roxin, op. cit., 435.

<sup>184</sup> Puppe, op. cit., pág. 88. La forma en cómo también se adquiere el conocimiento de la posibilidad es importante. Por ejemplo, el caso de un conductor que va manejando por el centro de la ciudad. Si éste sólo se imagina que si dobla rápido en la esquina puede lesionar a alguien, difícilmente podemos considerar que el sujeto se representó una probabilidad de que ello suceda. Muy distinta es la cosa si, por ejemplo, ese día hay mucha concurrencia de peatones o de otros vehículos, y decide doblar velozmente de todas formas. En el primer caso el conductor se representó la posibilidad sólo como un producto de su imaginación, pensando, tal vez, sólo en los infortunios que puede sufrir alguien; en cambio, en el segundo caso, el agente adquirió el conocimiento del mayor riesgo producido de situaciones objetivas -alto número de peatones y otros vehículos-, lo que sí sería una situación en que podría discutirse una imputación a título de dolo eventual. De esta forma, no cualquier “representación” da lugar al conocimiento exigido para el castigo doloso, sino solo aquellas que tienen un sustento fáctico y empírico.

<sup>185</sup> Roxin, op. cit., pág. 433.

que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”<sup>186</sup>. Siguiendo esta línea, deja de existir la imprudencia consciente, que pasa a estar dentro de la esfera del dolo eventual.

Desde la vereda de las teorías volitivas, se le ha criticado diciendo: “que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella”<sup>187</sup>; es decir, el conocimiento de la probabilidad de realización del riesgo es sólo un indicador para analizar la presencia o ausencia del elemento volitivo. Aquí Roxin<sup>188</sup> también señala que los resultados a que llega esta teoría no son muy distintos de los planteados por él, ya que continuar actuando en contra de esa representación de una probabilidad predominante, supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos.

Cury se suma a las críticas señalando que las teorías de la representación llevan a afirmar resultados que resultan del todo equivocados: si F se dispone a disparar a una muy larga distancia a L, y sabe que es altamente improbable que acierte, pero de todas formas lo intenta y da en el blanco, correspondería imputar culpa consciente, porque F no se ha representado como probable la realización del resultado típico, a pesar de su voluntad haya estado dirigida a lograr la muerte de L; además, si no acertara a L, F resultaría impune, pues la tentativa de delito imprudente no es castigada<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 401.

<sup>187</sup> Roxin, op. cit., pág. 435. La misma idea en Welzel, *Derecho Penal*. Parte General, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, cfr., pág. 76, quien, siguiendo la teoría del asentimiento, afirma que “la magnitud de la probabilidad de la producción del resultado, que el autor calculó, *puede* ser uno de los indicios de que había tomado de “yapa” el resultado posible”; también, Jescheck, op. cit., pág. 271; con mayores referencias, Puppe, op. cit., pág. 87.

<sup>188</sup> Roxin, op. cit., pág. 435. Aquí nos gustaría colocar una cita de Silva Sánchez para evidenciar la certeza de la afirmación de Roxin: “El conocimiento seguro y la intención no son clases de dolo de rango superior, sino situaciones especiales en las que la decisión en contra del bien jurídico, esencia del dolo, se hace especialmente evidente, desencadenando mayores necesidades preventivo-generales o preventivo-especiales”. Véase Silva Sánchez, op. cit., pág. 402, nota 394. Esta cita evidencia que algunos autores que se encuadran dentro de las teorías cognoscitivas, de todas formas, reconocen la existencia y relevancia del elemento volitivo -es decir, que forma parte del dolo-, sólo que muchas de éstas deducen el elemento volitivo a partir del conocimiento representado por el autor; en otras palabras, dicen que el dolo tiene un elemento emocional, pero éste se extrae del conocimiento del agente; si hay conocimiento, hay voluntad. En este sentido, es del todo acertada la afirmación de Roxin.

<sup>189</sup> Cury, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*, Homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. Universidad Finis Terrae, Santiago, 2010, cfr., págs. 85-86.

Mirando esta teoría desde una perspectiva disposicional, debiéramos seguir un concepto de probabilidad no subjetiva ni objetiva, sino lógica<sup>190</sup>. Aquí seguimos a Pérez Barberá<sup>191</sup>, quien, a pesar de no adscribir expresamente a esta línea, sigue la misma corriente al señalar:

*Todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de ella), el cual es condicional y cuenta, por lo tanto, con un antecedente y un consecuente (...) si se da un conocimiento x del autor, una voluntad y, y una entidad de peligro z, entonces existe (objetivamente) una probabilidad p de previsión de la realización del tipo.*

Es decir, tomando en consideración el “conocimiento” como dato graduable, y sabiendo que el juicio respecto de términos disposicionales es también *probabilístico*, corresponderá afirmar en un mayor o menor grado el conocimiento de la probabilidad de realización del resultado típico, según los datos con los que contemos para formular dicha hipótesis. Así, correspondería alejarnos de un concepto subjetivo de probabilidad que toma en cuenta la probabilidad que se ha representado el autor; y ello porque dicha consideración carece de relevancia práctica, pues resultará difícil establecer *qué grado de probabilidad* se representó el autor en concreto, y porque según las teorías normativas, no corresponde al individuo enjuiciar el grado de probabilidad que existe respecto de la realización del resultado típico, sino que es al ordenamiento jurídico al que toca hacer dicho juicio.

## **ii) Teorías de la voluntad**

La línea tradicional distingue el dolo eventual y la culpa de acuerdo a si el agente “asiente interiormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta”<sup>192</sup>. Aquí encontramos todas las teorías doctrinales que le brindan un papel preponderante al elemento volitivo del dolo, es decir, lo esencial es el “querer”. Dentro del contenido de este “querer”, se ha considerado “la aprobación, la aceptación o ratificación del resultado, es decir, siempre y, en todo caso, un elemento volitivo en relación con el resultado, que sustituya

---

<sup>190</sup> Pérez Barberá, “El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, N°6, 2011, cfr., pág. 33.

<sup>191</sup> Ídem, págs. 35-36.

<sup>192</sup> Díaz Pita, *Los límites del dolo eventual*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1993, pág. 183

la intención o la voluntad final”<sup>193</sup>. Esto último porque en el ámbito del dolo eventual, quienes defienden esta idea de dolo aceptan que en esta forma hay una ausencia de voluntad respecto del resultado y, por ende, tratan de encontrar este elemento emocional de una manera indirecta. Las teorías de la voluntad “se aferran a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerzan por encontrarlo en todos aquellos supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso”<sup>194</sup>, aun cuando, no haya una “voluntad” -naturalmente entendida- dirigida al resultado.

Entre los ilustres penalistas que defendieron una teoría de la voluntad, podemos mencionar a Carrara, para quien el dolo era “la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley”<sup>195</sup>, ya que, para él, desde el punto de vista subjetivo, lo determinante es siempre la decisión de actuar<sup>196</sup>.

A continuación, revisaremos brevemente algunas teorías formuladas que brindan una especial consideración al elemento volitivo, en específico, para diferenciar el dolo eventual de la culpa.

#### a) Teoría de la aprobación o consentimiento:

Para Jescheck, la teoría del consentimiento “requiere que el autor haya *aprobado* el resultado o lo haya *aceptado aprobándolo*, o que hubiera actuado también con *conocimiento cierto del resultado*”<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> Corcoy Bidasolo, “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Doctrina y Jurisprudencia penal*, Universidad de los Andes, N°4, 2011, pág. 13.

<sup>194</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 53.

<sup>195</sup> Carrara, *Programa de derecho criminal*, Parte general, 10 vols., Traducción al castellano de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956, t. I, pág. 73. La voluntad en el pensamiento de Carrara evidentemente tenía que tener un papel esencial en el delito, ya que el maestro italiano construye su sistema sobre la base del Derecho natural y el libre albedrío, brindando un papel esencial a la libertad; por ende, todo ser humano libre está sometido a los dictados de la ley moral, y sólo con su voluntad puede infringirla. A pesar de ello, para efectos del dolo eventual, presumía la voluntad cuando existía previsión del resultado, pues la consciencia del riesgo ya hacía al agente incluir el resultado en su voluntad, brindándole mayor importancia al elemento cognoscitivo. Para una profundización y análisis del pensamiento de Carrara en cuanto a la voluntad, véase Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, cfr., págs. 41-46.

<sup>196</sup> Carrara, op. cit., t. II, pág. 65.

<sup>197</sup> Jescheck/Wiegand, op. cit., pág. 272. A nuestro parecer, de partida esta corriente sufre de problemas, ya que al referirse a un “conocimiento cierto del resultado”, se refiere a situaciones que situaríamos en el dolo directo de segundo grado, en el cual hay un especialmente fuerte elemento cognoscitivo, al nivel de “certeza” y, por ende, un elemento volitivo más débil.

La expresión más influyente de la teoría de la voluntad es sin duda esta, la que exige para el dolo eventual, junto con la previsión o representación del resultado lesivo, que el sujeto lo haya aprobado internamente, es decir, que haya estado de acuerdo con el mismo<sup>198</sup>. De esta forma, la esencia del dolo eventual estaría radicada en la previsión del resultado, más la aprobación de este como realidad interior<sup>199</sup>. La teoría del consentimiento no priva de importancia al elemento intelectual, ya que, lógicamente, es imposible una voluntad sin conocimiento<sup>200</sup>, por lo que el elemento intelectual debe ser sustento del elemento volitivo. De esta forma, aquí el sujeto debe representarse la producción del resultado como posible y, además, debe conformarse con la realización del resultado lesivo, es decir, consentir en él<sup>201</sup>. Por ende, cuestión crucial aquí es decidir cuándo podemos afirmar que un sujeto ha consentido en la producción de un resultado, lo que suele ser resuelto a través de las conocidas *fórmulas de Frank*<sup>202</sup>, las que han sido criticadas por dar consideración solo a situaciones de carácter hipotético.

Para efectos de determinar qué es lo que debe considerarse abarcado dentro de la voluntad, Cury formula una muy importante distinción entre querer y desear. Para el mismo, el “querer” abarca todo aquello que es contenido de la voluntad, sin que importen aspectos valorativos o utilitarios; en cambio, el “deseo” supone necesariamente una tendencia afectiva por motivos valorativos o utilitarios, la que, a su vez, puede o no realizarse en un *querer*<sup>203</sup>. Por ende, a su parecer, “contenido de la voluntad es, en primer lugar, aquello que el sujeto persigue como

---

<sup>198</sup> Roxin, op. cit., pág. 430; Díaz Pita, op. cit., pág. 183; Cury entiende que esta teoría como aquella que afirma que “la realización del hecho típico forma parte de la voluntad del autor cuando éste, habiéndosela representado como posible, *la ha aceptado*”. Véase, Cury, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, ed. cit., pág. 82.

<sup>199</sup> Roxin, op. cit., págs. 430-431. Para Jescheck, el dolo eventual “se integra así por la voluntad de realización concerniente a la acción típica (elemento volitivo), por la consideración seria del riesgo de producción del resultado, y en tercer lugar por el conformarse con la producción del resultado típico. Véase Jescheck, op. cit., pág. 270. En cambio, Roxin defiende la idea del dolo eventual como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. Para una profundización con mayores referencias, véase Roxin, op. cit., págs. 424-429.

<sup>200</sup> Zaffaroni/Aliaga/Slokar, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, cfr., pág. 521. En el mismo sentido, Romeo Casabona afirma “no hay inconveniente en aceptar que el componente volitivo depende del elemento intelectual, pues sólo puede quererse lo que se ha captado con anterioridad (el querer presupone el saber)”. Véase “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N°8, 2006, pág. 73.

<sup>201</sup> Maurach/Zipf, et. vol., pág. 389.

<sup>202</sup> La primera et: “el sujeto habrá aceptado la producción del resultado si, de habérsela representado como cierta, habría actuado de todas maneras”. La segunda, en cambio, dice: “suceda esto o aquello, lo mismo actúo”. Véase Cury, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, ed. cit., pág. 83.

<sup>203</sup> Cury Urzúa, *Derecho Penal*, ed. cit., pág. 316.

*objetivo* de su actuar; pero, además, también aquello que es medio necesario para la persecución de ese objetivo y, por fin, todas aquellas consecuencias posibles de la acción que el sujeto acepta para el caso eventual de que se realicen”<sup>204</sup>.

b) Teoría del sentimiento o de la indiferencia: Su principal exponente era Engisch, para quien existía dolo eventual cuando el sujeto aprueba las consecuencias de su acción que pueden lesionar un bien jurídico, o las acepta producto de su indiferencia ante el resultado<sup>205</sup>. Mirando el dolo eventual bajo este prisma, quedaría excluido el dolo si el agente no desea las consecuencias del hecho y espera que no se materialicen<sup>206</sup>, ya que en tal caso no se está ante una situación en que el agente es indiferente, sino que simplemente confía en el no acaecimiento del resultado lesivo.

A esta teoría se ha formulado fuertes críticas<sup>207</sup>: i) la indiferencia es un dato común tanto en el dolo eventual como en la culpa consciente; ii) supone caer en un Derecho penal de autor, pues hace posible el enjuiciamiento de la personalidad del sujeto en cuestión.

### c) La teoría de la decisión o actitud

De conformidad a esta corriente, se presentará dolo eventual cuando el agente, “además de representarse la posibilidad de realización del hecho típico, se ha conformado con que ello ocurra”<sup>208</sup>. Dentro de los autores que se inclinan por esta visión encontramos a Roxin, para quien una conducta es dolosa cuando supone la realización del plan del sujeto, lo que sería común a las tres formas de dolo que conocemos actualmente<sup>209</sup>.

Este autor da sustento a su propuesta de entendimiento del dolo según el motivo por el que el ordenamiento jurídico castiga más gravosamente las conductas dolosas que las culposas. Para él, “una diferencia fundamental que separa los hechos dolosos de los imprudentes radica

---

<sup>204</sup> *Ibidem*. Véase también a Roxin, para quien “La aceptación del resultado (...) no significa que el resultado deba corresponderse con los deseos del sujeto (...) En sentido jurídico, el mismo aprueba ese resultado pese a todo, cuando, en atención al objetivo perseguido, se resigna también a que su acción produzca el resultado en sí indeseado, y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca”. Op. cit., pág. 432.

<sup>205</sup> Díaz Pita, op. cit., pág. 193.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> *Ídem*, págs. 195-196.

<sup>208</sup> Siguiendo lo señalado por Stratenwerth, “se habla de dolo eventual respecto de todas las circunstancias o consecuencias que el autor asume en pos de la verdadera meta de la acción”. Véase Cury Urzúa, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, ed. cit., págs. 83-84.

<sup>209</sup> Díaz Pita, op. cit., pág. 202.

en la comprobación de si el sujeto (siendo indiferente sus emociones, actitudes internas o deseos) se ha decidido o no por la realización de un tipo penal”<sup>210</sup>. De esta forma, Roxin concibe el dolo eventual como una *decisión* por la posible lesión de bienes jurídicos, siendo esta decisión la que diferencia el dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente, y la que justifica su más severa punición<sup>211</sup>. Sin embargo, cabe advertir que el concepto de decisión empleado no es entendido como un fenómeno psicológico, sino que debe entenderse según parámetros normativos<sup>212</sup>.

En el ámbito del dolo eventual, esta decisión se presentaría en todo caso, cuando el sujeto, ante la posibilidad de producción de un resultado lesivo, continúa adelante con su conducta<sup>213</sup>, pues “quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente - aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo”<sup>214</sup>.

Según estas consideraciones, cabría apreciar dolo eventual cuando el agente cuenta seriamente con la posibilidad de realización del resultado lesivo y, aun así, realiza la conducta que *ex ante* estimó peligrosa para el bien jurídico, resignándose así a la eventual comisión del delito. En cambio, habrá culpa consciente cuando, habiendo advertido el agente la posibilidad de realización del resultado, no toma en serio dicho riesgo, y de todas maneras actúa, lo que no constituiría una resignación -o conformarse- relativa al resultado típico<sup>215</sup>. Para completar el círculo, Roxin evalúa qué es lo que permitiría “no tomar en serio” el riesgo de producción del resultado, distinguiendo entre “confianza” y “mera esperanza”. Para el profesor alemán, quien “confía” en la no producción del resultado -por ejemplo, porque el agente cree que posee cierta especial aptitud o habilidad- no toma en cuenta de manera seria el posible resultado, por lo que no podría imputarse dolo; en cambio, respecto de quien solo posee una “mera esperanza” -por la simple buena fortuna, por ejemplo- no cabría excluir el dolo, pues el agente simplemente deja el resultado al azar<sup>216</sup>. Empleando otras palabras, el

---

<sup>210</sup> Ídem, pág. 204.

<sup>211</sup> Roxin, op. cit., págs. 424-425.

<sup>212</sup> Ídem, pág. 429; Mylonopoulos, op. cit., pág. 19.

<sup>213</sup> Díaz Pita, op. cit., pág. 204.

<sup>214</sup> Roxin, op. cit., pág. 425.

<sup>215</sup> Ídem, pág. 427.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

estándar de Roxin relativo a la seriedad con la que el sujeto adopta la posibilidad viene determinado por la *racionalidad* del motivo por el cual el agente cree que el resultado no se producirá. Es decir, debe haber al menos un fundamento plausible para poder esgrimir una “confianza” en la no producción del resultado, y que ésta permita excluir el dolo.

Esta teoría es la que sigue tanto Mynolopoulos como Hassemer<sup>217</sup>, por lo que ambas son presentadas desde una vereda que reconoce un papel importante al elemento volitivo, pues dicha consideración permite extraer de los indicadores mayores datos, y esto debido a que un indicador puede estar referido tanto a un dato intelectual como a uno volitivo; por lo que, reducir el ámbito del dolo al puro conocimiento excluye -de la información que nos proporcionan los indicadores- datos que apuntan a un contenido emocional y que pueden ser cruciales para la solución de un caso.

#### d) Teoría de la indiferencia como dolo indirecto:

Esta teoría tiene como punto de partida una crítica a la aplicación del error en el ámbito del Derecho penal. Según esta crítica, es infundado negar el castigo a título doloso a una persona que obra con ceguera ante los hechos por indiferencia frente a las consecuencias de su acción<sup>218</sup> -es decir, quien no se proporciona los conocimientos por un desinterés en las consecuencias de su conducta-. Según lo que se dice normalmente sobre el error en el ordenamiento jurídico alemán, y a la disposición que lo contempla, esta circunstancia del desconocimiento debiera excluir el dolo, pues la ignorancia siempre provoca una descarga de responsabilidad, por ende, quien es absolutamente indiferente, resulta privilegiado<sup>219</sup>, lo que a los defensores de la teoría de la indiferencia parece absolutamente injustificado. Sus partidarios afirman que, si el autor alega desconocimiento de la realización del tipo por el sólo hecho de parecerle indiferente, atenuar su responsabilidad resulta ser un beneficio

---

<sup>217</sup> Mylonopoulos, op. cit., pág. 18; Hassemer, op. cit., pág. 69. Especialmente evidente en Hassemer, para quien el sujeto no solo debe “poseer” la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino “aceptarla”, “admitirla”, hacerla el fundamento de su acción, y eso significa “quererla”. Una “decisión” a favor del hecho injusto, su “asunción personal” no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo. Ídem, pág. 72.

<sup>218</sup> Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo indirecto?”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Traducción de la conferencia “Gleichgültigkeit als Vostatz?” por Percy García Cavero, Universidad de Piura, Octubre de 2004, cfr., pág. 35.

<sup>219</sup> Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, en Zugaldía Espinar y Barja de Quiroga (coords.), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2 vols., Marcial Pons, Madrid, 2004, t. I, cfr., págs. 345-346.

injustificable, pues no toda situación de desconocimiento entra dentro de la categoría del error<sup>220</sup>.

Castigar imputando dolo en base a esta teoría supone diferenciar dos situaciones; procedería “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles y, sin embargo, no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”<sup>221</sup>. Por ende, para castigar en base a esta doctrina, se requiere que el agente acoja cualesquiera circunstancias que podría dar lugar su conducta, por no tener un interés en representarse las posibles consecuencias lesivas; en cambio, si se las representa, pero no las desea, y por algún motivo confía en que no se producirán, no hay lugar para la teoría en comento.

Adscribir dolo al agente en las circunstancias antes mencionadas supone admitir que “para una imputación completa no sería en todo caso necesario el conocimiento, que constituiría más bien un indicador de la indiferencia ante el Derecho (...) en la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el Derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión”<sup>222</sup>.

Para Kindhäuser, “si la imputación del dolo está referida a la capacidad actual de acción para evitar la realización del tipo penal, el desconocimiento de los hechos por indiferencia no podrá fundamentar una responsabilidad dolosa. Si el autor, por la razón que sea, no se representa la probabilidad de realización del tipo penal, faltará fácticamente un presupuesto necesario para la formación del motivo. Imputar al autor conocimientos que no posee sólo por indiferencia no sería una solución viable, pues se trataría de una ficción en perjuicio del autor”<sup>223</sup>. Siguiendo lo afirmado por él, podríamos decir que, si permitimos el castigo a título doloso imputando al agente conocimientos que éste en verdad no tenía, destruimos el concepto de dolo en su totalidad; el dolo en principio era conocimiento y voluntad, luego pasa a ser sólo conocimiento, y con una teoría como esta, el dolo no requeriría voluntad, ni

---

<sup>220</sup> Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, et. vol., pág. 349.

<sup>221</sup> Roxin, op. cit., pág. 432.

<sup>222</sup> Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, et. vol., pág. 347.

<sup>223</sup> Kindhäuser, op. cit., pág. 53.

conocimiento, ya que abandonamos la exigencia de un conocimiento actual de las consecuencias<sup>224</sup>.

Para Roxin, la teoría de la indiferencia como dolo indirecto tiene algo de acertado: “hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente”<sup>225</sup>.

Para Puppe, la teoría de la voluntad tropieza con un problema al enfrentarse al dolo eventual, ya que no ha conseguido atribuir un sentido inequívoco al elemento volitivo del dolo eventual. La autora afirma que dentro de las teorías de la voluntad sólo hay fórmulas semejantes, y numerosos parafraseos, cuyos resultados prácticos son considerablemente parecidos. Así se refiere a ideas como: eliminar mentalmente el riesgo de producción del resultado representado, apartarlo de su representación, aprobar en sentido jurídico, resignarse, conformarse con él, aceptarlo, asumirlo como propio, o valorar positivamente que el resultado es improbable<sup>226</sup>.

### III) Mirada disposicional a las más importantes de estas teorías.

De conformidad a lo expuesto en el capítulo anterior, es evidente que los dos autores que revisamos parten no desde una fórmula cognoscitivista del dolo, sino de una volitiva. En este sentido, tenemos que preguntarnos cómo habría que mirar una teoría intelectualista desde una perspectiva disposicional. Si el dolo es sólo conocimiento, es esta la disposición a que debemos dirigir nuestro interés y, en particular, a la relevancia dispositiva que los indicadores puedan brindarnos de que el sujeto se representó la situación. Como sabemos, no puede haber voluntad sin conocimiento, de manera que, si limitamos el dolo a su aspecto intelectual, el juicio adscriptivo sobre éste es cercenado en su segundo nivel -el de la volición-, debiendo solo reducirse al aspecto cognitivo, que de todas formas debe ser probado en una concepción que abogue por dar una mayor consideración a la voluntad.

Veamos el siguiente ejemplo: X se dispone a realizar una fogata en un frondoso bosque donde las hojas de los árboles no se encuentran elevadas, sino más bien cercanas al suelo. X se hace

---

<sup>224</sup> Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, et vol., pág. 350.

<sup>225</sup> Roxin, op. cit., pág. 432.

<sup>226</sup> Puppe, *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, B de F, Buenos Aires, 2014, cfr., págs. 294-295.

de un recipiente con agua para apagar el fuego en caso de que éste se descontrole. El fuego se descontrola y X no logra apagarlo con el agua de la que disponía, provocándose un incendio de grandes dimensiones. En este caso, tenemos un único indicador (que X se proveyó de un recipiente con agua para evitar un posible incendio), el que debe apuntar al elemento intelectual y no al volitivo. Basándonos en una teoría de la representación, la información que nos brinda nuestro único indicador se limita a lo siguiente: “como X llevó un recipiente con agua a la fogata que realizó, era consciente de la posibilidad, probabilidad o riesgo de que el fuego se descontrolara y provocara un incendio”, por lo que correspondería castigarlo a título de dolo eventual.

Es evidente que, bajo esta fórmula, se deja fuera del juicio de imputación importantes datos que la realidad objetiva nos permite percibir. En cambio, si consideramos también el elemento volitivo, los datos que nos brinda el indicador no se limitan a lo anteriormente señalado, si no que quedan de la siguiente manera: “como X llevó un recipiente con agua a la fogata que realizó, era consciente de la posibilidad, probabilidad o riesgo de que el fuego se descontrolara y provocara un incendio, pero el hecho de que se haya tomado la molestia de ir con el agua a la fogata demuestra que éste no tenía intención alguna de provocar un incendio y, es más, tenía la intención de evitar este resultado si se daban las circunstancias”.

Así, bajo una mirada cognoscitivista se omite la consideración a los datos emocionales que pueden brindarnos los indicadores, quedándonos únicamente con aquello que nos sirve según nuestro criterio. Sin duda algo así cercena la relevancia dispositiva de los indicadores, pues se pasa a considerar sólo lo que nos sirve para castigar dolosamente, pero no lo que nos haría excluir el dolo. Y es evidente el cambio de naturaleza que puede tener el indicador según la teoría que adoptemos. Considerando el mismo ejemplo que mencionamos antes, para una teoría de la representación, el dato del recipiente con agua funciona como un indicador de la representación del resultado típico, o del riesgo inherente a la conducta; en cambio, si siguiéramos una teoría de la voluntad, debiéramos decir que el hecho de que X se haya hecho de un recipiente con agua es un *contraindicador* del elemento volitivo del dolo, ya que evidencia que el sujeto no pretendía provocar un incendio, y tomó alguna medida para tratar de evitarlo.

De esta forma, según la concepción del dolo que adoptemos, los indicadores pueden cambiar su naturaleza, siendo en un caso *indicadores*, y en otro *contraindicadores*. Por ello, creemos que es mucho más apropiado para una teoría disposicional partir desde el punto de vista volitivo, ya que de esta forma los indicadores son mucho más ricos en datos, lo que resulta más útil al momento de enjuiciar el acto del autor, y porque limitar los indicadores sólo a un aspecto -el conocimiento- resulta artificial y mutila la naturaleza de la acción humana<sup>227</sup>.

## II) Sobre el conocimiento como único elemento del dolo – Las teorías de Frisch, Jakobs y Ragués.

Muchos reconocidos penalistas han optado por una concepción de dolo que excluye la relevancia del elemento volitivo del dolo, basando la imputación a este título simplemente en el conocimiento del agente al momento de la realización del acto típico. A continuación, revisaremos la postura de algunos notables autores que se han suscrito en esta corriente.

### i) Jakobs

La teoría de Jakobs mezcla elementos de la teoría de la probabilidad con otros de la teoría del tomarse en serio. Para él, la esencia del dolo se encuentra en el conocimiento, siendo el riesgo no permitido de realización del tipo el objeto del conocimiento del autor<sup>228</sup>. Respecto al conocimiento y lo que debe abarcar, está fuera de discusión que no es necesario haber reflexionado sobre las consecuencias<sup>229</sup>, bastando únicamente el “conocer” o el “pensar”.

Para él, debemos distinguir entre las consecuencias principales y secundarias de la conducta típica:

---

<sup>227</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 73.

<sup>228</sup> Jakobs, *Derecho Penal*, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación, traducido por José Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed. 1997, cfr., pág. 315.

<sup>229</sup> Ídem, pág. 317. La misma idea se encuentra en Feijóo Sánchez, quien afirma que “tener conocimiento o representación de la situación típica no equivale a reflexionar sobre la misma”. Para hacer esta afirmación, el autor se basa en una distinción planteada en el ámbito de la filosofía del lenguaje. Por un lado, se encuentra el pensamiento por medio del lenguaje, o también llamado formulado lingüísticamente y, por otro lado, pensamientos en que no se utiliza el lenguaje, es decir, un lenguaje conceptual y otro gráfico, respectivamente. En base a esta distinción, afirma que hay una serie de conceptos y relaciones sobre las que podemos pensar sin necesidad del lenguaje, pues, en nuestras conductas más habituales no se utiliza el lenguaje como medio de pensamiento. De esta forma, bastaría solo el “pensar”, y no el “reflexionar”. Para un tratamiento más profundo, y con mayores referencias bibliográficas, véase Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 111-113.

i) Consecuencias principales de la conducta: “El autor puede obrar *a causa de* darse cuenta de la realización del tipo, la quiera por sí misma o sólo por sus consecuencias”<sup>230</sup>. Es decir, aquellas consecuencias que persigue directamente con su actuar son las llamadas *principales*.

ii) Consecuencias secundarias de la conducta: refiriéndose a éstas afirma que “el autor puede obrar dándose cuenta de la realización del tipo, sin que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de la voluntad; se percibe como dependiente de la voluntad, pero realizarlo no es el motivo de actuar”<sup>231</sup>. Estas consecuencias que no son contenido de la voluntad, pero que son previstas por el sujeto, son las llamadas consecuencias secundarias, y que quedarían dentro del ámbito del dolo.

Respecto de las consecuencias principales, considera que éstas son captadas tanto por el conocimiento como por la voluntad, mientras que las secundarias son captadas primordialmente por el conocimiento, teniendo la voluntad un papel secundario, pero siendo estas consecuencias dependientes de la misma<sup>232</sup>. En base a esta teoría funcionalista, cuando se prevén y se quieren las consecuencias principales, “el autor se ha desmarcado volitiva e intelectualmente de la evitación de las consecuencias”<sup>233</sup>; mientras que, respecto de las consecuencias secundarias, dice que el autor “solo se ha desmarcado intelectualmente, mientras que el aspecto volitivo se queda sin objeto”<sup>234</sup>.

En base a lo anteriormente expuesto, Jakobs cree que las teorías que defienden el dolo como conocimiento y voluntad están equivocadas y, por ende, entiende el dolo como “conocimiento de que la realización del tipo depende de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma”<sup>235</sup>.

---

<sup>230</sup> Jakobs, *Derecho Penal*, ed. cit., pág. 315.

<sup>231</sup> *Ibidem*. Este planteamiento se parece bastante a aquél formulado por Cury cuando se refiere a la diferenciación entre el “querer” y el “desear”, que como fue expuesto, supone que el querer es distinto de desear; si yo quemo una casa para cobrar el seguro, y me represento el riesgo de que viva una persona dentro -y hay indicios de que probablemente en esa casa viva alguien-, y de todas formas la incendio, yo no deseo la muerte de la persona, lo que quiero es cobrar el seguro de la casa que quemaré, pero de todas formas el autor incorpora a su “querer” la muerte de la persona, ya que era una probable consecuencia de su conducta. A nuestro parecer, se trata sólo de una diferente apreciación conceptual.

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> *Ídem*, pág. 316.

A partir de esta división entre consecuencias principales y secundarias, Jakobs construye su teoría del dolo. Para él, cuando el autor actúa en función de las consecuencias principales, es decir, cuando su obrar persigue la producción de éstas o quiere los efectos que espera de ellas, habría “intención” -dolo directo-<sup>236</sup>. Para estos efectos, es irrelevante que el autor “desea” las consecuencias o sus efectos, éste perfectamente las puede querer “de mala gana”, mientras éstas deban concretarse para que el agente pueda alcanzar su meta<sup>237</sup>. Entonces, para el autor, si el sujeto que actúa persigue las consecuencias directas de la realización típica, pasa a segundo plano el elemento intelectual: “el límite entre lo no improbable y lo que acaecerá con seguridad es solo cuantitativo y carece de importancia para el *dolo directo*”<sup>238</sup>.

Luego, tratando el dolo directo de segundo grado<sup>239</sup> -por él llamado *constancia*-, dice que, si el autor se representa la realización del tipo con certeza o seguridad, estamos ante esta especie de dolo. En este caso, el autor no quiere la realización del tipo respecto de estas consecuencias secundarias, “pero se da cuenta de que su evitación es incompatible con aquello que se quiere”<sup>240</sup>. En este ámbito, el autor no podría desvincularse de la producción de ese resultado en virtud de una disposición emocional, si es que se ha representado la producción del resultado con certeza. Por ende, habría dolo independientemente de que el autor apruebe “interiormente” o no la realización del tipo<sup>241</sup>. Así, en el dolo directo de segundo grado, tiene un papel mucho más relevante el conocimiento *seguro* que la voluntad.

Para Jakobs, se actúa con dolo eventual “cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable”<sup>242</sup>. En virtud de esto, la determinación del grado de probabilidad exigida al respecto denota la

---

<sup>236</sup> Ídem, págs. 321-322. Interesante aquí es que el autor, en el ámbito del dolo directo, brinda un papel preponderante al elemento volitivo, ya que el agente persigue las consecuencias principales con la realización de la conducta, es decir, las quiere, y sería aquello lo que caracteriza a esta forma de dolo. Véase también Jescheck, op. cit., pág. 267, para quien, en el ámbito del dolo directo, resulta indiferente que el sujeto considere el resultado como seguro o sólo como posible, pues basta la voluntad dirigida al resultado que se persigue.

<sup>237</sup> Ídem, pág. 322.

<sup>238</sup> Ídem, pág. 323. La cursiva es nuestra.

<sup>239</sup> Al parecer de Cury, este tipo de dolo es conceptualmente erróneo y prácticamente inútil, pues este es solo una variedad de dolo directo. Aquí, cita el ejemplo de quien pone una bomba en un avión para que éste explote en el aire; el autor quiere o persigue la muerte de todos quienes abordan ese avión, independientemente de que “desea” o le “interese” solo la muerte de un determinado pasajero, incluso aunque le disgustare la muerte de los demás. Véase su “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, ed. cit., pág. 82, nota 4; la misma idea, tratada con mayor detenimiento, en Cury Urzúa, *Derecho Penal*, ed. cit., págs. 316-317.

<sup>240</sup> Jakobs, *Derecho penal*, ed. cit., pág. 324.

<sup>241</sup> Ídem, págs. 324-325.

<sup>242</sup> Ídem, pág. 271.

medida en la cual el dolo eventual es extendido a costa de la culpa consciente<sup>243</sup>, ya que lo necesario es sólo que el autor se haya representado la realización del resultado como no improbable<sup>244</sup>. En este ámbito, el parámetro que determina el juicio de imputación es la relevancia decisiva del riesgo conocido por el sujeto, la que viene dada por el ordenamiento jurídico, de modo que no se toma en consideración la valoración individual del riesgo que tiene el sujeto, sino que se toma en cuenta una valoración legal del bien jurídico amenazado por la conducta<sup>245</sup>. Así, al parecer de Jakobs, la peligrosidad inherente a la conducta debe enjuiciarse en base a un juicio no subjetivo, sino normativo, de manera que “el riesgo que no es tolerado por el ordenamiento jurídico será relevante, aunque el sujeto lo considere incidental”<sup>246</sup>. A partir de esto último, “el riesgo comienza a ser relevante para la decisión, y basta para el dolo, cuando no sólo está permitido según su magnitud, sino que además sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto, sino se quiere impedir determinados ámbitos vitales”<sup>247</sup>.

Se ha criticado la tesis de Jakobs ya que el mismo ha afirmado que la relevancia de la decisión depende de la importancia del bien jurídico y de la intensidad del riesgo. Este planteamiento resulta erróneo ya que, según éste, cabría apreciar con mayor facilidad dolo eventual cuando la conducta riesgosa va dirigida a un bien jurídico de especial valor -como la vida o la salud individual-, mientras que cuando se trata de otros bienes jurídicos, el estándar bajaría y cabría apreciar más fácilmente culpa con representación<sup>248</sup>. Según el parecer de Donna, la teoría de Jakobs deja de lado la subjetividad del autor, ya que “el contenido del dolo viene dado desde afuera, es decir, del orden normativo, lo que lleva como consecuencia, que cada vez importe poco el real contenido subjetivo de la persona física, y comience a tener relevancia la exigencia mínima que el Estado en un momento dado exige”<sup>249</sup>.

---

<sup>243</sup> Maurach/Zipf, et. vol., pág. 389.

<sup>244</sup> Roxin, op. cit., pág. 441.

<sup>245</sup> Bustinza Siu, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, cfr., pág. 159.

<sup>246</sup> Jakobs, *Derecho penal*, ed. cit., pág. 277.

<sup>247</sup> Ídem, pág. 335.

<sup>248</sup> Ídem, pág. 333; Roxin, op. cit., pág. 442.

<sup>249</sup> El mismo autor, siguiendo a Rodríguez Montañés, señala que lo decisivo es lo que el autor se representa y quiere, pues estamos ante elementos subjetivos del tipo, por lo que prescindir de estos datos psíquicos, trasladándolos al plano objetivo puede dar lugar a una presunción de dolo. Donna, “El concepto objetivado de dolo”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín (coords.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo*

## ii) Frisch

A pesar de que Frisch suele ser incluido dentro de las teorías puras del conocimiento, veremos que tiene una mayor cercanía -teórica, pero no práctica- con algunas concepciones volitivas, por el papel que brinda a la voluntad, en particular, a su perspectiva de la *decisión* contra el bien jurídico; solo que, aquí, la decisión va referida a la acción y no a sus consecuencias<sup>250</sup>. Así, de partida vemos que Frisch no excluye totalmente la voluntad del dolo, sino que ésta debe abarcar la acción típica, y no el resultado.

Siguiendo esta teoría, el objeto del dolo no es el tipo objetivo, su realización o el resultado, sino que es la creación de un determinado riesgo para el bien jurídico, es decir, la conducta típica<sup>251</sup>. Defendiendo esta idea señala que no debe considerarse como objeto del dolo algo que sucederá en el futuro, ya que el dolo no puede referirse a un momento temporal posterior; el dolo va referido, siempre, al momento de la conducta típica<sup>252</sup>. Por ende, para la determinación del dolo eventual, Frisch parte desde el conocimiento del riesgo no permitido -que podría producir la conducta-.

Para él, en la conducta dolosa hay una contrariedad directa a lo permitido por la norma, y dado que ésta prohíbe una conducta por el peligro concreto que entraña para un bien jurídico, esa decisión opuesta a la norma se dará cuando el autor sea consciente de ese riesgo y a pesar

---

siglo. *Libro homenaje al Prof. Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 677-678; Romeo Casabona, op. cit., págs. 75-76.

<sup>250</sup> Laurenzo Copello, op. cit., pág. 228.

<sup>251</sup> Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, cfr., págs. 51-54. Todo lo contrario en Welzel, para quien el dolo exige: a) el conocimiento de las circunstancias de un hecho ya existentes; b) la previsión del resultado; c) la previsión del curso de la acción o nexo causal. Welzel, op. cit., pág. 78; en cambio, similar a Frisch se encuentra Jescheck, para quien el conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo situados en el pasado y en el presente, mientras que el resultado y la relación causal sólo deben ser previstos en sus rasgos esenciales. Jescheck, op. cit., pág. 264; en cambio, encontramos una idea algo similar en Bacigalupo: “el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido (...) quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa, obra con dolo, pues sabe lo que hace”. Véase Bacigalupo, op. cit., págs. 316-317.

<sup>252</sup> Bastando así con el conocimiento del peligro típico. Roxin, op. cit., pág. 439. A favor de este planteamiento, Silva Sánchez señala que el objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica, en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales. Compartiendo este punto de vista, se excluyen, como objeto del dolo, el proceso causal y el resultado, mientras que sí son considerados todos los elementos de la conducta que hacen de ésta una conducta *ex ante* penalmente relevante. Véase Silva Sánchez, op. cit., pág. 401.

de ello actúe<sup>253</sup>. En este sentido el riesgo relevante es entendido como “la posibilidad o chance de que la específica forma de comportamiento antinormativo se vea realizada por el comportamiento del agente”<sup>254</sup>. Es decir, habría decisión con sólo actuar en conocimiento del riesgo concreto que se crea para el bien jurídico, pero, “si el sujeto actuante sólo es consciente de una posibilidad (conectada a su comportamiento) cuya creación no prohíbe el ordenamiento jurídico, no cabe hablar en serio de comportamiento típico”<sup>255</sup>, situación que incluso extiende a casos en que el agente persigue el resultado al “desencadenar” el riesgo<sup>256</sup>. Así, la noción de peligro desaprobado es el requisito central del comportamiento prohibido, pues éste constituye la delimitación entre el comportamiento permitido y el prohibido<sup>257</sup>. Para ello, es necesario que, al momento del acto, el peligro sea constatable *ex ante*, y no sólo deducible *ex post*<sup>258</sup>.

Luego habría que preguntarnos cuál es el estándar que utilizar para el juicio objetivo *ex ante*, pudiéndose optar por uno individualizador -tomando en consideración los conocimientos concretos del autor, es decir, su psiquis-, o uno normativizado -de acuerdo con los conocimientos disponibles para la generalidad de las personas de la sociedad-. Sin embargo, Frisch adopta una postura intermedia, mezclando elementos de ambos. Si el sujeto por juzgar desempeña un rol específico en la sociedad, deberá considerarse un estándar objetivo en cuanto a su rol, es decir, se le aplicará un estándar más alto de conformidad a las expectativas que la sociedad tiene en cuanto a ciertos sujetos; en cambio, si el sujeto no desempeña un rol específico, el estándar se vuelve el general<sup>259</sup>.

Entre algunos defensores de la teoría del riesgo, pero que hacen descansar al dolo sólo en el elemento intelectual, se dice que su punto de partida permite brindar un concepto unitario de dolo para el sistema, porque en base a su postura, “en los delitos de resultado, para afirmar el dolo, basta con que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de

---

<sup>253</sup> Laurenzo Copello, op. cit., pág. 227; Jescheck dice que la teoría del riesgo es una versión más precisa de la teoría de la posibilidad, según la cual, “hay dolo si el autor, con plena consideración del riesgo (superior al tolerable) que su actuación comporta, se decide por ésta”. Op. cit., pág. 272.

<sup>254</sup> Mañalich, op. cit., págs. 473-474.

<sup>255</sup> Frisch, op. cit., pág. 54.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> *Ídem*, págs. 84-85.

<sup>258</sup> *Ídem*, pág. 85. A su parecer algo obvio, ya que sólo un peligro cognoscible en la situación en que se actúa puede ser objeto de una norma de conducta.

<sup>259</sup> *Ídem*, págs. 374-382.

producción del resultado; en cambio, en los delitos de mera actividad es suficiente con que el sujeto sepa que en su comportamiento concurren aquellos elementos que integran el tipo objetivo penal”<sup>260</sup>, que es una cuestión que no logran las teorías volitivas del dolo.

Pero para Frisch no basta con el conocimiento del riesgo causado por la conducta, también es necesario que el autor -en términos más compartidos- se *haya tomado en serio el riesgo*, es decir, “debe partir para sí de la posibilidad de realización del peligro. Por lo tanto, si juzga que el hecho no se va a producir o simplemente no toma posición alguna, no habrá dolo sino culpa”<sup>261</sup>. Es decir, para Frisch se excluye el dolo cuando el agente, a pesar de haberse representado el peligro, confía en un desenlace airoso<sup>262</sup>. Por ende, es necesario captar el sentido de aquello es representado, es decir, que el agente lo evalúe correctamente<sup>263</sup>, de otra forma, es imposible el castigo a título doloso.

A la teoría de Frisch se ha formulado numerosas críticas. Se ha dicho que su planteamiento “convierte los delitos de lesión en delitos de peligro, lo que en el caso del delito de homicidio sería tanto como afirmar que la acción homicida no consiste en matar a otro, sino en la realización de una acción peligrosa para la vida humana”<sup>264</sup>. De esta manera, bastaría con crear dolosamente el riesgo a que se refiere Frisch para que se cometa el delito, con independencia de que el resultado se concrete o no; la consumación quedaría adelantada a la sola realización de la acción peligrosa con conciencia precisa de su potencial lesividad.

Quienes critican los planteamientos normativistas señalan que, para Frisch, el dolo cuenta “solo con un elemento, el cognoscitivo, pero normativizado, en cuanto su objeto es sólo el peligro jurídicamente desaprobado, tal como lo exige la teoría de la imputación objetiva”<sup>265</sup>, por lo que el elemento volitivo resulta innecesario, pues quien conoce el peligro generado

---

<sup>260</sup> Ragués, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, ed. cit., pág. 15-16.

<sup>261</sup> Frisch, *Vorsatz und Risiko*, en Lorenzo Copello, op. cit., pág. 229. Para Jescheck, “considerar en serio el peligro quiere decir que el autor calcula como relativamente alto el riesgo de la realización del tipo”. Jescheck, op. cit. pág. 269.

<sup>262</sup> Frisch, *Vorsatz und Risiko*, en Roxin, op. cit., pág. 440; Lorenzo Copello, op. cit., pág. 230.

<sup>263</sup> Lorenzo Copello, op. cit., pág. 230.

<sup>264</sup> Sotomayor Acosta, “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”, en *Política Criminal*, vol. 11, N°22, (diciembre de 2016), pág. 678 nota 8.

<sup>265</sup> Donna, op. cit., pág. 677.

por su acción y de todas maneras actúa, “tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado”<sup>266</sup>.

Desde la vereda de las teorías intelectuales se le ha reprochado incluir un elemento volitivo en el dolo, que en su caso va referido al hecho de que el autor exige que el agente deba “tomarse en serio” la realización del tipo<sup>267</sup>. Puppe, señala que Frisch se inscribe dentro de las teorías de la voluntad, ya que para este autor “el dolo no depende solo de que el sujeto haya reconocido el peligro *o la situación objetivamente peligrosa*, sino de que lo haya considerado como tal”<sup>268</sup>. Así, la tesis de Frisch no es propiamente una teoría pura del conocimiento, sino que de todas formas involucra de manera muy relevante el dato volitivo del autor, referido a si éste asumió el riesgo que se estaba representando al momento de la realización del acto, esta es, la incorporación de la evaluación personal del riesgo<sup>269</sup>; elemento que para Puppe es absolutamente inapropiado incorporar, ya que lleva a castigar por imprudencia al sujeto que confía en que el resultado no se producirá por motivos completamente injustificados o irracionales<sup>270</sup>.

Si miramos la tesis de Frisch disposicionalmente, cabe decir que resulta un poco difícil abordar elementos disposicionales tan específicos como el “tomarse en serio el riesgo”, o el “confiar en que el resultado no acaecerá”, pues se trata de disposiciones que rara vez se reflejan en datos objetivos de los que podamos extraerlos, a diferencia de conceptos más generales como “conocimiento” y “voluntad”, que a pesar de ser igualmente datos internos, pueden ser apreciados más fácilmente en situaciones del mundo exterior. Es así, que, a nuestro parecer, a pesar de que Frisch incorpore un dato volitivo en su teoría, este carece de relevancia práctica alguna. Veámoslo con el clásico ejemplo del tirador con la bola de cristal. Según la teoría de Frisch, el agente realiza una conducta concretamente riesgosa para un bien jurídico, pero, si el agente confía en que acertará a la bola y no a la chica, debe excluirse el dolo. Pero semejante afirmación es imposible de probar; el riesgo de la conducta es constatable empíricamente, pero la confianza del sujeto es imposible de constatar. Así, a pesar de incluir un elemento volitivo, en la práctica, la tesis de Frisch se transforma en una

---

<sup>266</sup> Bacigalupo, op. cit., pág. 318.

<sup>267</sup> Laurenzo Copello, op. cit., pág. 229; Roxin, op. cit., págs. 439-441.

<sup>268</sup> Véase Puppe, *El Derecho penal como ciencia*, ed. cit., pág. 292. La cursiva es nuestra.

<sup>269</sup> Laurenzo Copello, op. cit., pág. 230.

<sup>270</sup> Puppe, *El Derecho penal como ciencia*, ed. cit., pág. 292.

teoría de la probabilidad, pues lo que se podrá extraer de datos objetivos normalmente será el conocimiento del riesgo, pero la -más interior aún- confianza del sujeto en un buen desenlace difícilmente podrá presentársenos. De esta forma, la tesis de Frisch permitiría llegar fácilmente a un castigo doloso -que se amplía a los supuestos de culpa consciente- y, además, restringe considerablemente el ámbito de exclusión del dolo, por ser casi imposible constatar situaciones que revelen una “confianza” en la no producción del resultado. Por ende, para efectos de entender el dolo como termino disposicional, la teoría de Frisch no nos resulta útil, con lo que hemos visto hasta ahora.

Pero, sí nos parece de gran importancia uno de los resultados a los que llega Frisch con su teoría. A partir de las líneas seguidas por el profesor alemán, éste rechaza la idea de considerar el dolo directo como “forma básica” del dolo, inclinándose por dar dicha calidad al dolo eventual<sup>271</sup>. A pesar de que Frisch llega a este punto por el desmembramiento del dolo que éste formula, compartimos su visión, pero por motivaciones diferentes.

Cury entiende que, históricamente, el problema ha sido que, considerándose el dolo directo como el “prototipo” de dicha categoría, las formulaciones en torno a determinar la diferenciación entre dolo eventual y culpa tratan de encontrar en la primera una referencia emocional que sea al menos coincidente con la expresión volitiva que caracteriza el dolo directo, lo que parece estar destinado al fracaso<sup>272</sup>. Y es evidente, porque “si la forma básica del dolo es la que requiere más calificaciones, es imposible pretender que esos requisitos se cumplan también en una modalidad más simple de dicho elemento subjetivo, que, por definición, tiene una estructura menos exigente”<sup>273</sup>. Así, Cury entiende que se debe concebir el dolo eventual como concepto general de dolo, y que el dolo directo sea sólo una forma especial de aquél, por lo que define el dolo eventual -o el dolo en general- como: “el conocimiento de la posibilidad de que se verifique el hecho descrito por el tipo legal

---

<sup>271</sup> Comparten este pensamiento; Pérez Barberá, op. cit., pág. 34, nota 66; Donna, op. cit., 678; Kindhäuser, op. cit., pág. 38-39; Sotomayor Acosta, op. cit., pág. 683; notablemente, Cury, “Sobre el dolo...”, op. cit., págs. 79-96; en contra de esta postura, Roxin, op. cit., pág. 425, nota 25, quien señala: “No convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo también en la *intención* y en el *dolus directus*. El criterio de la realización del plan, al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención, y observando en el *dolus directus* y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno”.

<sup>272</sup> Cury, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, ed. cit., págs. 82-90.

<sup>273</sup> Ídem, pág. 90.

respectivo como consecuencia de la ejecución de la acción que se ejecutará, y en conformarse con que así ocurra si ello es necesario para alcanzar la verdadera meta de la acción”<sup>274</sup>.

A nuestro parecer, una comprensión del dolo eventual como forma básica del dolo nos ayuda a comprender de mejor manera la concepción disposicional. Si, como dijimos, los elementos del dolo -conocimiento y voluntad- son conceptos disposicionales, estos admiten ser graduados; por ende, en virtud de los indicadores con los que contemos, podremos afirmar una mayor o menor *intensidad* del término disposicional en cuestión. Así, cuando construimos el dolo eventual debemos preguntarnos por aquellos *mínimos exigibles* para la configuración de un delito doloso-eventual. De conformidad a nuestra línea, consideramos como elementos relevantes para la conducta dolosa tanto el conocimiento como la voluntad; y debido a esto, podemos afirmar lo siguiente respecto a las otras dos formas de dolo<sup>275</sup>:

a) Considerando que el dolo eventual tiene un elemento cognoscitivo -el conocimiento de la probabilidad de realización del resultado típico-, éste puede aumentar gradualmente hasta convertirse en un conocimiento *cierto*, en cuyo caso nos encontraremos ante un supuesto de dolo directo de segundo grado.

b) Y, además, siendo parte del dolo un elemento volitivo -la decisión por la posible lesión contra el bien jurídico-, cuando éste se vea incrementado, y no solo haya una aceptación del resultado lesivo, sino que lo que específicamente quiere el autor con su conducta es dicho resultado, estaremos frente a un caso de dolo directo.

### iii) Ragués i Vallès

La teoría cognitiva de Ragués también toma como punto de partida el texto legal vigente que regula el error, ya que el ordenamiento jurídico español no cuenta con una definición del dolo. De esta manera, al considerar que es sólo el desconocimiento lo que excluye el dolo,

---

<sup>274</sup> El autor señala que su definición se diferencia de las planteadas por las teorías tradicionales por dos cuestiones: i) él se conforma con un conocimiento potencial de que se produzca el resultado, no es necesario un conocimiento actual; ii) en cuanto al elemento volitivo, no es necesario que el autor quiera la realización del resultado, sino que basta con el hecho de conformarse con que ello ocurra. Ídem, pág. 91; en cambio, bajo la misma lógica, pero bajo un prisma cognoscitivista, Kindhäuser entiende que se obra con dolo -eventual- “respecto de un resultado típico, siempre que se considere la realización de dicho resultado como una consecuencia posible -en el sentido de un riesgo concreto- de la conducta deseada”. Véase Kindhäuser, “Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia”, en *Revista Jurídica – Mario Alario D’Filippo*, Vol. 4, Revista N°1, ejemplar N°7, primer semestre de 2012, pág. 15.

<sup>275</sup> Kindhäuser, “Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia”, ed. cit., págs. 15-16.

elimina de su concepto el elemento volitivo. También añade que entender la voluntad como esencia del dolo supone castigar como meras imprudencias supuestos que, a su parecer -y según él, de cualquier persona- merecen una pena por delito doloso<sup>276</sup>. Incluso, menciona que el elemento volitivo no cumple rol alguno en delitos de mera actividad, bastando en estos el conocimiento; de manera que “la idea del dolo como voluntad se enuncia pensando exclusivamente en los delitos de resultado”<sup>277</sup>, lo que sería una forma errónea de entender el problema del dolo, ya que, si se pretende brindar una definición válida para toda la teoría del delito, esta falla al no poder emplearse en una categoría distinta de los delitos de resultado<sup>278</sup>.

Su teoría se acerca bastante a la formulada por Frisch, lo que se evidencia cuando dice “para el dolo no basta la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo”<sup>279</sup>. “El dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica: la consciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal”<sup>280</sup>; en otras palabras, el conocimiento del riesgo de realización del resultado típico, o riesgo provocado mediante su conducta. Así, entiende que existe dolo cuando “a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realización del tipo penal”<sup>281</sup>.

Pero el punto de partida de su tesis se encuentra en la relevancia que brinda al aspecto procesal del dolo; es decir, cómo se prueba el dolo en el proceso penal, lo que, entendido a la manera clásica, supone preguntarse cómo puede establecerse qué es lo que el sujeto ha conocido o se ha representado al momento de realizar el hecho típico<sup>282</sup>. Ragués discrepa del punto de vista psicológico y se inclina por la concepción normativa y, dentro de su teoría, defiende la idea del “sentido social de la conducta” como criterio -normativo- de

---

<sup>276</sup> Ragués, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, ed. cit., pág. 13.

<sup>277</sup> Ídem, pág. 15.

<sup>278</sup> Ibídem.

<sup>279</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 122.

<sup>280</sup> Ídem, pág. 189.

<sup>281</sup> Ídem, pág. 353.

<sup>282</sup> Ídem, pág. 189. En contra una concepción normativa, que no pretenden en ningún momento la constatación empírica de una realidad psicológica, pasando el juicio del dolo a ser adscriptivo y no descriptivo.

determinación del dolo<sup>283</sup>. Como argumento a favor de este criterio rector, y basándose en la estructura comunicacional de la sociedad, señala que las personas que comparten su vida en comunidad tienen en común “una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos”<sup>284</sup>.

En virtud de su inclinación por un elemento del dolo normativizado y reducido al puro conocimiento, sumado al criterio del “sentido social” de la conducta, formula su teoría sobre *las reglas de atribución del conocimiento* -una especie de reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno-, las que tendrían índole procesal y no material.

Entre ellas encontramos<sup>285</sup>:

a) Conocimientos mínimos: Por el sólo hecho de ser una persona imputable, ya le son atribuibles ciertos conocimientos mínimos, excluyéndose así la posibilidad de alegar un desconocimiento que podría ser considerado irracional por parte del sujeto. De esta forma, al individuo por el sólo hecho de ser jurídico-penalmente imputable ya debe atribuírsele ciertos conocimientos de los que sólo podría carecer en caso de ser inimputable<sup>286</sup>. Sin duda, esto constituye una presunción de *conocimiento* -y siendo el dolo solo conocimiento, muchas veces, de dolo-, pues normativiza de manera extrema al individuo, de manera que cualquier individuo que sea imputable cuenta con ciertos conocimientos. Los problemas que se nos presentan son, primero, en qué punto fijamos cuándo un desconocimiento es considerado como *irracional* y; segundo, que muchas veces un desconocimiento irracional de un peligro o situación no alcanzará para considerar inimputable a una persona, por lo que dicho conocimiento se le imputará de todas formas, aunque efectivamente no lo posea. Al final, se trata de una regla probatoria según la cual: “existen ciertos conocimientos mínimos que toda persona posee, y para que se considere que no es así, es necesario que ésta sea inimputable”. Claramente es una presunción que admite prueba en contrario, pero esta prueba difícilmente podrá presentarse, por lo que, en muchos casos, se transforma en una presunción absoluta de conocimiento.

---

<sup>283</sup> Ídem, págs. 323 y ss.

<sup>284</sup> Ídem, pág. 358.

<sup>285</sup> Ídem, págs. 379-441. Véase también Bustinza Siu, op. cit., págs. 205-206.

<sup>286</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit. págs. 379 y ss.

b) Transmisiones previas de conocimientos: “si se acredita que, con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”<sup>287</sup>. A nuestro parecer, una regla semejante posee relevancia práctica en casos concretos en que el agente recibe la información en un tiempo próximo a la perpetración del hecho, pues de lo contrario, la atribución de este conocimiento puede ser refutada en base a actos posteriores que puedan revelar que el agente, por ejemplo, ha olvidado la información que se le proporcionó. Sumado a este comentario, es posible añadir que esta atribución de conocimiento tampoco es infalible, ya que los humanos en el contexto de nuestras relaciones no guardamos en nuestra memoria cada dato que se nos proporciona, lo que muchas veces está determinado por la situación particular. Por ende, brindar suma relevancia a este tipo de criterios resulta peligroso al momento de atribuir un conocimiento al individuo, pues supone el riesgo de una presunción de conocimiento basada en el solo hecho de probar que, en algún momento, el sujeto recibió cierta información<sup>288</sup>.

c) Exteriorización del propio conocimiento: Este supuesto se da en situaciones “en que un sujeto exterioriza -de palabra o por actos concluyentes- que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la conducta típica”<sup>289</sup>. Esta exteriorización puede darse en distintos momentos; puede presentarse antes de la ejecución del hecho, durante su ejecución, o con posterioridad a ésta. Esta última distinción, a juicio del autor, implica requisitos diferentes en cada uno de estos supuestos. Importante mencionar que estas exteriorizaciones deben manifestar *inequívocamente* que el individuo ha contado con los conocimientos que se le imputan, por

---

<sup>287</sup> Ídem, pág. 403.

<sup>288</sup> Acoger esta forma de atribución de manera absoluta y sin matices evoca en un absurdo, pudiendo atribuirse conocimiento en situaciones en que tal vez el mismo acto informativo es deficiente. Supongamos: A es un joven aprendiz en un taller mecánico perteneciente a M, quien además trabaja en el lugar, también como mecánico. Un día, mientras M se encontraba soldando, llama a A para que observe mientras lo hace. Al terminar, le dice “así es como debes soldar” o “si quieres soldar, así se hace”. Decir que en un caso como el anterior A “aprendió” a soldar -por ende, ahora sabe soldar- es absolutamente inapropiado. En casos en que lo que está en juego una *capacidad* más que un *conocimiento*, es importante tener en cuenta específicamente, si la capacidad fue efectivamente aprendida, y prestar atención al acto de transmisión de la información necesaria o técnica necesaria. Por ende, debemos ser muy cuidadosos y admitir esta atribución específicamente al ámbito del conocimiento, y no extenderlo, por ejemplo, a capacidades, por el sólo hecho de que se probó un acto de comunicación en relación a un hecho principal que se pretende probar.

<sup>289</sup> Ídem, pág. 411.

lo que, si los indicadores carecen de una absoluta relevancia dispositiva, se les debe desechar<sup>290</sup>.

d) Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos: “sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características”<sup>291</sup>. Aquí se deja ver muy bien la importancia que los autores funcionalistas brindan al “papel” o “rol” social de una persona en la comunidad jurídicamente organizada. Por el hecho de uno cumplir un determinado rol en la sociedad -médico, electricista, ingeniero, biólogo- se deben entender atribuidos a él todos los conocimientos que uno espera que posea un profesional del ámbito o persona que se dedica a una determinada actividad; pero no es lo que simplemente “se espera” de determinado individuo por su particular situación o condición, sino que pasa a ser un juicio basado en un *deber ser*, ya que se estima que toda persona que tiene una determinada labor en la sociedad *debe* tener ciertos conocimientos, y si no los tiene, resulta irrelevante, pues éste *debía* tenerlos, y se le castiga, ahora no por la realización dolosa de un acto típico, sino por la falta de un conocimiento que el ordenamiento jurídico exigía que el sujeto tuviera, es decir, el ordenamiento jurídico le castiga por ser un mal profesional de su rubro.

A partir de lo anteriormente señalado, aunque pareciera que Ragués tiene una mayor cercanía con la idea del dolo como un término disposicional, éste se aleja de tal corriente al establecer numerosas presunciones de conocimiento en el ámbito del dolo. A pesar de que estas presunciones -de carácter procesal- pueden ser refutadas, la posibilidad de dicha refutación se ve, a lo menos, como considerablemente difícil -si no imposible-. Por ello, en nuestra concepción se debe descartar la fórmula de Ragués, al menos en los términos que él la plantea. Si el juicio respecto a la atribución de un término disposicional tiene siempre carácter probabilístico, mediante contraindicadores siempre será posible “bajar” el grado de probabilidad de concurrencia de la disposición que se pretende atribuir, cuestión que no permiten las reglas de atribución de conocimiento de Ragués, que como ya vimos, muchas veces llevan a presunciones -que de facto resultan ser absolutas-.

---

<sup>290</sup> Ídem, pág. 412.

<sup>291</sup> Ídem, pág. 429.

### c) Breve referencia a la concepción psicológica y al enfoque normativo del dolo

A manera introductoria del siguiente capítulo, en los siguientes párrafos nos enfocaremos en la transición que ha sufrido la comprensión del concepto de dolo, en particular, la transición de una concepción psicológica, a una normativa, ocupándonos de los principales caracteres de ambas. A continuación de ello, revisaremos dentro de cuál corriente se circunscribe la teoría que entiende el dolo como un término disposicional.

#### i) Concepción psicológica del dolo:

Las teorías psicologistas parten de una concepción naturalista del mundo, por lo que para imputar subjetivamente ha de verificarse la psiquis del actuante y determinar la existencia de ciertos fenómenos mentales<sup>292</sup>. Para estas teorías el conocimiento jurídico-penalmente relevante es sólo un fenómeno psicológico que se da al interior del autor, y que debe averiguarse en el proceso penal<sup>293</sup>.

Para brindar justificación a una teoría psicológico-individual, se ha echado mano de diversos argumentos. Si se abandonase esta línea y ya no se buscara averiguar hechos internos del sujeto, se dejaría de lado la pretensión de búsqueda de la verdad material, cuestión que representa una máxima en un Estado de Derecho, en relación a la meta de obtención de justicia a la que éste tiende; además, se dice que sólo se logrará un Derecho penal auténticamente racional si éste toma en cuenta las realidades empíricas a través de un análisis científico<sup>294</sup>.

Es evidente que el Derecho no puede tomar en consideración la totalidad de los complejos aspectos internos del ser humano, por lo que el ordenamiento jurídico se limita a dar relevancia a ciertos puntos clave de dicha subjetividad. Si se adoptara una concepción psicológico-descriptiva *pura* del dolo no sólo no parece jurídico-penalmente adecuada sino insostenible desde el punto de vista de la práctica judicial, pues la aprehensión de dicha realidad requeriría la utilización de los métodos científicos de la psicología, de muy difícil

---

<sup>292</sup> Caro John, “La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo”, en *Derecho & Sociedad*, N°39, 2012, cfr., pág. 24.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, Bases metodológicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 35.

aplicación en un proceso penal<sup>295</sup>. De esta forma, el mismo concepto subjetivo ya incorporado en nuestro juicio de responsabilidad penal ya está normativizado, en el sentido de que fue moldeado por la ciencia jurídica de manera que pudiera satisfacer las necesidades prácticas que exige el Derecho. Por eso, es muy acertado Díez Ripollés al señalar que “el jurista ha de lograr una formulación del concepto subjetivo tal que, sin identificarse con lo que sería una descripción exhaustiva de la realidad psicológica referida, resulte acorde con tal realidad y simultáneamente satisfaga las necesidades normativas. Tal labor se ve considerablemente facilitada en la medida que se trata de realidades que admiten referencias conceptuales graduales, no excluyentes o con límites radicales; así, los intereses normativos pueden acotar el sector de la realidad empírica relevante para el Derecho penal sin que ello implique una desnaturalización de ésta”<sup>296</sup>. Según lo advertido por este autor, resulta beneficioso un enfoque psicológico individual con cierto grado de normativización, pues si se tomara en consideración la totalidad de los aspectos psicológicos-subjetivos del agente, nos encontraríamos en un atolladero sin salida. Si reconstruimos los conceptos subjetivos-mentales en base a las exigencias normativas del Derecho, los limitamos a los aspectos que el mismo Derecho considera relevantes al momento del juicio de responsabilidad penal, sin dejar de lado -como haría una extrema normativización- la realidad de dicho aspecto subjetivo; es decir, el hecho psíquico es acomodado según las exigencias del Derecho, pero sin olvidar su sustento eminentemente interno e individual.

A pesar de esta meritoria fundamentación, el enfoque psicológico ha recibido numerosas críticas<sup>297</sup>:

a) Dificultades probatorias: a este respecto se señala que el dolo es un concepto de disposición, que posee la propiedad de carecer de verificabilidad empírica. Ragués señala que una aplicación coherente del enfoque psicológico supone renunciar a la posibilidad de condenar por delito doloso<sup>298</sup>. En general, esta crítica es el punto de partida de los enfoques normativos<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> Sotomayor Acosta, op. cit., pág. 695.

<sup>296</sup> Díez Ripollés, op. cit., pág. 43.

<sup>297</sup> Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normativa?” ed. cit., pág. 66-68.

<sup>298</sup> Ragués, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 520.

<sup>299</sup> La postura normativista puede adoptar un escepticismo ontológico, negando la existencia de “hechos mentales”; un escepticismo epistemológico, negando la posibilidad de conocer los aspectos internos de la

b) Vulneración del principio de culpabilidad: se ha dicho que los enfoques psicológicos tienden a un Derecho penal de autor al tratar de ingresar a la mente del individuo, pues criterios como la indiferencia o la aprobación suponen, en la mayor cantidad de casos, un enjuiciamiento sobre la personalidad del autor.

c) Vulneración del principio de lesividad: se les critica pues pareciera que no toman en cuenta el principio del Derecho penal como *última ratio*. Esto porque algunos de los resultados a los que llegan estas teorías parecen beneficiar considerablemente a sujetos que basan su actuar en justificaciones irracionales, castigándose más severamente a los sujetos más prudentes -el que tiene algún o conocimiento o previsión- y menos al autor temerario -quien no se provee dicho conocimiento o carece de representación-.

d) Resultados insostenibles: se dice que tanto las teorías de la voluntad y de la representación llegan a resultados errados, y no sólo en casos límite. Al respecto, se menciona que una teoría de la probabilidad debiera castigar por imprudencia el caso de un sujeto que mata a otro jugando a la ruleta rusa, cuando en la cámara del revólver sólo había una bala -por ende la probabilidad es de 1/5, siendo muy baja para castigar dolosamente-; respecto de las teorías de la voluntad se menciona que éstas fracasan en casos en que se excluyen recíprocamente el resultado querido y el que se valora como posible.

A las críticas se suma Ossandón, para quien “si se considera el dolo como proceso psicológico resulta imposible reconducir a un género común las diversas aptitudes psicológicas que normalmente se incluyen bajo esta noción”<sup>300</sup>. Al parecer de esta autora, el enfoque psicológico presenta un severo problema. En la práctica, concibiendo el dolo como un “hecho psicológico o interno” éste resulta ser un hecho más a probar dentro del proceso penal: “si se concibe el dolo en sentido tradicional -psicológico-, no hay forma de probar de modo fehaciente su existencia, porque prácticamente todos los medios probatorios con los que puede contar el juez para hacerlo incorporan un cierto grado de riesgo de que los hechos que se den por probados no coincidan con los fenómenos psicológicos realmente acaecidos

---

conducta o; un escepticismo metodológico, negando la validez de los métodos de verificación de los fenómenos subjetivos. Véase Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo...”, ed. cit., pág. 66.

<sup>300</sup> Ossandón Widow, “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”, en *Ius et praxis*, Año 14, N°1, enero de 2008, pág. 65.

en el fuero interno del sujeto. En consecuencia, nunca sería posible condenar por un delito doloso sin asumir el riesgo de estar instrumentalizando al sujeto condenado”<sup>301</sup>.

Quienes formulan las anteriores críticas estiman que es necesario abandonar un concepto psicológico-individual del dolo, basado en la averiguación de fenómenos internos.

ii) Concepción normativa del dolo:

Descartando el enfoque psicológico, se ha propuesto no considerar el dolo como un fenómeno de la realidad que ser probado, sino como un elemento normativo que es imputado al sujeto, luego de verificarse ciertas circunstancias objetivas<sup>302</sup>. Para esta corriente, el dolo no es un concepto ontológico ni psicológico, sino un concepto normativo, el cuál debe ser determinado por la dogmática, es decir, viene determinado por las normas penales<sup>303</sup>. De esta forma, la asignación de responsabilidad penal “es un acto de atribución de significado social y no una constatación de hecho del mundo de la naturaleza, esto es, un saber práctico y no teórico”<sup>304</sup>. Según esta forma de tratar el asunto, los hechos psíquicos que se consideraban relevantes para el juicio de responsabilidad penal dejan de tener significado para nuestra rama del Derecho<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> Ídem, pág. 66. El problema es que estas críticas que se formulan a la concepción psicológico-individual se acentúan aún más respecto de los enfoques puramente normativos. El riesgo de instrumentalización se incrementa considerablemente, porque el enfoque normativo no tiene problema en castigar dolosamente a un sujeto que en ningún momento se representó los hechos; por otro lado, resulta incluso curioso que la autora esgrima el argumento de la “no coincidencia” de los hechos probados con la realidad psicológica. ¿Dónde deja esa crítica al enfoque normativo? El enfoque normativo lleva el asunto más allá, ya que, allí, no es que se corra un riesgo de que no coincidan los aspectos antes mencionados; al enfoque normativo no le interesa dicha coincidencia, por lo que parece muy extraño que se critique la teoría psicológica desde ese punto.

<sup>302</sup> Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?” en *Themis – Revista de Derecho*, N°68, 2016, cit. pág. 62.

<sup>303</sup> Feijóo Sánchez, op. cit., pág. 15. Para el mismo autor, tanto el delito doloso como el delito imprudente tienen su fundamento en la infracción de un deber como concreción de la norma de conducta. Véase op. cit., pág. 16.

<sup>304</sup> Ossandón Widow, op. cit., pág. 63. En el mismo sentido, se dice que desde una perspectiva normativa, “lo definitivo sea determinar cuándo imputar -atribuir- el dolo a una determinada conducta”. Véase Sánchez Málaga, el dolo, fenómeno espiritual o atribución, pág. 64; Caro John señala que “las teorías normativas entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano”. Véase, Caro John, op. cit., pág. 24.

<sup>305</sup> Esta normativización no ha afectado únicamente el dolo, sino a todos los elementos subjetivos de la teoría del delito. Así, se afirma que “no es tarea de los conceptos subjetivos del Derecho penal el expresar tesis o proposiciones psicológicas sino ser simples títulos, soportes, de determinados presupuestos de valoración jurídica de las condiciones humanas”. Véase Díez Ripolles, op. cit., pág. 74; Caro John, op. cit., pág. 25.

Dentro del enfoque normativo es posible encontrar aquellos que normativizan la voluntad, y otros que normativizan el conocimiento:

a) Enfoque normativo volitivo: aquí se sitúan los autores que además de considerar necesario imputar un determinado conocimiento, es necesario atribuir una decisión -o voluntad- al sujeto<sup>306</sup>. Entre los autores que defienden una teoría normativo-volitiva están Roxin y Hassemer.

b) Enfoque normativo cognoscitivo: para diferenciarse de las teorías psicológicas señalan que no basta un conocimiento naturalístico de los hechos, sino que es necesario un conocimiento del contenido del “sentido social” del hecho<sup>307</sup>.

A partir de estos enfoques, se ha dicho que la distinción entre dolo eventual e imprudencia “no se trata de un problema de indagación psicológica de una realidad psíquica sino de una clasificación normativa de actuaciones sociales defectuosas”<sup>308</sup>. Por ende, “lo que le interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, *atribuir externamente una determinada actitud al agente*, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor”<sup>309</sup>. Este contenido objetivo debiera referirse a la prueba indiciaria, pero respecto de ésta se ha dicho que es “mera retórica, desprovista de contenido, precisamente porque estamos afirmando que nunca es posible probar fehacientemente el dolo”<sup>310</sup>. Lo que supone un abandono absoluto del interés por la subjetividad del agente, la que no necesitamos descubrir ni desentrañar, pues ya no buscamos -ni necesitamos- conocerla.

Desde el punto de vista normativo, el dolo es simple *atribución*, “por lo que todo se reduce a si el intérprete entiende que el hecho tiene la intensidad comunicativa suficiente para merecer el tratamiento doloso”<sup>311</sup>. Así, la determinación del dolo no supone tratar de establecer determinados datos síquicos cuya aprehensión resulta imposible, sino de que dicha

---

<sup>306</sup> Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normativa?”, ed. cit., pág. 69.

<sup>307</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 649.

<sup>308</sup> Díez Ripollés, op. cit., pág. 87

<sup>309</sup> Caro John, op. cit., pág. 25.

<sup>310</sup> Ossandón Widow, op. cit., pág. 67.

<sup>311</sup> Claramente esta afirmación viene desde la vereda de quienes estiman que el delito contradice las pretensiones normativas del ordenamiento jurídico. Para una mayor profundización, Sotomayor Acosta, op. cit., pág. 690.

conducta se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal<sup>312</sup>. De esta forma el dolo es el conocimiento o la errónea representación de un peligro de realización del tipo no permitido y no cubierto<sup>313</sup>.

Para Feijóo, “la perspectiva normativa en realidad se ha defendido siempre mediante la figura del “espectador objetivo” en el lugar del autor que enjuicia desde una posición ex ante”<sup>314</sup>. Desde su perspectiva, “ese espectador objetivo que se utiliza como método auxiliar no es un “hombre medio” que se determine empíricamente”<sup>315</sup>, pues este baremo del “hombre medio” no debe reducirse simplemente a un criterio estadístico que se saca de la realidad<sup>316</sup>. Realmente, se trata de un patrón genérico que nos sirve como medida para valorar si la decisión (voluntad) del autor previa al hecho es una decisión que cabe esperar en un ciudadano que se presupone motivado para cumplir las normas<sup>317</sup>.

Así, deja de ser relevante lo que el autor *sabe*, es decir, el “saber” no es lo que el sujeto se ha representado, lo que ha previsto en su mente, sino su bagaje intelectual, las técnicas que domina. Esta es una cuestión que se determina de modo fáctico, según los datos concurrentes al momento de la realización del hecho<sup>318</sup>. Para Ossandón “la imputación subjetiva no se construye a partir del conocimiento actual del sujeto al momento de cometer el hecho, sino del conocimiento que le es exigible al autor por el rol que cumple en ese momento (...) desde este punto de vista, el nivel del conocimiento real del infractor no es relevante, lo que importa es la posibilidad de imputar responsabilidad, en la medida en que el conocimiento le fuera exigible”<sup>319</sup>. Así, en una concepción normativa del dolo, “la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación no está en la mente del autor, sino que se trata de un problema de tipo objetivo”<sup>320</sup>, lo que normalmente va unido a dar una gran relevancia a la teoría de la

---

<sup>312</sup> *Ibídem*.

<sup>313</sup> Donna, op. cit., pág. 680.

<sup>314</sup> Feijóo, op. cit., pág. 19.

<sup>315</sup> *Ídem*, pág. 21.

<sup>316</sup> *Ídem*, pág. 22.

<sup>317</sup> El llamado “ciudadano fiel al Derecho”. *Ibídem*.

<sup>318</sup> Ossandón Widow, op. cit., pág. 70.

<sup>319</sup> *Ídem*, pág. 74.

<sup>320</sup> “Este concepto de dolo, sin voluntad, normativizado y objetivado, exige casi necesariamente de la teoría de la imputación objetiva para poder limitar la imputación misma, ya que de lo contrario no habría límite a la imputación delictiva general”. Donna, op. cit., págs. 680-681.

imputación objetiva; todo se reduce al juicio de imputación objetiva, pues satisfecho éste, difícilmente se puede excluir el dolo.

Entre las críticas que se le han formulado al normativismo, encontramos:

a) Primero, cabe mencionar que la normativización del dolo -y de los elementos subjetivos del delito- supone también una normativización del individuo, ya que “cuando la atribución de intenciones se hace sobre la base de lo que normalmente hacen o creen los miembros de una comunidad se personifica a un sujeto inexistente y se encubren las preferencias y convicciones personales”<sup>321</sup>, lo que resultaría inconcebible en una rama del Derecho eminentemente individualizadora como el Derecho penal.

b) Respecto al recurso del “sentido social de la conducta” se ha dicho que “es siempre irracional y cambiante en la valoración de los riesgos inaceptables, por lo que bastaría con una campaña de los medios de comunicación para cambiar toda la jurisprudencia”<sup>322</sup>.

c) Si no se castiga al sujeto por la realización dolosa de una conducta típica, sino que el castigo instrumentaliza al sujeto para “mostrar” a la sociedad los niveles de exigencia -de niveles de conocimiento, por ejemplo- que exige el ordenamiento jurídico, nos encontramos ante una situación inaceptable, pues el castigo del sujeto no puede buscar, simplemente, una reafirmación de las pretensiones normativas del ordenamiento jurídico -o de la sociedad-. Por ende, para una teoría normativa “resulta mucho más fácil afirmar una realización dolosa si de lo que se trata no es de verificar o probar que algo haya ocurrido, sino sólo de valorar o atribuir. No obstante, tal proceder ya no se corresponde con los requisitos de la ley penal, que exige para la realización dolosa no que el sujeto *deba* conocer o que bajo determinadas circunstancias *debe entenderse* que ha conocido, sino que el sujeto efectivamente conozca los hechos constitutivos de la infracción penal”<sup>323</sup>.

d) A pesar de que a las teorías psicológicas se atribuye permitir una gran discreción judicial, la teoría normativa tampoco resuelve la subjetividad y discrecionalidad judicial que tanto se critica y, por el contrario, la incrementan, pues si el dolo no exige que el sujeto efectivamente *haya previsto* la realización típica sino si *debe entenderse* que lo hizo, todo en últimas queda

---

<sup>321</sup> Sotomayor Acosta, op. cit., pág. 690.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> *Ídem*, pág. 695.

sujeto a la discrecionalidad del juez, a quien compete no sólo determinar si la realización del tipo no era ya sólo posible sino probable, así como también si en las circunstancias del hecho debe entenderse que el sujeto conocía o inclusive que debía conocer dicha probabilidad<sup>324</sup>. Así, una mirada como la que aquí se revisa deja de lado cuestiones probatorias -pretendiendo superar los problemas que se adjudican a las teorías psicológicas-, las cuales son sustituidas por las valoraciones del juez, con lo que algo tan relevante en el juicio de responsabilidad penal como es la determinación del dolo, se realizaría sin referente material alguno; “por ello la vía de la normativización absoluta conduce con frecuencia a simples presunciones de dolo y a la supresión de exigencias probatorias, todo ello a todas luces incompatible con garantías constitucionales como *el principio* de inocencia y el principio de responsabilidad subjetiva”<sup>325</sup>.

Ahora, yendo a lo que nos convoca, resulta evidente que una inclinación disposicional supone una normativización del dolo, en cuanto el juicio a formular es de *atribución*, y no de verificación. Pero, la mirada disposicional se distancia considerablemente de una consideración normativista extrema del dolo, pues en ningún caso abandona absolutamente la referencia a datos psíquicos que se dan en la interioridad del agente. El problema pareciera estar “en la precisión previa de si los elementos internos de la acción típica, como el dolo, presuponen algunos referentes empíricos o si por el contrario se trata de un concepto que el derecho puede moldear sin límites de acuerdo con sus fines, funciones o conforme a cualquier otro criterio”<sup>326</sup>. Según nuestra idea, el dolo como término disposicional se encuentra mayormente normativizado que en la perspectiva psicológico-individual tradicional o *pura*, pero a diferencia de una normativización absoluta, no deja de lado los datos psíquicos que sirven de fundamento a la imputación dolosa. Y esto se debe a que “los hechos psicológicos son hechos y no valores; y, por tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos, aun cuando la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada que cuando de hechos externos se trata. Pero no cabe decir lo mismo de los juicios de valor, pues, salvo que se acepte un objetivismo extremo, éstos se confunden con la calificación jurídica (y, por tanto, normativa o valorativa de los hechos)”<sup>327</sup>. Por ende, al

---

<sup>324</sup> Ídem, pág. 697-698.

<sup>325</sup> Ídem, pág. 698. La cursiva es nuestra.

<sup>326</sup> Ídem, pág. 697.

<sup>327</sup> Ídem, pág. 697, nota 97.

momento de imputar el dolo, no corresponde al enjuiciador formular un juicio de valor referido al agente, sino que de todas formas se busca revelar la concurrencia de determinadas situaciones en el individuo. Es así, que la pregunta clave aquí es hasta dónde llevar el proceso de normativización. Dejando absolutamente de lado la consideración a cualquier aspecto subjetivo del autor, o, aun normativizando el dolo, tener en consideración datos psicológicos. A nuestro parecer, la concepción disposicional del dolo se inscribe en esta última corriente, concibiendo un dolo basado en la averiguación de conceptos psicológico-individuales, pero donde dichos conceptos ya han pasado por un proceso de normativización para satisfacer las necesidades propias del ordenamiento jurídico, reduciéndolos a determinados aspectos que son objeto del reproche penal.

Teniendo en consideración la naturaleza individualizadora del Derecho penal, podemos criticar la perspectiva normativizadora extrema del dolo, al no requerir para el castigo doloso de una conducta el conocimiento de la psiquis del individuo. Dejando de lado ese aspecto eminentemente subjetivo del autor, caemos en la posibilidad de instrumentar al sujeto mediante la condena, con la finalidad de imponer un cierto estándar social de qué es lo que la comunidad espera de un determinado individuo de acuerdo a la posición que ocupa en la sociedad. Por ende, a nuestro parecer, cuando nos referimos a dolo y a imprudencia, “lo decisivo está en lo que efectivamente el autor se representa y quiere, y ello no debe provocar extrañeza alguna, pues estamos hablando de un elemento subjetivo del tipo. Prescindir de esa referencia subjetiva y trasladarla al plano objetivo puede dar lugar a la sospecha de presunción de dolo”<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> Donna, op. cit., pág. 681.

## CAPÍTULO TERCERO

### ¿Qué queda de contenidos psíquicos en el dolo entendido como término disposicional?

#### I) Breve referencia a los indicadores como medio probatorio

A continuación, trataremos brevemente un asunto de evidente relevancia práctica y relacionada con el ámbito de la prueba en el proceso penal. Realizaremos una sintética caracterización de los llamados “indicadores”, que como ya sabemos, son la única forma posible de probar el dolo en el proceso penal, siendo estos inseparables del concepto de dolo. En este ámbito, el elemento cognitivo y el elemento volitivo evidencian el mismo problema probatorio, que es la imposibilidad de constatar su presencia a través de la observación directa. Así, la intención de basarse únicamente en las ciencias empíricas o en la confesión auto inculpatoria del acusado ha resultado infructuosa. En virtud de lo anterior, es que toma gran relevancia la prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en juicios de inferencia<sup>329</sup>, y considerada como el único método idóneo para lograr probar en juicio la presencia de los elementos que componen el dolo.

#### **a) Los indicadores en términos generales**

En palabras de Pietro Ellero, “aquella circunstancia, que apoya un hecho acerca del cual se pide la decisión del juez, o bien el hecho del cual se infiere otro hecho, es lo que se llama *indicio*”<sup>330</sup>. El mismo concepto de “indicio” suele ser usado no sólo para designar una circunstancia de hecho que sirve para inferir otro, sino que también se emplea para designar el hecho inferido a partir de la circunstancia anterior. Aquí, lo que debe quedarnos claro, es que lo que se nos presenta en este ámbito es un juicio de inferencia, la inducción de un hecho que no se conoce a partir de otro conocido<sup>331</sup>; según la opinión mayoritaria, la prueba indiciaria supone “un procedimiento inductivo consistente en inferir el elemento interno que

---

<sup>329</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ed. cit., pág. 238.

<sup>330</sup> Ellero, *De la certidumbre de los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Reus, Madrid, 7<sup>ma</sup> ed., 1980, págs. 64-65.

<sup>331</sup> Ídem, pág. 65.

se pretende probar de uno o varios hechos externos debidamente acreditados y vinculados de modo directo a la situación enjuiciada, a partir de las reglas del discurso lógico y de la experiencia”<sup>332</sup>.

Un aspecto importante, y que ya hemos mencionado con anterioridad, es que de conformidad a las reglas de experiencia aplicadas, los factores externos que consideramos como indicadores deben estar directamente relacionados con el elemento interno a probar, es decir, deben conducir de modo unívoco a inferir el correspondiente objeto de la prueba. El indicio será más eficaz para probar un hecho, en el sentido de que, este indicará tanto más un hecho, cuanto menos indique otros<sup>333</sup>. En otras palabras, debe haber una evidente y clara relación entre los factores externos que consideramos que pueden permitir al juez inferir el elemento subjetivo en cuestión, y el objeto de prueba -el elemento volitivo o el cognitivo-. Si los indicios permiten una inferencia distinta, que sea igualmente razonable, pierden su fuerza probatoria, lo que es una cuestión de máxima importancia en un proceso penal donde le corresponde al Ministerio Público probar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del imputado.

Los indicios pueden ser clasificados, y lo han sido de las más variadas maneras. Nosotros mencionaremos solo una clasificación, cuyo criterio es la relación del indicio con el hecho a probar. Por un lado, nos encontraremos con los llamados indicios *necesarios*, aquellos que prueban por sí mismos un hecho por existir entre el indicio y el hecho por probar una relación necesaria; es decir, el efecto o hecho por probar solo pudo haber sido producido por una causa u otro hecho. En cambio, cuando un efecto pudo haber sido producido por varias causas, nos encontraremos con indicios *probables*<sup>334</sup>. Los primeros son idóneos por sí solos para probar un hecho, a diferencia de los segundos, que a menudo deben ir acompañados de otras circunstancias o indicios para dar lugar a la prueba irrefutable del hecho. *A contrario sensu*, y como mencionamos anteriormente, el indicio tendrá mayor fuerza probatoria cuando de él se desprenda la factibilidad de *una* circunstancia por probar, y tendrá menor fuerza probatoria cuando el indicio no está referido única e inequívocamente al hecho que se pretende probar, sino también a otros que no son objeto de prueba, que son ajenos al hecho imputado como

---

<sup>332</sup> Laurenzo Copello, ob. cit., pág. 126.

<sup>333</sup> Ellero, op. cit., pág. 65.

<sup>334</sup> Ídem, pág. 67.

delito, o que no forman parte en absoluto de las circunstancias típicas del delito que se pretende probar.

En el ámbito jurisprudencial se presentan comúnmente “indicios tipo”, es decir, indicios que son considerados comúnmente por los tribunales para adscribir dolo a un determinado sujeto. Esta situación la podemos ver de manera muy patente en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en dónde, por ejemplo, para descartar el consumo personal del individuo, se consideran indicadores tales como: i) que la droga se haya portado en diversas pequeñas bolsas, lo que permitiría inferir que el sujeto la estaba vendiendo ya dosificada; ii) la posesión de una pesa para gramos o pequeñas cantidades; iii) la posesión de numerosos billetes de baja denominación. Independientemente de la utilidad que pueden reportar indicios establecidos como los antes mencionados, debemos siempre tener en cuenta que “esos criterios no constituyen parámetros de obligada y automática aplicación, sino meras herramientas de trabajo de contenido puramente orientativo y siempre necesitados de confirmación según las circunstancias del caso concreto”<sup>335</sup>. A la vez, aunque en muchos casos concurren estos “indicadores tipo”, se debe considerar, como siempre, la situación específica del sujeto, porque de lo contrario, estos indicios tipo pasan a transformarse en presunciones que no admiten ser desvirtuadas.

#### **b) Algunos indicadores en particular**

Por lo pronto, enumeraremos algunos de los indicadores que ha elaborado la doctrina para afirmar la concurrencia o falta del elemento volitivo y el cognitivo del dolo. Antes de empezar, es importante señalar que los indicadores que a continuación expondremos no constituyen un catálogo taxativo, sino que se trata de un catálogo abierto, susceptible de ser modificado, agregando o eliminando indicadores, en virtud del caso concreto y sus circunstancias. A su vez, es necesario mencionar que la concurrencia de estos indicadores tampoco supone una especie de presunción de concurrencia de alguno de los elementos del dolo; al contrario, los indicadores, a su vez, pueden recibir prueba en contrario, mediante los llamados *contraindicadores*, los que, en virtud de su concurrencia y de la fuerza probatoria

---

<sup>335</sup> Lorenzo Copello, op. cit., pág. 134.

de la que gocen, pueden privar de eficacia probatoria a un indicador que pretende acreditar determinado hecho en el proceso penal.

A continuación, pasamos a exponer algunos de los indicadores elaborados por la doctrina<sup>336</sup>.

1.- Riesgo: Se ha entendido al riesgo como el conjunto de circunstancias que, de acuerdo a leyes naturales o de probabilidad, fundamentan un pronóstico de que producto de dicha conducta, puede acaecer un resultado lesivo o perjudicial para uno mismo o un tercero<sup>337</sup>. Este riesgo debe ser evaluado tomando en consideración otros factores, como la conducta del autor y la forma en que la efectúa, y el sentido que la misma expresa dado el contexto social en que ella se ve envuelta. En términos más específicos, dentro de la valoración del riesgo, se debe tomar en cuenta la cualidad del riesgo creado, es decir, su magnitud y la inminencia objetiva de la lesión, todo ello desde una perspectiva ex ante del autor -en el sentido del juicio esperado del sujeto activo en las circunstancias de su hecho-.

2.- Evitabilidad individual: Esta significa que “la conducta debe haber sido evitable al autor en concreto, y no, por ejemplo, a un hombre promedio (...) a nadie se le puede exigir más de lo que puede rendir”<sup>338</sup>. Esta evitabilidad se construye a partir de las capacidades intelectuales y físicas del individuo.

3.- Contexto específico: Hace referencia a circunstancias objetivas del hecho que pueden ser efectivamente probadas en juicio, dejando de lado valoraciones relativas a motivos o deseos internos.

4.- Experiencia previa del autor: No nos referimos a la experiencia del juzgador aplicada al caso, sino de la valoración del sujeto a partir de su experiencia personal, la cual, a su vez, debe ser acreditada en el proceso.

---

<sup>336</sup> Para una mayor profundización, véase el reciente libro de Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, Premisas teóricas e indicadores prácticos, B de F, Buenos Aires, 2018, cfr. págs. 414-421. De todas formas, cabe mencionar que los indicadores elaborados por el autor están formulados desde una perspectiva cognoscitiva del dolo, es decir, pretenden ser medios probatorios de que en el autor concurre el elemento intelectual. Sin embargo, podemos hacer extensivos estos indicadores, contemplándonos también para efectos volitivos ya que, como mencionamos más arriba, un mismo indicador puede operar como indicador de conocimiento y, a la vez, como contraindicador de la voluntad. Como afirmamos, la perspectiva volitiva dota de mayor riqueza al análisis del contenido de los indicadores.

<sup>337</sup> Mañalich Raffo, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Barcelona, 2014, cfr., pág. 106.

<sup>338</sup> Córdoba, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, en *Indret*, N°3, 2015, pág. 3.

5.- Actos específicos: Este criterio supone también un catálogo abierto de actos que pueden ser considerados como indicadores o contraindicadores, dependiendo del caso específico. Aquí entran elementos como, por ejemplo, actos de evitación, que ya revisamos cuando vimos la teoría disposicional del dolo de Hassemer, y actos de autopuesta en peligro, a los que también ya hemos hecho referencia.

6.- Motivos racionales: Estos motivos deben presentarse objetivamente en la conducta del autor, para que podamos hacer empleo de ellos.

Refiriéndonos a su utilidad en el juicio de inferencia, debemos señalar que los indicadores funcionan también como límite a la mera intuición en el razonamiento del juzgador; a su vez, constituyen un límite al empleo de generalizaciones o máximas de experiencia en el razonamiento; atienden a las capacidades generales de los humanos que tengan un sustento científico, es decir, de conformidad a leyes científicas, y a la aplicación de las mismas al supuesto concreto del autor, tomando en consideración sus circunstancias sociales y personales. En general, estos indicadores deben ser evaluados de forma conjunta para, de esta forma, incorporar a la valoración no sólo el contexto social, sino el contexto personal del sujeto activo<sup>339</sup>.

### **c) Crítica al empleo de ciertos indicadores – Necesidad de su vinculación con el hecho por juzgar**

Huelga mencionar que nuestros indicadores deben ir siempre referidos a circunstancias del hecho delictuoso, y no a la persona del autor, ya que un enjuiciamiento de su vida siempre tendrá marcados tintes morales, los que dependerán de la persona del juez que conozca del asunto. Por lo anterior, estamos en contra de muchos indicios que la doctrina ha considerado como válidos para probar determinadas circunstancias. Pero principalmente nos oponemos a aquel que ha sido denominado como “el indicio de la capacidad de delinquir”. Se trata de un indicio derechamente moral, conocido también como *índole criminosa*, y que ha sido entendida como “aquella cualidad del ánimo propia de algunos, y en virtud de la cual éstos no sólo se inclinan, sino que aparecen dispuestos a obrar mal -o delictuosamente-”<sup>340</sup>. Esta supuesta capacidad es revelada a través de la vida anterior del imputado y sus cualidades

---

<sup>339</sup> Sánchez Málaga, *Una teoría...*, ed. cit., págs. 414-421.

<sup>340</sup> Ellero, op. cit., pág. 69.

personales -tanto físicas como psíquicas-, las que siendo analizadas demostrarían un hábito criminoso en el sujeto. Poniéndolo en términos más simples, se refiere expresamente a la conducta *moral* del individuo<sup>341</sup>; si éste en su vida ha obrado según estándares propios de una persona bondadosa, o una malvada, aquello será un indicio para determinar si el sujeto ha cometido el delito que se le imputa. De la mano con esto, se ha llegado incluso a considerar los antecedentes penales como indicio de esta voluntad criminoso, arguyendo que, si el sujeto ya está acostumbrado a delinquir, o ya lo había hecho, le es más fácil volver a hacerlo, y es probable que haya vuelto a cometer delitos<sup>342</sup>.

Necesariamente debemos criticar el hecho de brindar fuerza probatoria a circunstancias como las antes aludidas, ya que son ajenas al hecho delictivo, y porque darles poder, eficacia o fuerza probatoria nos llevaría irremediamente a un derecho penal de autor, que castiga al individuo por quién es, y no por lo que hizo. En cuanto a la vida anterior del imputado, es inconcebible dotar de fuerza probatoria del hecho que se enjuicia a una sentencia condenatoria por la comisión de un delito previo. Tal circunstancia no es en absoluto un indicador del hecho enjuiciado, y no es más que un factor que influye en la opinión personal que tiene el juez sobre el imputado, pasando a considerarle una mala persona, entrando a jugar los prejuicios del juzgador. Afortunadamente, en nuestro ordenamiento procesal penal la reincidencia no es utilizada como medio probatorio, sino que sólo puede fundar, dependiendo de la naturaleza del delito anteriormente cometido, alguna de las agravantes relacionadas con este ámbito que contempla el art. 12 del CP. Luego, tampoco aceptamos la consideración a cualidades personales de las cuales se puede deducir un hábito criminoso. Tomar en consideración cualidades físicas del imputado supone reconocer necesariamente una conexión entre lo físico y lo moral -o inclinaciones conductuales-, cuestión que ya fue

---

<sup>341</sup> El antiguo proceso penal español contemplaba dos figuras relacionadas con este ámbito: i) el juez instructor podía solicitar informes sobre la moralidad del procesado al alcalde o funcionarios de policía de los pueblos en que hubiese residido el individuo y; ii) el juez estaba también facultado para recibir declaraciones de la conducta del sujeto, provenientes de personas cercanas a él, que por el conocimiento que tuvieren puedan facilitar el conocimiento del imputado, y de su aspecto interno y voluntad criminal. Para una mayor profundización véase Gómez Orbaneja/Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, A.G.E.S.A., Madrid, 5<sup>ta</sup> ed., 1959, cfr., pág. 206.

<sup>342</sup> Al respecto, Ellero señala: “el indicio será más vehemente cuando la persona de que se trate haya cometido varios delitos de la misma especie en las mismas circunstancias, y lo será menos cuando sólo se demuestren ciertos hábitos criminosos en general. La vida anterior, según esto, puede indicar o puede producir la presunción que se funda en aquello de que los hombres de ordinario no cambian, y de que el que tiene por costumbre obrar mal puede presumirse que seguirá obrando de la misma manera. Ellero, ob. cit., pág. 70.

superada hace tiempo en los ordenamientos occidentales contemporáneos, y por los estudiosos que se han dedicado al asunto.

A partir de lo último que hemos señalado, debemos extraer una cuestión de capital importancia en el ámbito probatorio, y del Derecho penal en general; los hechos externos en los que debe sustentarse la inferencia deben estar siempre en una relación directa con los hechos objeto de la acusación, siendo inaceptable la introducción de otro tipo de consideraciones que tengan relación con datos ajenos al hecho. En este sentido, muy acertada es la afirmación de Puppe, que a continuación transcribimos: “un Derecho penal liberal y propio de un Estado de Derecho debe proteger a los acusados de que su íntegra personalidad, su carácter, sus opiniones desvinculadas del hecho, su actitud frecuente, por ejemplo, hacia la violencia, su vida previa y su conducta posterior al hecho, se conviertan en objeto de una valoración judicial cuya razón es decidir si merecen la pena más grave del delito doloso, la más moderada del imprudente o si no deben ser en absoluto castigados”<sup>343</sup>. En un Estado democrático no es procedente juzgar a los individuos por sus circunstancias de vida y por la trayectoria de vida que tienen, y que muchas veces no ha sido la que han escogido, sino aquella a la que tuvieron acceso y de la que aprendieron por el ambiente en el que se encontraban. En este sentido, la persona con un nivel menor de socialización siempre tendrá un punto en contra al momento de ser juzgado, porque se tomará en cuenta su vida previa desvinculada del hecho que se le imputa. Si pasásemos a considerar elementos como una tendencia del sujeto hacia la violencia, su conducta previa al hecho -pero desvinculada del mismo-, o la posterior que no esté directamente relacionada con el mismo, la apreciación judicial deja de ser un asunto estrictamente jurídico y toma serios matices morales, en virtud de los cuales, el juez considerará la inclinación vital del sujeto en su curso de vida, es decir, si es una “buena” o “mala” persona, y estamos seguros de que aspectos de esa índole deben ser absolutamente desterrados de las consideraciones judiciales al momento de determinar la concurrencia de los elementos del dolo. En este sentido, “el objeto de la prueba -sea el conocimiento o la voluntad- se refiere exclusivamente al hecho cometido, de donde se sigue

---

<sup>343</sup> Véase Puppe, *El Derecho penal como ciencia*, ed. cit., pág. 315.

la total ineptitud de cualquier otro dato personal para aportar alguna información relevante”<sup>344</sup>.

## II) La relevancia del sentido social de la conducta

Como señalamos más arriba, Mynopoulos hace referencia al “sentido social” de la conducta como criterio de imputación, siendo aquel el dato en que hay que centrarse al momento de analizar factores empíricos (indicadores)<sup>345</sup>. Por ende, a continuación, haremos referencia al sentido social de la conducta, y cómo éste ha sido entendido por los autores que lo defienden como criterio para determinar si concurre el conocimiento o voluntad que exige el dolo en cualquiera de sus modalidades. Ello se vincula necesariamente con el sentido comunicativo de la acción y, por supuesto, del Derecho penal. En este sentido, abordaremos a grandes rasgos la teoría de la acción comunicativa de Habermas, y otros postulados que se refieren a esta dimensión comunicativa del derecho penal.

### **a) La teoría de la acción comunicativa de Habermas**

Debido a la extensión de este último capítulo, no es posible abordar en su plenitud la teoría de Habermas, la cual no sólo está desarrollada en su libro *Teoría de la acción comunicativa*, sino que es complementada con numerosas obras del autor. Por ende, nos dedicaremos a revisar los puntos centrales que nos interesan a efectos de este estudio.

Aquí, correspondería partir haciendo una distinción entre hechos y acciones. La diferencia se encontraría en que los hechos acaecen o sólo suceden, estos pueden ser descritos y, además, éstos se explican mediante leyes de la naturaleza; en cambio, las acciones no son sólo cuestiones que suceden, éstas tienen un sentido, un significado y, por ende, deben ser entendidas mediante un acto de interpretación, a través de reglas gramaticales<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> Laurenzo Copello, op. cit., pág. 128.

<sup>345</sup> Véase supra, II) b), pág. 24.

<sup>346</sup> Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 205. A propósito de esto, el mismo autor señala: “Podemos estimar inviables las concepciones de la acción que realizan la distinción entre acciones y hechos a partir de que en aquellas (a través del acto de voluntad o mediante otro artificio psicológico) se manifiesta una interioridad sustantiva del sujeto (sea su espíritu o, más sencillamente, su cerebro) de la que brota el significado. Al respecto, se ha mostrado tanto que el sentido no se proyecta de dentro a fuera (de la mente a la vida social), sino de fuera a dentro (de la vida social a la mente), en cuanto a que la finalidad subjetiva (o la personalidad del yo) resulta, muchas veces, insuficiente o inservible para delimitar el significado que atribuimos a las acciones”. Ídem, pág. 203. Esta distinción es de carácter básico en el ámbito del Derecho penal, ya que, como señala Zaffaroni: “sólo se puede prohibir lo que tiene significación social,

Anteriormente, predominaba en la filosofía una concepción ontológica de la acción, como algo que hay en el mundo, en particular, aquello que las personas *hacen*. Bajo la mirada de Habermas se da una vuelta al asunto, y las acciones pasan a ser el *significado* de lo que las personas hacen, es decir, el sentido de lo que hacen y, en consecuencia, “la determinación de si se está ante una acción -y la del tipo de acción ante la que se está- ya no se efectúa con parámetros psico-físicos, mediante el recurso a la experiencia interna y externa, sino que tiene lugar en términos de reglas, esto es, en términos normativos. Es el *seguimiento de reglas* lo que permite hablar de *acciones*, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos”<sup>347</sup>. Habría que abandonar la idea de la acción como *objeto*, como algo compuesto de un elemento físico y otro psicológico, como también dejar de lado la idea de la acción como un concepto ontológico, y debemos entender que ésta también depende de valoraciones<sup>348</sup>.

Así, para estar en presencia de lo que aquí se denomina *acción humana*, ésta debe poder ser entendida por el agente -sujeto actuante- como también deben poder interpretarla y entenderla el resto de los miembros de la sociedad, cuestión que es posibilitada mediante *reglas*, como también por la idea misma de *seguir una regla* y, de esta forma, la acción que lleva consigo un sentido es el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas<sup>349</sup>.

A partir de lo anterior, ¿qué es lo que se entiende por significado? Como respuesta se han formulado varias explicaciones basadas en: i) semántica intencional, la cual supone que el significado radica en lo que el hablante o agente pretende transmitir o dar a entender<sup>350</sup>. Esta necesariamente falla ya que no permite explicar cómo se transmite el contenido desde la mente del sujeto, pues el propósito de éste no basta para explicar el fenómeno comunicativo,

---

porque sólo eso es acción; no lo serían los hechos que no trascienden del individuo en forma inmediata. Véase Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, 7 vols., Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, pág. 112.

<sup>347</sup> Vives Antón, ob. cit., pág. 197.

<sup>348</sup> Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 8<sup>va</sup> ed., 2010, cfr., pág. 217.

<sup>349</sup> Vives Antón, ob. cit., págs. 192-195.

<sup>350</sup> Para Habermas, detrás de esta semántica intencional se encuentra un modelo teleológico de acción “que concibe el lenguaje como un medio más a través del cual los hablantes, que se orientan hacia su propio éxito, pueden influir los unos sobre los otros con el fin de mover al oponente a formarse las opiniones o a concebir las intenciones que les convienen para sus propios propósitos”. Véase su *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social, 2 vols., Taurus, Madrid, 1997, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, t. I., pág. 137.

debido a que siempre requerirá el empleo de un código para darse a entender a los demás; ii) semántica formal u objetivista, aquella que considera que el significado de una expresión no es sino su contenido empírico ordenado de acuerdo con las reglas de la sintaxis lógica y, además, identifica el significado de una oración con sus condiciones de verdad, las que pueden ser calculadas mediante las reglas. Su problema radica en que las reglas que rigen el empleo del lenguaje no tienen una estructura lógica, ni pueden ser reducidas a un mero instrumento de cálculo de las posibilidades de verdad; iii) teoría del significado, que pretende superar los problemas de las dos anteriores, ya que permitiría “un análisis conceptual también de los aspectos pragmáticos de la expresión lingüística”<sup>351</sup>. El significado es entendido como el *uso* de las expresiones, que estaría regida por reglas convencionales, que tendrían un carácter polifacético. Aquí la acción y el lenguaje se unen mediante la idea del *juego de lenguaje*, formando así un conjunto gobernado por reglas del que el significado dimana. Así, el significado no es más que el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de este *juego*<sup>352</sup>: “Las reglas rigen el uso del lenguaje y el sentido de las acciones, esto es, el entramado total de los juegos de lenguaje en que se manifiesta una forma de vida; sirven, por ello, para instruir en un determinado modo de actuar, para explicar la acción, para evaluarla, para justificarla y para definirla e interpretarla”<sup>353</sup>. Estas reglas están relacionadas con los actos a partir del lenguaje, es decir, tienen una relación gramatical: la acción es tal, y siempre es evaluada según si ésta se encuentra conforme a una determinada regla o si, por el contrario, la ha infringido<sup>354</sup>.

Como se logra apreciar, en la tesis de Habermas juega un importante papel la relación que mantiene el Derecho con el lenguaje. Teniendo esto en cuenta, para Habermas, el entendimiento lingüístico opera como un mecanismo de coordinación de las acciones, el que es imprescindible para la satisfacción de las necesidades<sup>355</sup>. De esta forma, la acción social

---

<sup>351</sup> Ídem, pág. 356.

<sup>352</sup> Vives Antón, ob. cit., pág. 208-211. A propósito de la semántica intencional, esta se ve evidente y absolutamente descartada de plano, ya que el significado de las acciones que se realizan nunca dependen de las intenciones que se pretenden expresar, sino del significado que socialmente se atribuya a lo que hagan”, es decir, el significado de la acción no depende de la intención que tenga el hablante o agente, sino del código social conforme al que se interpreta lo que el sujeto dice o hace, al uso o empleo que comúnmente se le da a dichas acciones en el contexto de las relaciones intersubjetivas.

<sup>353</sup> Ídem, pág. 213.

<sup>354</sup> Ibídem.

<sup>355</sup> Habermas, ob. cit., pág. 352.

no es sólo una interacción entre varios individuos, sino una serie de interacciones recíprocas, ya que la comunicación tiene que garantizar un proceso continuado de interacciones y de reconocimiento para ser eficaz<sup>356</sup>. Vinculada a esta referencia a la eficacia, el autor también se refiere al ámbito de racionalidad de la acción social, que también viene definido a partir del lenguaje, ya que el significado de la acción social viene dada a partir de estructuras de comunicación, y no provienen de los individuos por sí solos<sup>357</sup>.

A partir de esta concepción de la acción plasmada en la obra de Habermas, la acción social tiene un carácter *comunicativo*, pues ésta adquiere un sentido o significado cuando el mensaje es recibido por los otros miembros de la sociedad, y es interpretado en base a las reglas sociales que la rigen en un determinado momento temporal. Así, el filósofo utiliza la expresión *acción comunicativa* para referirse “a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que entablan una relación interpersonal *en donde ambos* buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones”<sup>358</sup>. De esta forma, esta teoría pretende explicar “la integración social a partir del vínculo que surge de las fuerzas ilocucionarias de los actos de habla que se emiten cuando el lenguaje se usa orientado al entendimiento, es decir, a partir de acciones comunicativas”<sup>359</sup>. Esto porque es la acción social con su significado aquello que permite un apropiado desenvolvimiento de los individuos en la sociedad; les permite mantener relaciones intersubjetivas en base a un código común, cuya ausencia produciría defectos comunicacionales constantes entre los individuos, debido a la falta de un lenguaje común y reglas para su comprensión. En otras palabras, las reglas sociales nos ayudan en el ámbito de la comunicación para desarrollar una apropiada convivencia social, pues sin estas reglas sociales de comunicación, los miembros de la sociedad no tendrían posibilidad de interactuar entre unos y otros por la falta de un código comunicativo. En el fondo, se trata de una teoría que busca explicar las dinámicas de interacción entre los distintos sujetos miembros de una sociedad, donde “todo acto de entendimiento puede entenderse como parte

---

<sup>356</sup> Aguilar Fregoso, “Análisis comunicativo de la teoría del caso”, en *Iter Criminis – Revista de Ciencias Penales*, N°21, Cuarta época, Mayo-Junio de 2011, pág. 14.

<sup>357</sup> Garrido Vergara, “Habermas y la teoría de la acción comunicativa”, en *Razón y palabra*, N°75, Febrero-Abril de 2011, págs. 3-4.

<sup>358</sup> Habermas, ob. cit., pág. 124. La cursiva es nuestra.

<sup>359</sup> Aguirre Román, “La relación lenguaje y Derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 7, N°13, Enero-Junio de 2008, pág. 152.

de un proceso cooperativo de interpretación que tiene como finalidad la obtención de definiciones de la situación que puedan ser intersubjetivamente reconocidas”<sup>360</sup>.

Esta teoría resulta ser diametralmente opuesta a una concepción cartesiana de la mente, la que en esa línea representa en sí una *sustancia*. Y ello sin duda tiene impacto en el ámbito del Derecho penal, donde la teoría de la acción seguía este lineamiento; “la acción venía siendo concebida como un hecho compuesto, como la reunión de un hecho físico y otro mental. Y, así, la diferencia entre acciones y los demás hechos podría trazarse ontológicamente, en base a la aportación de la mente”<sup>361</sup>. En cambio, basándonos en la teoría de la acción comunicativa, la acción no es una sumatoria de un elemento mental y otro físico, sino el significado que, según las reglas -normativas- de interpretación, cabe atribuir a dicha conducta en base al mensaje que transmite. En otras palabras, la acción pasa a ser un proceso simbólico que se encuentra regido por normas, y es ello lo que representa el significado o sentido social de la conducta<sup>362</sup>, interpretaciones que según los distintos tipos de reglas sociales pueden darse al comportamiento humano, un sentido que puede atribuirse a ciertos comportamientos.

Para Habermas, su teoría “hace posible someter a juicios de falibilidad estos saberes de fondo y llevarlos a las discusiones propias del mundo de la vida. Este tránsito hace que los acuerdos sociales legitimen las instituciones, los órdenes sociales y la pluralización de las formas de vida que generan una constante y permanente universalización de las condiciones de convivencia que opera a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente”<sup>363</sup>.

En el parecer de Kindhäuser, la teoría de la acción comunicativa podría ofrecer una base teórica adecuada para legitimar el derecho penal en una sociedad democrática. Así, señala: “desde una teoría de la acción comunicativa, los contenidos normativos no surgen de razonamientos monológicos que pudieran realizar individuos aislados, sino que surgen más bien de los procesos discursivos para la formación de una voluntad colectiva común que tiene

---

<sup>360</sup> Habermas, op. cit., pág. 103.

<sup>361</sup> Vives Antón, op. cit., pág. 197.

<sup>362</sup> Ídem, pág. 205.

<sup>363</sup> Habermas, op. cit., pág. 167.

por objetivo lograr un consenso aceptable para todos los afectados sobre la base de fundamentos racionales”<sup>364</sup>.

## **b) El sentido social de la conducta desde la perspectiva funcionalista**

En su obra, Habermas critica la perspectiva funcionalista de la acción, tanto en su versión psicológica como en la sociológica, criticando los postulados de Putnam y Luhmann. Aquí nos centraremos más en lo específicamente penal, y en la visión de Ragués i Vallès, quien, como fiel seguidor de Jakobs, defiende una teoría funcionalista del Derecho penal, también refiriéndose al sentido social del hecho como criterio de imputación.

Para Ragués, el criterio del sentido social de la conducta es especialmente idóneo debido a su inclinación dogmática, en cuanto éste defiende las ideas del funcionalismo, y en esa misma línea, el contenido comunicativo del derecho penal que profesa Günther Jakobs -en el sentido de que la pena busca hacer saber a la sociedad que la norma cuestionada por la conducta del autor sigue vigente-. Desde esta mirada, la valoración que debe realizar el juez tiene su punto de partida en la óptica de los destinatarios del mensaje que incorpora la sanción penal; es decir, es conocido o querido aquel hecho que también lo es desde el punto de vista de las personas a quienes está dirigida la norma<sup>365</sup>.

De esta forma, si uno se vale del sentido social de la conducta como criterio de imputación subjetiva, para categorizar una conducta como dolosa ya no resulta plausible ni consecuente basarnos en ciertos datos psíquicos, respecto de los cuáles se debe averiguar si concurrieron al momento de la realización del delito, sino que, por el contrario, se deberá estar a las características externas, objetivas y perceptibles de la conducta, y analizar si éstas, valoradas socialmente, son constitutivas de una negación consciente de una norma penal<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> Kindhäuser, *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal*. Entrevistas y conferencias, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, 2017, pág. 23.

<sup>365</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, ed. cit., pág. 324.

<sup>366</sup> *Ibidem*. El mismo Ragués cita una importante crítica que se formula a esta idea del sentido social de la conducta. Señala: “Debe concurrir un delito doloso cuando, en el supuesto dado, la población racional aceptaría la pena del dolo (y, por ello, se vería confirmada en su confianza en el Derecho, con lo cual el sistema social podría mantenerse, desde el punto de vista de la eficiencia funcional, con renovadas fuerzas). Como no se puede realizar una encuesta empírica a esta población racional, en realidad se toma como base la representación que el jurista racional tiene sobre ella”. Stein, en *Zur Theorie und Systematik*, págs. 260-261, citado por Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, ed. cit., pág. 324, nota 923. Con esta crítica se evidencia cómo una teoría como esta sirve para fines utilitarios; basta con que el jurista con inclinaciones políticas o intereses en cierta área se valga de este sentido social, atribuyendo un sentimiento, idea, o valoración a los miembros de la sociedad, para que

Para el autor, la inclinación por el criterio del sentido social de la conducta tiene su fundamento en una especie de “pacto social”, ya que “la simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad pues, como miembro de tal sociedad, ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de ellas se desprenda”<sup>367</sup>. En cuanto a esta afirmación, la compartimos en el sentido de que efectivamente no es posible en una sociedad valorar -juzgar- las conductas en base a criterios individuales, específicamente en base a que pretendía, por ejemplo, decir o hacer un sujeto en un momento determinado. Pero, no debemos olvidar que, a pesar de que la pertenencia a la sociedad efectivamente implica cierta renuncia a la individualidad, nunca se puede dejar de lado de manera absoluta la individualidad del sujeto, pues siempre “existe una doble dimensión en la que se reconocen los sujetos, es decir, el reconocimiento como miembros de una comunidad y como individuos únicos e insustituibles”<sup>368</sup>.

Pero el mismo Ragués reconoce que una teoría como esta no está exenta de problemas y, es más, presenta uno de gran relevancia tanto teórica como práctica. Y esto porque “una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error, que se traduce en el riesgo de que con la sanción penal se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado”<sup>369</sup>. Ragués defiende su línea señalando que no en todo caso en que se emplee el sentido social de la conducta supone una instrumentalización, lo que no se dará en aquellos casos en que “el reo haya contado con la posibilidad de ser condenado (erróneamente) por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la haya llevado a cabo”<sup>370</sup>, lo que tendría su fundamento en el hecho de que todo

---

éste pueda ampliar o reducir el ámbito del dolo a su antojo. Esta cuestión se hace extensiva al juez, el que mediante la alusión al sentido social de la conducta puede estirar y encoger a voluntad el ámbito del dolo dependiendo de las circunstancias y del delito, como también de sus propias valoraciones, las cuales hará extensivas al resto de la sociedad, cuando eso necesariamente puede no ser así. Entonces, este criterio constituye una herramienta que da lugar al arbitrio judicial, sin lugar a dudas.

<sup>367</sup> Ídem, pág. 325.

<sup>368</sup> Habermas, op. cit., pág. 267.

<sup>369</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, ed. cit., pág. 328.

<sup>370</sup> Ídem, pág. 329. Aquí cita un ejemplo que puede resultar interesante, a primera vista. Nos dice que no habría instrumentalización en el caso en que un sujeto extrae materiales de un laboratorio en que trabaja, pero con la intención de devolverlos después de darles uso personal. No habría instrumentalización si es que el sujeto se representó la posibilidad de que, una vez descubierto su obrar, pueda serle imputado el delito de hurto, pues el sujeto tomó en cuenta la circunstancia comunicativa de su obrar: quien se lleva cosas que no son suyas a su casa, normalmente lo hace con la intención de apropiárselas. Así, si el autor reconoce el contenido comunicativo

individuo miembro de la sociedad conoce los criterios con que se evalúan las conductas ajenas, de manera que mediante su obrar podría evitar que su conducta sea interpretada de una manera distinta a la realidad individual en que actúa<sup>371</sup>. A nuestro parecer, tal vez es posible que no en todo caso se dé una instrumentalización del condenado mediante el empleo como criterio de imputación del sentido social del hecho, pero el argumento de Ragués para afirmarlo no nos convence. El autor critica la concepción psicológica del dolo -y de los elementos subjetivos en general- y, aun así, luego se vale de un criterio evidentemente psíquico y subjetivo para determinar si hay o no instrumentalización del individuo, si éste contó con la posibilidad de ser condenado erróneamente. E, incluso, se vale de términos que suelen ser empleados al momento de delimitar el dolo eventual, como “contar con la posibilidad”, empleo que él mismo critica. De esta manera, nos parece que no es posible criticar y descartar absolutamente la concepción psicológica de algunos conceptos, para luego, recaer nuevamente en ellos para salvar su teoría.

A continuación, sigue defendiendo el criterio del contexto social, en su forma de verlo, basándose en que en una sociedad todos los individuos tienen dos pretensiones: la primera, es que todo sujeto pretende *nunca* ser condenado como culpable de un delito que no se cometió; la segunda se refiere a la pretensión del individuo dirigida al Estado, en búsqueda de protección frente a agresiones en sus derechos por parte de terceros. Según el autor, estas dos pretensiones son irreconciliables, no siendo posible satisfacerlas en su totalidad: no sería posible proteger los derechos de los individuos con un Derecho penal más débil -lo que eliminaría la posibilidad de ser castigado por un delito que no se cometió- y, a su vez, no sería posible evadir la posibilidad de ser instrumentalizado mediante una condena si el Derecho penal funciona como una efectiva herramienta de protección de los derechos de los individuos y, bajo esa pretensión, éste es más grande y apabullador. Ante esto, Ragués señala que los individuos que forman parte de la sociedad han aceptado el riesgo de ser instrumentalizados mediante la condena, a cambio de recibir una mejor tutela en caso de que sus derechos se vean vulnerados, cuestión que nos parece, a lo menos, bastante dudosa<sup>372</sup>.

---

de su acción, es decir, un supuesto ánimo de apropiación que él en verdad no tiene, no habría instrumentalización.

<sup>371</sup> Ídem, pág. 329.

<sup>372</sup> Ídem, pág. 342.

c) Breve referencia a las teorías sociales de la acción – Impacto de la teoría de la acción significativa para el dolo como término disposicional

En este último apartado, haremos una breve referencia a las teorías que defendían un concepto social de la acción, para luego pasar a revisar en qué se diferencia la teoría de la acción significativa de éstas. Luego de ello, nos centraremos en el impacto de la teoría de la acción significativa para el dolo entendido como término disposicional.

En 1932 Eberhard Schmidt inaugura esta corriente al reelaborar el tratado de von Liszt, definiendo la acción como una conducta voluntaria hacia el mundo exterior social<sup>373</sup>. Con posterioridad conocidos autores adoptaron una línea semejante, unos desde la vereda causalista, y otros desde la finalista. Entre éstos encontramos a Maihofer y Engisch, quienes defendían la corriente objetiva. Maihofer dice que acción es toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social previsible, mientras que Engisch definió el actuar como la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes<sup>374</sup>. De manera más simple, y siguiendo la corriente subjetiva, Jescheck señalaba que la acción es toda conducta socialmente relevante<sup>375</sup>. Estos autores defendían la idea de que un concepto social de acción permitía comprender la acción y la omisión dolosa, como también la acción imprudente.

Los partidarios de esta teoría la acompañaban teóricamente con la corriente causalista o finalista, ya que nunca se creó un sistema propio de la teoría del delito para la teoría social de la acción, como sí lo tienen causalistas y finalistas<sup>376</sup>, por lo que tampoco es una teoría capaz de fundamentar un concepto de acción previo al Derecho penal, como defendía Welzel<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Roxin, ob. cit., pág. 244; Zaffaroni, *Tratado*, et. vol., pág. 112.

<sup>374</sup> Roxin, ob. cit., pág. 244; Zaffaroni, *Tratado*, et. vol., pág. 116.

<sup>375</sup> A pesar de lo breve de su definición, defendiendo la corriente subjetiva, Jescheck complementaba la idea afirmando que la relevancia social venía determinada a partir de: a) la dirección de la voluntad (finalidad); b) el resultado; c) por la conducta que el Derecho espera. Roxin, ob. cit., pág. 244; Zaffaroni, *Tratado*, et. vol., pág. 116.

<sup>376</sup> *Ibidem*. A propósito de esto, se ha dicho que la teoría de la acción social sólo viene a ser una especie de solución a la teoría finalista que aún no lograba aclarar la estructura de los delitos imprudentes y los delitos de omisión, siendo la forma de unir la acción dolosa, la imprudente y la omisión bajo la categoría de la acción social. Véase De la Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, cfr., pág. 57.

<sup>377</sup> Roxin, ob. cit., pág. 246.

En el plano sistemático, Roxin señala que el concepto social de acción puede ser un mejor elemento de enlace que el concepto natural o final de la acción ya que “las valoraciones jurídicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los movimientos musculares o a la finalidad, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes”<sup>378</sup>. Pero al mismo tiempo, señala que como elemento de enlace presenta una gran dificultad; es difícil delimitarlo del elemento valorativo del tipo, y esto porque “la valoración social y la jurídica están en relación de tal dependencia recíproca que apenas son separables”<sup>379</sup>, por lo que esta valoración estaría incluida en el análisis del tipo, más que en el de la acción. Zaffaroni, por su lado, critica las teorías sociales en su conjunto ya que estas parten de una valoración que no tiene carácter jurídico, sino social, lo que para él supone entender la antijuridicidad material como dañosidad social, como la entendía Liszt<sup>380</sup>.

Como bien afirman sus críticos, las teorías sociales de la acción no aportan mucho a la teoría y tampoco en la práctica, ya que su concepto de relevancia social no deja de ser vago, como tampoco tiene consecuencias sistemáticas. A pesar de que intentan dar una base prejurídica al acto, y ya no se inclinan por una de corte natural, sino sociológica -acto entendido como conjunto de significados sociales-, el problema radica en cómo desarrollan la idea de la relevancia social de la acción, ya que, en sus términos, esta relevancia social resulta ser un elemento superfluo, porque el Derecho sólo regula comportamientos intersubjetivos, y no actuaciones que permanecen en la esfera personal y unilateral de los individuos. Además, al igual que muchas otras teorías, resultan ser una teoría normativa del acto, porque el significado del acto viene definido por el Derecho.

A nuestro parecer, aquello que diferencia las teorías sociales del acto con la teoría que sustentan Habermas, y en Derecho penal, Vives Antón, es simplemente el mucho más profundo desarrollo filosófico que estos autores han dado a su teoría. Los defensores del concepto social de acción se quedaban en fórmulas vagas que pueden dar lugar a resultados

---

<sup>378</sup> Ídem, pág. 245.

<sup>379</sup> La relación entre la valoración jurídica y la social es recíproca porque puede pasar que el Derecho regule hechos sometidos a una valoración social previa, pero también puede suceder a la inversa, que la valoración jurídica determine la social. Roxin, ob. cit., págs. 245-246; en el mismo sentido, Cury, *Derecho Penal*, ed. cit., pág. 270.

<sup>380</sup> Zaffaroni, *Tratado*, et. vol., pág. 112.

aceptables y otros absolutamente erróneos, por la misma vaguedad de su concepto clave. La teoría de la acción significativa de Vives Antón está sustentada en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, y con base en ella no formula sólo un cambio conceptual en el concepto de acción, sino que propone consecuencias sistemáticas, y busca darle legitimidad al Derecho penal dentro de nuestra democracia y Estado de Derecho. A pesar de ello, este trabajo se enfoca únicamente en las consecuencias que dicha teoría tiene para el dolo.

Dicho lo anterior, pasaremos a ver cómo impacta en el dolo la teoría de la acción significativa. Habría que partir señalando que, siguiendo una perspectiva comunicativa de la acción, los indicadores que se nos presenten en el caso concreto tendrán que ser evaluados de conformidad a si en ellos, según las reglas sociales y normativas que rijan en un determinado momento, se refleja un acto propio de una persona que obra intencionalmente o con conocimiento. En otras palabras, al momento de juzgar a un individuo y analizar si éste obró dolosamente o no, cada indicador que concurra deberá ser analizado pensando: “este dato objetivo específico, ¿resulta más propio de una persona que conocía las circunstancias de su obrar o pareciera indicar lo contrario? Como también, “¿el hecho a analizar, en virtud de estándares sociales -reglas- evidencia intencionalidad -compromiso- en el obrar del sujeto o, por el contrario, demuestra una falta de intencionalidad en el actuar?”.

Otro impacto, a nivel ya sistemático, sería aquel que afirma Silva Sánchez, quien señala que desde el momento en que se dispone como objeto del dolo no sólo el sentido social del hecho sino, a la vez, la valoración jurídico-social que recae sobre ese “sentido”, “se está empezando a incluir elementos del conocimiento de la antijuridicidad en el injusto (...) pues, para que la norma jurídico-penal pueda desarrollar su eficacia motivadora es preciso que sea advertida como tal por el sujeto, que éste sepa cuáles son las directrices de conducta que de ella dimanar y que éstas se hallan respaldadas por amenaza de pena”<sup>381</sup>. Es decir, para Silva Sánchez, defender el sentido social del hecho como criterio de imputación supone concebir el dolo no bajo la óptica finalista, sino bajo la neoclásica, donde el dolo pasa a estar ubicado en la culpabilidad, al ser uno de sus elementos la conciencia de la antijuridicidad, que en un sistema finalista, es un elemento independiente del juicio de reproche propio de la

---

<sup>381</sup> Silva Sánchez, op. cit., pág. 420.

culpabilidad, no siendo parte del dolo, el que se encuentra ubicado sistemáticamente en el tipo.

La referencia al sentido social de la conducta tendría varias ventajas, entre las cuales se encuentran: i) garantiza una igualdad de trato entre los sujetos, pues a todos se les juzga de conformidad al sentido social que se desprenda de su comportamiento a partir de las reglas correspondientes; ii) al reducir la atribución del conocimiento a los supuestos en que se ha juzgado inequívoca su concurrencia, el recurso a la pena se circunscribe a aquellos casos en que resulta absolutamente imprescindible replicar al sentido social que el sujeto ha expresado en su conducta<sup>382</sup>.

Ahora, refiriéndonos específicamente a lo que nos convoca, en el ámbito del dolo hay bastante por decir, para lo cual seguiremos especialmente a Vives Antón y las conclusiones que éste extrae para el dolo en base a la teoría de la acción comunicativa, las que se hallan en evidente consonancia con una concepción disposicional del dolo.

Habiendo ya superado la idea del juicio de “verificación” de los elementos del dolo, ya sabemos que nos encontramos frente a un juicio adscriptivo, en virtud del cual, al agente se le adscribe cierto conocimiento e intención a partir de las circunstancias objetivas de su obrar, las que son evaluadas conforme a parámetros sociales de conducta a partir de los cuales se dota de un significado al mismo. Por ello, acierta el autor cuando señala que “la atribución de intención no puede confundirse con una descripción de procesos psicológicos, con un relato acerca de lo que la mente del sujeto sabía y quería”<sup>383</sup>. E, incluso, el autor lleva su crítica más lejos, señalando que si adoptásemos la perspectiva del *querer* como un proceso psicológico, éste debiera tener una base común en cada una de las formas de dolo, cuestión que pareciera ser difícil de reconducir, debido a la diferencia del contenido de la intención y a la fuerza que tiene en cada una de las modalidades de dolo, por lo que pareciera difícil establecer un factor o elemento intencional común a las tres formas de dolo<sup>384</sup>. De esta forma,

---

<sup>382</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, ed. cit., pág. 345.

<sup>383</sup> Y es que seguir creyendo que debemos acceder a la mente del individuo para poder juzgar su conducta -lo que supone una concepción sustancial de la mente- implica caer en un error categorial, en particular, “el que consiste en atribuir a la intención subjetiva un papel conceptual, definitorio de la acción; el más antiguo, que se perpetúa de sistema en sistema, consistente en considerar el dolo como un proceso psicológico, como conocimiento y/o voluntad”. Vives Antón, op. cit., pág. 233.

<sup>384</sup> Ídem, 234.

el término querer -el elemento volitivo del dolo- se predica respecto de tres actitudes psicológicas distintas, propias de cada forma, y que son irreductibles a un género común; si se sigue hablando de lo mismo, es sólo porque reciben el mismo tratamiento<sup>385</sup>.

En esta línea, el autor comparte nuestro punto de vista -y el de muchos otros autores- al considerar que, lo apropiado para construir una teoría del dolo consecuente y lógicamente satisfactoria no es tratar de reconducir toda forma de dolo a la *intención* -dolo directo-, ya que ésta es la forma más grave y más completa de reproche, por la directa contrariedad a la norma por parte del agente, sino que debe considerarse como forma básica al dolo eventual, aquel con requisitos que pueden ser satisfechos más fácilmente, y en donde el grado de intención o voluntad de contrariar la norma es menos intensa que en el dolo directo: “a menudo se concibe al dolo eventual como una especie *defectiva* del dolo, en el que, por decirlo así, se quiere menos y se sabe menos que en el dolo directo (...) si cabe encontrar algo común a los distintos supuestos de dolo, habrá que hacerlo a partir de aquellos de menor contenido y no desde los de mayor, es decir, habrá que partir del dolo eventual y no del dolo directo *como forma básica del dolo*”<sup>386</sup>.

Vives Antón es de los autores que aún consideran que el dolo tiene un elemento volitivo, y con base en la teoría de la acción comunicativa, entiende a la intención como *compromiso de actuar de un modo determinado*<sup>387</sup>. Y para determinar si ha habido un compromiso del sujeto para obrar de la forma en que hizo, se deben revisar las reglas que rigen a la conducta humana en sociedad, las que definirán su acción como tal, poniéndolas en referencia con las competencias o cualidades personales del autor. De esta forma, y ahora vinculado con el elemento intelectual, “lo que el autor *sabe*, no es, pues, lo que se ha representado, lo que ha calculado, lo que ha previsto: para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente habríamos de tener un acceso a ella del que no disponemos. Sólo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción”<sup>388</sup>.

---

<sup>385</sup> Ídem, pág. 235.

<sup>386</sup> Ídem, pág. 235, nota al pie 81. La cursiva es nuestra.

<sup>387</sup> Para una profundización de esta comprensión revítese Ídem, págs. 223-229.

<sup>388</sup> Ídem, pág. 237.

Y es aquí donde radica el principal beneficio y conclusión que nos ofrece la teoría de la acción comunicativa respecto al dolo como término disposicional. Como expresamos anteriormente, nos inclinamos por un dolo no concebido solo como “conocer” sino que también con un elemento volitivo. Este elemento volitivo no puede ser entendido como un sentimiento, pues esto supondría caer en un Derecho penal de ánimo; de esta forma, no corresponde equiparar la *intención* con el *deseo*, la intención es el actuar mismo, pues reside en la acción, en cuanto ésta expresa el compromiso de actuar<sup>389</sup>. Entendiendo al elemento volitivo normativamente, como compromiso de actuar, las expresiones de las que nos valemos para identificarlo cobran un sentido distinto a aquel que comúnmente se les atribuye. Así, estos viejos criterios que han sido formulados por una doctrina de base psicológica pueden ser dotados de un nuevo contenido a partir del dolo como como compromiso con el actuar. Por ejemplo, la decisión contraria al bien jurídico sería “aquella que materializa ese compromiso con la lesión que no se da en la culpa y que nos permite afirmar que quien actúa con dolo eventual actúa intencionalmente”<sup>390</sup>.

En conclusión, ya no intentamos determinar cuándo *existe* dolo y cuando no, sino que los esfuerzos deben dirigirse al empleo de “criterios de comprensión, que nos permitan deslindar la gravedad de la contradicción entre la acción y la directiva de conducta contenida en la norma”<sup>391</sup>. Esto resulta evidente dada la línea normativista que se sigue en teorías como estas, lo que se traduce en que la delimitación entre dolo eventual y culpa con representación se halla en un actuar contrario a la norma de conducta, en donde, a su vez, se presente este compromiso con la realización de la acción antinormativa.

Como último comentario, y en defensa de esta propuesta, blindándola de posibles críticas en cuanto a que estos criterios pueden ser transformados en presunciones, creemos con Vives Antón, que “con el sentido social de la conducta también se consigue que, a largo plazo, los criterios de *determinación del dolo* vayan adaptándose a la evolución de la sociedad, garantizándose de este modo una aplicación efectiva del instrumento penal”<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> Ídem, pág. 238.

<sup>390</sup> Ibídem.

<sup>391</sup> Ídem, págs. 238-239.

<sup>392</sup> Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, ed. cit., pág. 347.

A pesar de los beneficios que reporta el empleo del sentido social de la conducta, éste muchas veces puede resultar muy vago al momento de resolver casos difíciles. Por ello es necesario que la doctrina avance por esta senda y comience a desarrollar criterios más específicos - dentro del sentido social de la conducta- para determinar cuándo concurre el conocimiento propio del dolo, y cuándo el acto transmite esa intencionalidad como compromiso con el obrar. Establecer estos criterios específicos no forma parte de este trabajo que busca establecer lineamientos generales, por lo que quedará para estudios posteriores que se interesen en el asunto.

### III) Conclusiones:

En este último acápite trataremos de plasmar las conclusiones que hemos extraído a partir de todo lo analizado en los anteriores capítulos y en los párrafos precedentes.

En el primer capítulo pudimos evidenciar cómo el problema del dolo ha ido pasando desde la normativización a la psicologización y de vuelta a la primera. Primero nos encontrábamos con la presunción de dolo y el *dolus ex re*, los que constituían presunciones de base normativa, es decir, basadas en generalizaciones a partir de lo que comúnmente se presenta en los hechos de la vida social. Superadas estas ideas, la doctrina penal se inclinó por un criterio psicológico, lo que de primera mano no se ve descabellado, ya que el Derecho penal como ordenamiento con pretensiones individualizadoras debe tratar al individuo con la dignidad propia de todo ser humano, lo que implica juzgar el hecho de la persona tomando en consideración su individualidad, tratando de evitar generalizaciones exageradas y que muchas veces no se corresponden con la realidad. Luego surgen las críticas a esta última perspectiva, basándose principalmente en el argumento de la inaccesibilidad al fuero interno del sujeto y a los fenómenos psíquicos que se dan en su mente, por lo que se vuelve a retomar la vía normativista, pero sin llevarla al extremo, como se encontraba en sus inicios. Esta normativización puede darse en un mayor o menor grado, dependiendo de qué tanto nos importa la individualidad del sujeto que se juzga, llegando a casos de normativización extrema del dolo, en que ya no hay referencia alguna al individuo en sí, y lo que se hace es juzgar al sujeto de acuerdo a las expectativas que el mismo derecho formula respecto de la conducta de los ciudadanos.

El dolo entendido como término disposicional se encuadra dentro del espectro de las teorías normativas, pero lejos de su extremo objetivante, pues no deja de lado los datos psíquicos del individuo - aunque estos ya no sean el objeto de averiguación (o de prueba) en el proceso penal - porque de lo contrario el contenido del dolo ya no tendría sustento en categorías de la vida social, y pasaría a ser un concepto puramente construido desde el Derecho, el que puede ser moldeado a voluntad por el jurista y el juez para incluir más casos de los que correspondería si tuviéramos siempre en consideración la referencia a esos hechos psicológicos a los que el dolo se remite. Y, es más, el abandono de la individualidad del sujeto parecer ser irreconciliable con la idea del principio de responsabilidad personal, y la calidad misma de persona, de la que goza cada individuo de nuestra sociedad.

El dolo entendido como término disposicional, como bien señalaban Hassemer y Mylonopoulos, es indisoluble de sus indicadores -hechos externos- los cuáles sirven para evaluar y para fundamentar la adscripción de dolo al sujeto. Ampliando la mirada, e incluyendo la teoría de la acción comunicativa en nuestro análisis, creemos que los indicadores que concurren en un determinado caso, analizados en conjunto con las reglas sociales y normativas que rigen el lenguaje y los significados de los actos en nuestra sociedad, deberán dar cuenta del *compromiso* del sujeto para con su conducta/acción. Es decir, los indicadores ya no apuntarán directamente a lo que se entiende socialmente por “conocimiento” y por “voluntad”, sino que serán el punto base de aquello que debe ser evaluado a partir de las reglas que rigen en la sociedad del lenguaje, cuyo análisis permitirá afirmar si el *significado* de la acción del individuo se corresponde con lo que aquí se ha denominado *compromiso* con la conducta acorde a la norma, o contraria a la misma.

Como vimos, la discusión respecto a los elementos que componen el dolo no se encuentra zanjada y no dejan de aparecer autores con variadas teorías y cambios gramaticales para afirmar la concurrencia de un elemento, pero pareciera que ninguno de éstos realmente cambia el paradigma. Actualmente se ve una mayor inclinación al abandono del elemento volitivo del dolo, dejando en éste, solo el elemento cognitivo, por lo que el dolo pasa a ser *puro conocimiento*. Se abandona el elemento volitivo y cualquier referencia a la intención, lo que en cierta medida despeja el camino de uno de los obstáculos que se nos presentan para castigar a título doloso. A nuestro parecer, el dolo entendido como término disposicional

resulta más útil para la resolución de problemas si es que se concibe el dolo como conocimiento y voluntad. Si configuramos así nuestro dolo, una vez evaluemos los indicadores en base a las reglas del lenguaje social y normativo, evidenciaremos que los resultados pueden ser muchos más ricos en información, porque un mismo dato objetivo puede operar como indicador del conocimiento, por ejemplo, y, a su vez, como contraindicador de la voluntad. En este sentido es relevante el dato volitivo porque “la intencionalidad es el rasgo central de la mente y no es algo privado, ni subjetivo ni inmaterial, sino que es algo, precisamente, que conocemos desde el momento mismo en que hablamos de intenciones”<sup>393</sup>.

A partir de la tesis de Frisch afirmamos la necesidad de dejar de entender el dolo directo como “prototipo” o figura básica del dolo. Esto porque no es posible que las otras dos modalidades de dolo deban tratar de coincidir al menos en cierto grado con las notas que caracterizan al dolo directo -en específico, una voluntad especialmente intensa-, siendo las otras figuras menos exigentes y cuyo elemento volitivo aparece mucho menos intenso. Es a partir de esto que estimamos que para dotar de mayor efectividad a nuestra teoría, debemos compartir la opinión de autores como Cury y Kindhäuser, quienes postulan al dolo eventual como forma básica del dolo. Esto resulta sin dudas acertado, partiendo de la base de que los términos disposicionales que componen el dolo pueden ser graduados, en el sentido de que éstos pueden aparecer en la realidad en un mayor o menor grado de intensidad. A su vez, resulta lógico que tratemos de identificar el dolo con su figura menos exigente y cuyo aspecto comunicativo manifiesta una contrariedad en menor grado a la norma. A medida que el elemento volitivo del dolo eventual se va intensificando, es posible llegar al dolo directo, y a medida que el cognitivo se va volviendo más patente, se puede configurar el dolo directo de segundo grado. Si caracterizamos el dolo eventual como forma básica del dolo, sin necesidad de estar redirigiéndolo una y otra vez al dolo directo, es posible obtener mejor resultados a la hora de analizar si una conducta es dolosa o imprudente.

Vinculado con esto último, sabemos que esta teoría no resolverá de una vez por todas el asunto de delimitación del dolo eventual y la culpa, lo que pareciera ser una causa perdida,

---

<sup>393</sup> Oxman Vilches, *Elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje*, Tesis Doctoral, dirigida por José Luís González Cussac, Universidad de Valencia, Valencia, 2016, pág. 313.

si pretendemos determinar de manera indubitada cuándo un caso corresponde a una conducta dolosa y cuando a una imprudente. Pero sí nos puede ayudar a tratar de fijar nuestra vista en otros datos para así facilitar el análisis en casos difíciles en donde el deslinde se muestra más difuso de lo que ya normalmente es. Ya sabemos que el juicio respecto al dolo no es de *verificación*, sino de *adscripción*. Teniendo esto en cuenta, y a partir de lo expuesto a propósito de la teoría de la acción comunicativa y a la importancia del lenguaje en la estructura comunicacional de la sociedad, debemos afirmar con Vives Antón que “la distinción entre dolo eventual y culpa reside, en última instancia, en una valoración, que sitúa los casos difíciles en una u otra categoría, conforme a una práctica que ha de atender a sus características públicas”<sup>394</sup>.

A continuación, nos permitimos transcribir una conclusión de la tesis doctoral de Nicolás Oxman Vilches<sup>395</sup>, la cual compartimos:

*Es el entendimiento de las acciones como seguimientos de reglas y no un inaprensible (sic) acontecimiento mental lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos. Si esto es así, entonces el dolo no sería un concepto, sino que una serie de reglas expresadas a modo de categorías diferenciadas que permiten entablar una relación entre dichas reglas, en cuanto reconducibles al quebrantamiento de normas jurídicas de prohibición o mandato, otorgando a un comportamiento significado, esto es, la atribución de sentido a una acción como una forma intencional de quebrantamiento de esas normas de prohibición o mandato.*

Como últimas palabras, entender el dolo como un término disposicional podría considerarse que es sólo la base teórica que puede dar un cierto fundamento legítimo a una teoría adscriptiva del dolo, para finalmente dejar de lado la visión referida a su constatación. Supone establecer reglas que tienen su origen en el fenómeno comunicativo social, en virtud de las cuales se evaluará las circunstancias objetivas del hecho, tomando en cuenta que es lo que la sociedad, de acuerdo a sus valoraciones y al empleo del lenguaje, consideran que es “conocido” o “intencional”. Una teoría adscriptiva como esta limita la capacidad de los operadores del Derecho de moldearlo a voluntad dependiendo de sus intereses, lo que no se

---

<sup>394</sup> Vives Antón, op. cit., pág. 241.

<sup>395</sup> Oxman Vilches, op. cit., pág. 311.

da en visiones normativizadas en un punto extremo, persiguiendo éstas solo una ampliación del margen de castigo doloso, dejando de lado absolutamente la individualidad del sujeto. Si incorporamos la mirada disposicional y comunicativa a estas teorías normativizadoras, ponemos un límite a la imputación mediante las reglas que supone nuestro juicio de adscripción de un término disposicional como el dolo.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Fregoso, “Análisis comunicativo de la teoría del caso”, en *Iter Criminis – Revista de Ciencias Penales*, N°21, Cuarta época, Mayo-Junio de 2011.

Aguirre Román, “La relación lenguaje y Derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 7, N°13, Enero-Junio de 2008, pp. 139-162.

Bacigalupo, *Derecho penal*, Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, 1999.

Carrara, *Programa de derecho criminal*, Parte general, 10 vols., Traducción al castellano de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956, t. I.

Caro John, “La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo”, en *Derecho & Sociedad*, N°39, 2012.

Corcoy Bidasolo, “Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio”, en *Doctrina y Jurisprudencia penal*, Universidad de los Andes, N°4, 2011, pp. 3-30.

Cury Urzúa, *Derecho Penal*, Parte General, Ediciones UC, Santiago, 10ª ed., 2011.

Cury Urzúa, “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”, en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*, Homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. Universidad Finis Terrae, Santiago, 2010, pp. 79-96.

De Donato, “El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales”, en *Diánoia*, vol. LII, N° 59, noviembre 2007, pp. 151-177.

Díaz Pita, *Los límites del dolo eventual*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1993.

Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, Bases metodológicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Donna, “El concepto objetivado de dolo”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín (coords.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 671-685.

Durán Migliardi, “Sociedad y Derecho: La influencia de la Escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas”, en *Universum*, Vol. 33, N°1, 2018, Universidad de Talca, pp. 84-116.

Ellero, *De la certidumbre de los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Reus, Madrid, 7<sup>ma</sup> ed., 1980.

Engisch, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Estudio preliminar y traducción de Juan José Gil Cremades, Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

Feijóo Sánchez, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 4 vols., Barcelona, Ariel, 15<sup>a</sup> ed., 1999, t. I.

Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 4 vols., Ariel, Barcelona, 15<sup>a</sup> ed., 1999, t. IV.

Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Traducción al castellano de la 14<sup>va</sup> ed., alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 2<sup>da</sup> ed., 1989.

Foot, “Virtues and vices: and other essays in moral philosophy”, en *Oxford Scholarship Online*, Noviembre de 2003.

Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

García-Carpintero, *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1996.

Garrido Vergara, “Habermas y la teoría de la acción comunicativa”, en *Razón y palabra*, N°75, Febrero-Abril de 2011.

Gómez Orbaneja/Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, A.G.E.S.A., Madrid, 5<sup>ta</sup> ed., 1959.

Guirardo, “Metafísica disposicional y monismo neutral”, en *Mutatis Mutandis: Revista Internacional de Filosofía*, N°3, diciembre de 2014, pp. 11-27.

Guzmán Dalbora, “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal” en *Revisa Procesal Penal*, LexisNexis, mayo de 2006, N°47, pp. 9-17.

Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social, 2 vols., Taurus, Madrid, 1997, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, t. I.

Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Temis, Bogotá, 1999.

Hoyos Valdés, “Ética de la virtud: alcances y límites”, en *Discusiones Filosóficas*, Año 8, N°11, Enero-Diciembre 2007, pp. 109-127.

Hruschka, *Imputación y Derecho penal*, Estudios sobre la teoría de la imputación, BdeF, Buenos aires, 2<sup>da</sup> ed., 2009.

Jakobs, *Derecho Penal*, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación, traducido por José Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2<sup>a</sup> ed. 1997.

Jakobs, “Indiferencia como dolo indirecto”, en Zugaldía Espinar y Barja de Quiroga (coords.), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 1, 2004, pp. 345-358.

Jakobs, “Representación del autor e imputación objetiva” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, Mes 2, 1991.

Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Comares, Granada, 4<sup>a</sup> ed., 1993.

Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, 1970, t. V.

Kindhäuser, “Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia”, en *Revista Jurídica – Mario Alario D’Filippo*, Vol. 4, Revista N°1, ejemplar N°7, primer semestre de 2012.

Kindhäuser, *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal*. Entrevistas y conferencias, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, 2017.

Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo indirecto?”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial*, Traducción de la conferencia “Gleichgültigkeit als Vostatz?” por Percy García Caveró, Universidad de Piura, Octubre de 2004, pp. 33-54.

Künsemüller Loebenfelder, *Culpabilidad y pena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

Laurenzo Copello, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Le Gall, “Los fundamentos normativos de la ética en la filosofía moral de Elizabeth Anscombe”, en *Aporía – Revista Internacional de Investigaciones Filosóficas*, N°5 (2013), pp. 4-17.

Mañalich Raffo, “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N°2, pp. 461-493.

Mañalich Raffo, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Barcelona, 2014.

Maurach/Zipf, *Derecho penal*, 2 vols., Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I.

Mondragón, “La distinción metodológica entre el lenguaje teórico y el lenguaje observacional: Un análisis epistemológico” en *Andamios*, vol. 13, N°31, mayo-agosto 2016, pp. 37-59.

Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 8<sup>va</sup> ed., 2010.

Mylonopoulos, *Dogmática penal en un contexto internacional*, BdeF, Buenos Aires, 2018.

Ossandón Widow, “El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo”, en *Ius et praxis*, Año 14, N°1, enero de 2008, pp. 49-85.

Oxman Vilches, *Elemento volitivo del dolo: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del lenguaje*, Tesis Doctoral, dirigida por José Luis González Cussac, Universidad de Valencia, Valencia, 2016.

Pérez Barberá, “El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Universidad Sergio Arboleda, N°6, pp. 11-49.

Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, Traducción de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Puppe, Ingeborg, *El Derecho penal como ciencia*, Método, teoría del delito, tipicidad y justificación, B de F, Montevideo, 2014.

Radbruch, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2011, traducción y notas por José Luís Guzmán Dalbora.

Ragués i Vallès, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N°4, 2004, pp. 13-26.

Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

Ragués i Vallès, *Ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975.

Rodríguez Mourullo, “La presunción legal de voluntariedad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVIII, Mes 1, 1965.

Romeo Casabona, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N°8, 2006.

Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, 2 vols., Civitas, Navarra, 2014, t. I.

Ryle, *El concepto de lo mental*, Barcelona, Paidós, 2005.

Sánchez Málaga Carrillo, “El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?” en *Themis – Revista de Derecho*, N°68, 2016, pp. 61-75.

Sánchez Málaga Carrillo, *Una teoría para la determinación del dolo*, Premisas teóricas e indicadores prácticos, B de F, Buenos Aires, 2018.

Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1ª ed., 1992.

Sotomayor Acosta, “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”, en *Política Criminal*, vol. 11, N°22 (diciembre de 2016), pp. 675-703.

Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Von Wright, *La diversidad de lo bueno*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Welzel, *Derecho Penal*. Parte General, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.

Zaffaroni/Aliaga/Slokar, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002.

Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, 7 vols., Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III.