

DOLO EVENTUAL

EVENTUAL DECEIT

HERNAN SILVA SILVA*
Universidad San Sebastián
Chile

DOCTRINA

Desde hace varios años se viene planteando la figura del dolo eventual, dentro de la culpabilidad, como un tipo especial de dolo distinto al clásico como lo es el directo, tanto en la doctrina como jurisprudencia nacional, como en el Derecho Comparado. Este dolo eventual o condicionado se refiere principalmente a que el resultado o el producido de la acción que ejecuta un sujeto, no es la querida, pero era probable que ocurriese o previsible y configurándose el resultado se acepta por el sujeto activo.

Palabras clave: *Culpabilidad, dolo eventual, probabilidad y aceptación.*

DOCTRINE

For some years now, it has been proposed the eventual deceit doctrine, within the theory of culpability, as an special kind of deceit, distinct from the classical one, such as the direct one, both in doctrine and national case law; same thing happens in Comparative Law. This eventual or conditioned deceit doctrine, mainly, means that the result or consequence from the subject's action is not a wanted or expected one, but one both foreseeable and likely to take place, and so accepted by the active subject.

Key words: *Culpability, eventual deceit, likeliness and acceptance.*

* Abogado. Profesor Titular de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad San Sebastián, Sede Concepción, Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Campus Tres Pascualas, General Cruz 1577 Concepción, Chile. Correo electrónico: hernan.silva@uss.cl.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde hace varias décadas se viene discutiendo e investigando, no sólo en la doctrina nacional (Etcheberry, Garrido, Cousiño, Cury, Labatut, Politoff, Bustos, etc.) y en la jurisprudencia, sino que igualmente en el Derecho Comparado (Welzel, Mir, Roxin, Polaino, Blanco, Gimbernat, etc.) un tipo especial de dolo que se aleja de los clásicos conocidos, en el Derecho Penal, como lo es el dolo eventual o condicionado (esta última designación dejada de lado en la actualidad). A modo de concepto puede señalarse que se inicia una acción que tiene como consecuencia la probabilidad que suceda un hecho ilícito, que él autor no desea y una vez producido la acepta, lo que constituiría el dolo eventual.

Dentro de la teoría de la culpabilidad, que es elemento subjetivo del delito, uno de los aspectos más relevantes es el denominado dolo eventual (*dolus eventualis*) que es totalmente distinto del dolo directo o de primer grado, inmediato, o *dolus directus* (en el que se da una coincidencia entre la acción querida y ejecutada con el resultado obtenido y deseado y del dolo indirecto que es una especie del dolo de primer grado, mediato, o de segundo grado de consecuencias necesaria (cuando el resultado excede a la acción querida pero era consecuencia necesaria de esa actividad ilícita).

Siguiendo al profesor de Derecho Penal y magistrado argentino Zaffaroni “el dolo es eventual cuando: a) el sujeto se representa el resultado como relativamente probable y b) incluye esa probabilidad (no el resultado a secas sino la probabilidad de resultado) en la voluntad realizadora”¹.

Don Mario Garrido Montt, citando el pensamiento de Kaufman, apunta “...hay dolo eventual cuando el sujeto, si bien no persigue el resultado ilícito, se lo representa como mera posibilidad de su acción”². En el dolo directo, que podemos etiquetar como clásico, distinguimos dos elementos sustanciales que no pueden faltar y que íntimamente relacionados o conectados son reconocidos absolutamente por la doctrina y sentencias: uno el intencional, volitivo o voluntario, lo que el sujeto quiere hacer y el otro, el cognitivo, cognoscitivo o intelectual, el saber o conocer que esa acción es ilícita.

Estos componentes no se dan en el dolo eventual, como se verá a continuación.

Como explicitan los penalistas Bullemore y Mackinnon: “en consecuencia podemos decir que la diferencia radical entre el dolo directo y el eventual se encuentra en que en el primero la verificación del tipo objetivo es la meta de la voluntad del sujeto y su conducta es el medio escogido para tal verificación, en tanto que en el dolo eventual la verificación del tipo penal es una consecuencia previsible de la propia conducta del agente, pero que no es perseguida *ex profeso* por el agente, de tal modo que su

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 1ª edición, Méjico, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, I, p. 355.

² MONTT GARRIDO, Mario, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, II, p. 74.

conducta no es un medio escogido para arribar a tal verificación, sino el medio para alcanzar otros fines, siendo la verificación del tipo objetivo solo una consecuencia colateral previsible y ante la cual el sujeto activo manifiesta indiferencia para el caso de producirse”³.

No es la oportunidad de analizar en estas líneas el acercamiento o la problemática que se produce entre este dolo eventual y la culpa consciente (o con representación), ya que se estima que en ambos existe un presupuesto común que es la probabilidad, o la previsibilidad que se produzca un resultado que no es querido y el que es abordado en varias oportunidades al tratar el dolo eventual por los doctrinadores y falladores.

Tanto en Chile como en el extranjero no se ha tipificado derechamente el dolo eventual y queda entregado a la jurisprudencia su determinación y alcances en relación con la culpa consciente o imprudente.

El Código Penal Federal de Méjico en su artículo 9 no señala expresamente el dolo eventual, pero se infiere de su texto, lo que puede ser discutido, y preceptúa: *Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar.*

El Código Penal Cubano trata indirectamente, según algunos comentaristas, el dolo eventual, en el artículo 9 que indica: “artículo 9.1. El delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia. 2. El delito es intencional cuando el agente realiza consciente y voluntariamente la acción u omisión socialmente peligrosa y ha querido su resultado, o cuando, sin querer el resultado, prevé la posibilidad de que se produzca y asume este riesgo. 3. El delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto. 4. Si, como consecuencia de la acción u omisión, se produce un resultado más grave que el querido, determinante de una sanción más severa, ésta se impone solamente si el agente pudo o debió prever dicho resultado”.

En el artículo 22 del Código Penal Colombiano aparece derechamente tipificado el dolo eventual al exponer: “Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También es dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

³ BULLEMORE G. Vivian R y MACKINNON R., John, “Fin y Función del Derecho Penal y de la pena: las teorías de la pena” en *Anales Facultad de Derecho Universidad de Chile*, 1, (2004), pp. 5 y 6.

II. EXTRACTOS DE SENTENCIAS

1. Tribunal de juicio oral en lo penal de Concepción, 17 de Mayo de 2011, RIT Nº300-2010

Voto disidente de la Juez Nancy Vargas Bustamante: “b) Determinado que Bustos Rubilar actuó con dolo eventual (bajo la fórmula de Kaufmann), surgido en el acto mismo del robo, no cabe penalizarlo sin consideración a esta circunstancia, al menos en cuanto a la pena que le corresponde dentro del grado legal, puesto que, quiérase o no, el reproche que se hace a su respecto no es de la misma intensidad, no porque el dolo eventual tenga sea menos abyecto en relación al dolo directo (el dolo es neutro desde el punto de vista de la valoración), sino porque el nivel de representación y de aceptación del resultado necesariamente distinto y menor. De ahí que, en concepto de este sentenciador, no es técnicamente correcto lo sostenido por el voto de mayoría en el párrafo final del considerando décimo quinto, en cuanto a que el dolo eventual interesa “más bien para fines dogmáticos”. Si ello es así, ¿para qué entonces habla de dolo “directo” si esa también es una creación dogmática?

Se previene que la magistrada Nancy Vargas Bustamante estuvo por condenar a Humberto Daniel Inzunza Castillo como autor del cuasidelito de homicidio de Nicole Nazaret Alamos Alamos a la pena de trescientos ochenta y seis días de reclusión menor en su grado mínimo, en consideración a las atenuantes que le han sido reconocidas, y a los fundamentos de hecho y derecho que expone a continuación.

En efecto, la prueba del juicio, excepcionalmente escueta y de cara a la versión del acusado, sólo permite tener por acreditado de parte de este un actuar temerariamente imprudente, constitutivo de culpa, pero en ningún caso un actuar doloso, pues no hay testigos, peritos, documentos ni ningún otro medio de prueba que permita a los juzgadores reconstruir históricamente los sucesos que a nivel normativo dan lugar a los elementos intelectual y volitivo propios del dolo.

Los razonamientos son los siguientes:

1. En la faz subjetiva de los delitos dolosos debe existir una coincidencia absoluta entre la finalidad y el hecho típico objetivo, pues la finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito. Pues bien, la finalidad es orientativa de la conducta, y corresponde al propósito que busca quien actúa u omite, anticipándose mentalmente a dicha meta o fin, seleccionando los factores causales y considerando los efectos concomitantes. Ese fin o propósito que orienta la conducta de quien actúa dolosamente en el homicidio, es matar, producir directamente la muerte de otro. Esa es precisamente la finalidad adecuada al tipo de homicidio.

En el caso que aquí se juzga no hay un solo dato probatorio que permita sostener, más allá de toda duda razonable, que la finalidad que orientó la conducta del acusado

fue quitar la vida, matar a la víctima, pues existía una relación amorosa entre ambos, esperaban un hijo, y no había razón alguna sustentable en la prueba, para que el acusado quisiese producir la muerte de la madre de su futuro hijo. Por tanto, ese criterio orientativo de la finalidad adecuada al tipo en este caso no concurre.

2. El dolo tiene dos elementos copulativos que son el conocimiento del hecho que integra el tipo, y la voluntad de realizarlo, o al menos la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria, sin que el elemento intelectual prime sobre el volitivo, ni el volitivo sobre el intelectual, pues ni en la realidad de las cosas, ni en el texto de la ley puede sostenerse que el conocimiento sea más importante que la voluntad, ni que la voluntad esté por sobre aquél. Al momento de actuar el sujeto debe conocer todo el hecho integrante del tipo, debe igualmente querer realizarlo en su integridad con todas sus modalidades típicas, y si es un tipo de resultado debe conocer y querer éste y la relación de causalidad. En el conocer no está incluido el conocimiento de lo injusto del actuar, y en la voluntad no están incluidos los deseos o tendencias de índole afectivo o utilitario.

Definido así, no hay dolo en el actuar del acusado, ni directo, ni eventual, pues no hay ninguna prueba mínimamente considerable de que el acusado haya sabido que daba muerte de un disparo a Nicole Nazaret Alamos Alamos, queriendo que muriese. Nadie lo dijo, nadie lo sostuvo pericialmente, no hay documentos que así lo registren, ni es posible extraer de la prueba indicios graves, múltiples, precisos y concordantes para inferirlo más allá de toda duda razonable.

En efecto, no hay dolo directo pues nadie dijo bajo testimonio, o en razón de algún conocimiento experto, que el acusado Inzunza Castillo haya perseguido, como objetivo de su actuar, la realización del hecho típico muerte de la víctima, pues no hay testigos de lo acontecido, ni un registro gráfico, ni un documento que lo diga implícita o explícitamente, y no basta que el tribunal infiera ese objetivo de las solas circunstancias que rodearon el disparo, como su trayectoria, su distancia, su necesario acto de voluntad para accionar el gatillo, pues tales antecedentes se dan también en el actuar imprudente, incluso en el actuar justificado, y sin referencias a la finalidad que orientaba ese disparo, todo lo que se diga en torno a lo que el acusado quería conseguir con él es pura especulación sin base probatoria.

Tampoco hay dolo eventual pues falta prueba de la representación de la producción del resultado, tanto como de la aceptación de la producción del resultado muerte de Nicole Álamos Álamos, ya que no hay antecedente alguno del cual desprender que ésta fue una alternativa cuya posible realización el acusado consideró, permaneciendo indiferente ante ella.

Aún cuando en el dolo el conocimiento y la voluntad son equivalentes, y no se justifica dar más importancia a uno que a otro elemento, siguiendo las teorías de la representación y de la voluntad no hay forma de justificar probatoriamente el dolo eventual del acusado, pues no es posible extraerlo de la prueba rendida en el juicio.

Así, no hay dolo eventual, siguiendo la teoría de la representación, pues no hay un solo elemento de acreditación del cual desprender el grado de posibilidad con que el acusado se representó la producción del resultado típico. Sólo se podría decir que el acusado aceptó en su voluntad la muerte de Nicole Álamos Álamos si se tuviera certeza de que se representó su muerte como probable, o sea, como un evento muy posible, pero tal certeza, en opinión de la disidente, no se ha obtenido en este juicio.

Tampoco hay dolo eventual siguiendo la teoría de la voluntad, pues para esta lo decisivo es la actitud volitiva del sujeto frente al resultado que se representa como posible, y si no hay prueba del grado de probabilidad con que se representó ese resultado, entonces no hay forma de sostener que el mismo lo acogió en su voluntad, consintiendo en él, asumiendo con indiferencia la posibilidad de que Nicole Álamos Álamos muriera, ni actuando de todos modos sin detenerse ante la posibilidad de concreción del resultado.

No hay, en último término, dolo eventual siguiendo la solución finalista propuesta por Kaufmann, pues el dolo para el finalismo ha de estar libre de valoraciones y, en tanto y cuanto voluntad de realización del tipo, éste queda excluido cuando exista voluntad de evitación del resultado. En tal sentido el acusado, pese a desatar un curso causal difícilmente dominable al haber efectuado un disparo, realizó a continuación acciones que demuestran que el resultado no era querido por él y que quiso evitarlo, como el hecho de haber llamado inmediatamente a la ambulancia, a la que incluso salió a su encuentro, en llamar a su padre para que apurara la llegada del personal médico y el acercarse a carabineros a decirles que en su casa había ocurrido el hecho, todo esto cuando la muerte de Nicole aún no se había producido.

Por cierto, evitar el resultado equivale a no quererlo, y la prueba de ese no querer implica no ser indiferente frente a él y, en el presente caso no hay prueba de que el acusado haya querido el resultado, pero sí hay indicios que, aunque débiles (pues surgen con posterioridad a su actuar), permiten sostener que nunca quiso causar la muerte de Nicole Álamos Álamos y que fue su temeraria imprudencia la que terminó por propiciarla.

3. Que de acuerdo a la concreta prueba del juicio, el acusado tomó un arma de fuego cargada con una bala y la levantó para “mostrársela” a su polola, apuntando el cañón hacia ella, que se encontraba sentada en un brazo del sofá, frente a él, a una altura levemente inferior a la suya. Eso fue lo que dijo, y eso fue lo que se probó más allá de toda duda razonable.

Esa conducta, en la medida que no se probó una finalidad adecuada al tipo de homicidio, ni al de lesiones, ni al de amenazas, ni a ningún otro es atípica, pero ello no obsta a considerarla imprudente pues el acusado omitió imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo que el curso causal se desviara hacia la producción del resultado que no deseaba.

La indagación en este punto es eminentemente fáctica y se orienta a establecer en

concreto si el acusado, de acuerdo con la experiencia general, podía o no gobernar el curso causal que abandonó al acaso, y en este caso es evidente que esa experiencia general aconsejaba que Inzunza Castillo desarrollara su acción peligrosa (empuñar con el dedo en el gatillo un arma cargada, en un espacio reducido, con una persona ubicada en el entorno cercano) sin levantarla frente a la víctima, de tal suerte que al hacerlo, incurrió en una imprudencia temeraria. Un sujeto cualquiera, medianamente diligente, habría tomado el resguardo de mostrar el arma sin apuntar con ella con el dedo en el gatillo, pero dado que el acusado era un joven sin experiencia en armas (no se probó lo contrario), los criterios auxiliares de falta de atención y falta de cuidado concurren con mayor razón aun a determinar su actuar temerario e imprudente, primero porque no previó lo que era posible prever, cual es que un movimiento del arma, con el dedo en el gatillo y con el cañón del arma en dirección a otra persona podía ocasionar el disparo y la muerte consiguiente de esa otra persona, y segundo, porque su inexperiencia en armas, y la magnitud del riesgo frente a la nula necesidad social del acto, le hacía aconsejable tomar sólo una actitud: no manipular el revólver en frente de la ofendida. Al hacerlo, sea que haya debido ejercer poca fuerza o mucha fuerza sobre el gatillo del arma (no se sabe porque el peritaje sólo da un valor sin explicación suficiente para definir ese valor en consideración al acusado, y sin que el tribunal pueda formarse su propia opinión pues el arma materialmente no fue incorporada como evidencia al juicio), actuó con la mayor imprudencia que es posible concebir en alguien, temerariamente, abandonando las riendas del curso causal desatado sin poder conducirlo de manera de evitar el resultado que no quería provocar, sin mediar malicia en su accionar sino sólo una absoluta falta de atención y de cuidado, que no es dolosa ni aun cuando se estime que las acciones previas (ir a buscar al segundo piso el arma que cargó antes con una bala, y ponerla debajo de su ropa para exhibírsela a modo de sorpresa a su polola que estaba desprevenida en el primer piso de la casa) puedan constituir una acción negligente ilícita, pues tal aserto constituye una aplicación del indeseable principio del *versare in re ilícita*, que no tiene cabida en nuestro derecho, a la luz de lo dispuesto en el artículo 492 del Código Penal, que permite la posibilidad de un tipo imprudente aun bajo el supuesto de violación de reglamento.

Por todas las razones expuestas, a juicio de la magistrada Vargas Bustamante, no hay posibilidad de sustentar la incriminación de Humberto Daniel Castillo Inzunza a título de dolo directo, ni de dolo eventual, y sólo cabe castigarlo como autor de cuasidelito de homicidio pues, al no dirigir adecuadamente el curso causal a fin de evitar que se desviara hacia la producción del resultado muerte de Nicole Nazaret Álamos Álamos, le hace responsable de ella por haberla causado con imprudencia temeraria”.

2. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de Julio de 2008, rol 664 2008

“PRIMERO: Que, relativamente a la primera petición de la parte apelante, en el sentido de recalificar los hechos como lesiones culposas, dado que, en su sentir, el autor

habría actuado con imprudencia temeraria, cual especie de culpa consciente, al disparar a la víctima y dejarla ciega, tal solicitud reposa en la acaso más difundida doctrina acerca del dolo eventual y su deslinde de la culpa con representación, a saber, la teoría estricta del consentimiento. Según ella, hay dolo eventual cuando el autor se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción en definitiva acepta, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quería ante todo. Su diferencia con la culpa consciente radica en una cuestión de voliciones. En la tercera y positiva fórmula de Reinhard Frank, se presenta en estos términos: el agente ha de decirse a sí mismo como quiera que vayan las cosas, yo actué de todas maneras; si fuese así, hay dolo eventual, de lo contrario, culpa con representación.

La teoría del consentimiento tiene múltiples variantes, que hablan de aceptar, resignarse, conformarse, contar con, tomarse en serio, etc., el resultado. Pero hace tiempo que es objeto de numerosas críticas. Desde luego, es una concepción que excluye el dolo eventual, por falta de admisión interna del evento, aun cuando el autor deposita una confianza irracional en que éste no sobrevendrá. Además, es una concepción que enfrenta al autor con algo que él normalmente no se representó, a saber, la decisión que hubiera adoptado de tener como segura la producción del hecho, algo por demás ajeno al *thema probandum* y que puede rematar fácilmente en la culpabilidad por el carácter y un Derecho penal de autor, ya que lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona? (Gimbernat Ordeig, *Acerca del dolo eventual*, en sus *Estudios de Derecho penal*. Cívitas, Madrid, 2ª. ed., 1981, págs. 171-199, 186. Esto último es sencillamente inaceptable en el ordenamiento chileno, un Derecho penal de acto que, por tanto, no resuelve el problema del dolo a partir de lo que el encausado eso parece, sino al tenor de aquello que él objetivamente hizo y sus vínculos psicológicos con el resultado.

SEGUNDO: Que, a su turno, las teorías de la representación no enfrentan al autor con el evento, sino con la situación peligrosa. Simplificándolas en su ingente variedad, para ellas hay dolo eventual si la probabilidad de que el resultado ocurra a consecuencia de la acción ha alcanzado un cierto nivel, sin importar que el sujeto esté o no de acuerdo, que acepte o no su verificación. Basta con que tome en serio lo elevado de ese riesgo para poder imputarle su efecto a título de dolo eventual. Es evidente que así se prescinde por completo del componente volitivo del dolo, se corre el riesgo de objetivarlo y, sobre todo, se aniquila la culpa con representación, que ya nunca podrá presentarse, parecidamente a las teorías del sentimiento y de la indiferencia, que reemplazan la decisión de la voluntad por una cuestión afectiva: que al sujeto sea o no indiferente, que desprecie o le preocupe lo que ocurrirá.

TERCERO: Que, a la luz de lo expuesto, resulta más fundada, convincente y utilizable en la realidad procesal la teoría restringida del consentimiento, que preserva el elemento volitivo del dolo, pero sin caer en los excesos e imposibilidades de demostración

de la versión estricta de la aceptación. Según ella, el dolo eventual requiere, sí, que el sujeto admita la eventual producción del resultado; pero esa voluntad no es eliminada si éste alienta una confianza irracional, insensata o infundada de que el resultado no iba a ocurrir, ya que tal disposición subjetiva no es reveladora de verdadera confianza, sino de una esperanza o deseo que carecen de relevancia jurídica. Sólo confía en que el resultado no ocurrirá y, en consecuencia, actúa con culpa consciente, quien obre con una mínima base racional, apoyada en la objetividad de los hechos. Esa confianza, y sólo ella, es la que desvirtúa el grave desvalor del dolo eventual y hace factible un grado de culpabilidad en que el reproche es menos intenso (Luzón Peña, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam». 2 vols. Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, t. I, cfr. pág. [1109-1134] 1117).

CUARTO: Que examinado el caso en cuestión a la luz de las doctrinas anteriores, y cualquiera que sea la que se utilice, pero especialmente las dos últimas, hay que concluir que Alexander Pérez Gatica obró con dolo de lesionar gravemente a Juan Vicencio Díaz. En efecto, manipula con ademán conminatorio, a pocos metros del paciente, una pistola de grueso calibre, la gatilla dos veces y, por último, en la tercera oportunidad, dirigiendo el cañón del arma hacia la cabeza del sujeto pasivo, le dispara en el rostro. Es manifiesto que se representó el resultado vulnerante y, asimismo, que lo admitió. Suponer otra cosa, incluso tomando en cuenta las relaciones personales entre él y la víctima, a que alude la defensa, equivaldría a afirmar que alguien puede emprender una actividad peligrosísima, incluso de consecuencias letales, al margen de toda regla de cuidado o prudencia, pero sin acoger en su interior la probabilidad de generar los efectos correspondientes, lo cual es desde todo punto de vista insensato o, a lo sumo, expresión de un mero deseo irrelevante para constatar la existencia del dolo. Por lo demás, buenos motivos hay para pensar que el dolo de Pérez Gatica iba más allá de la grave lesión, que ese disparo al rostro tenía un propósito homicida. Mas no fue ésta la calificación que merecieron los hechos en el fallo, y con razón, porque la ley que hubiera debido prevalecer in abstracto sobre las lesiones, o sea, los artículos 51 y 391, número 2º, del Código penal, que señalan la pena del homicidio frustrado, tenía que quedar desplazada in concreto, por consunción inversa, atendida la penalidad de las lesiones graves consumadas, que es más alta y refleja mejor el desvalor del hecho”.

3. Tribunal de juicio oral en lo penal de Concepción, 17 de Enero de 2007, RIT N°262-06

“Se previene que el magistrado Adolfo Cisterna Pino estuvo por aplicar a los acusados Bustos Rubilar y Ortiz Díaz las penas de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio, respectivamente, en

razón de las siguientes consideraciones:

a) Que efectivamente el delito de robo con homicidio es una figura compleja, una “abrazadera típica” que exige acciones finales destinadas a la apropiación y a la muerte de la víctima en un mismo contexto situacional, pero siendo la apropiación el motivo (móvil) de la muerte que ha de ocasionarse con ocasión de aquella. Es precisamente porque la muerte se comete “con ocasión” del robo que no se requiere un designio anticipado de matar cuando se ha resuelto cometer el delito, de tal suerte que es suficiente que el designio homicida surja en el contexto de la apropiación, y obviamente a su servicio. Ello dificulta, en este delito en particular, el análisis del aspecto subjetivo del tipo (dolo) porque lo normal y corriente será que el o los agentes pretendan sólo la utilización de un medio violento, más o menos intenso, pero sin causar la muerte, y sólo desencadenado el curso causal ella se produce en el contexto de la apropiación y vinculado a ella. En otras palabras, es de rara ocurrencia que, ab initio, el o los agentes se representen y quieran causar la muerte de la víctima del robo, lo que obliga a analizar cuidadosamente la secuencia de los hechos para determinar si se actuó con dolo directo de homicidio desde el inicio de las acciones, o si surge el dolo directo en el contexto de la apropiación, o si la muerte es un resultado previsto y aceptado para el evento de que así ocurra, o sea, si la abarca el dolo eventual (obviamente la muerte producto de acción imprudente desvía el análisis hacia un concurso material, cuyo no es este el caso). Dicho esto, visto el video que muestra las conductas desplegadas por cada uno de los acusados, y descartado por falta de prueba un concierto que abarcara la producción de la muerte del ofendido, sólo puede concluirse que ambos acusados enfrentaron el delito desde distintas posiciones subjetivas. En efecto, ambos subieron al taxibús para apropiarse con intimidación o con violencia del dinero de la recaudación, pero ante la resistencia del chofer, uno de ellos, el acusado Ortiz, lo acomete al menos en cuatro ocasiones con un cuchillo dirigido a zonas conocidamente vitales de su cuerpo, con evidente intención de conjurar de raíz cualquier reacción del ofendido, lo que muestra el surgimiento de un dolo directo respecto de él, en el curso de la apropiación, o sea, con ocasión (y motivo) del robo. No se trata de un dolo eventual a su respecto porque su conducta no es ni remotamente imprudente (aceptando que el dolo eventual –como sostiene Bustos Ramírez– es una especie de culpa sancionada a título de dolo, dada la aceptación del resultado típico eventual), sino plenamente dirigida desde la finalidad (de apropiación violenta).

Lo que resta entonces es saber cuál es el título de imputación del acusado Bustos Rubilar, quien estaba presente en los brevísimos momentos en que la conducta homicida de Ortiz se desarrollaba, y que no tenía concierto con él para la causación del homicidio. Sobre este punto, a juicio de este magistrado, su vinculación subjetiva con la muerte del ofendido es a título de dolo eventual, no porque su propia conducta haya abarcado la aceptación del resultado muerte del chofer como posible desde un principio, o en relación a sus propias acciones violentas contra el chofer, sino porque en el

curso de los acontecimientos, en presencia de los actos homicidas del acusado Ortiz, no asumió ninguna conducta de evitación de ese resultado que previó como posible y que él no quería. En efecto, en los escasos segundos que dura toda la secuencia del robo y la muerte del ofendido, ambos acometen violentamente al chofer, pero llegado el momento en que el acusado Ortiz extrae el cuchillo y comienza a agredir las zonas vitales de la víctima, Bustos no hace nada por impedir que esos golpes cumplan su objetivo mortal.

Ello demuestra que el resultado muerte del ofendido fue visto como posible por el acusado Bustos, quien con su desidia estimó tal posibilidad y sin embargo permaneció indiferente a ella.

b) Determinado que Bustos Rubilar actuó con dolo eventual (bajo la fórmula de Kaufmann), surgido en el acto mismo del robo, no cabe penalizarlo sin consideración a esta circunstancia, al menos en cuanto a la pena que le corresponde dentro del grado legal, puesto que, quiérase o no, el reproche que se hace a su respecto no es de la misma intensidad, no porque el dolo eventual tenga sea menos abyecto en relación al dolo directo (el dolo es neutro desde el punto de vista de la valoración), sino porque el nivel de representación y de aceptación del resultado necesariamente distinto y menor. De ahí que, en concepto de este sentenciador, no es técnicamente correcto lo sostenido por el voto de mayoría en el párrafo final del considerando décimo quinto, en cuanto a que el dolo eventual interesa “más bien para fines dogmáticos”. Si ello es así, ¿para qué entonces habla de dolo “directo” si esa también es una creación dogmática?”

4. Corte Apelaciones de San Miguel, 19 de agosto de 2010, rol 1075-2010 reforma procesal penal

“Considerando Sexto: Que así las cosas, en opinión de esta Corte no es posible estimar que el inculcado hubiere actuado ‘por imprudencia temeraria’ como afirma su defensa, puesto que son hechos no discutidos y acreditados con las probanzas allegadas, que el sentenciado tomó el arma que sabía se encontraba cargada con una bala y apuntando a la cabeza de la víctima, disparó, causando la muerte de ésta.

Refuerza lo anterior el desconocimiento señalado por el enjuiciado sobre el funcionamiento de las armas de fuego y sus negativas a jugar a la ruleta rusa propuesta por la víctima porque ‘las armas las carga el diablo’. Toda vez que ciertamente esta última expresión evidencia la representación de resultados nefastos con motivo de la manipulación de armas de fuego. De lo que se sigue que el sentenciado, sabiendo su ignorancia en cuanto al uso de dichas armas y también conociendo las consecuencias de su empleo, desplegó la conducta antes señalada, evidenciando con ello que como se establece en el fallo atacado, actuó con dolo eventual, pues ciertamente se representó la posibilidad del daño y no obstante ello, aceptándolo, actuó”.

5. Corte de Apelaciones de Chillán, 20 de agosto de 2010, rol 109-2010 reforma procesal penal

“Considerando 6°. Que así las cosas, el dolo eventual en el delito de receptación deberá acreditarse en juicio por el Ministerio Público mediante un cúmulo de presunciones e indicios que unidos entre sí, produzcan a los jueces un grado de convicción más allá de toda duda razonable respecto de la ocurrencia del elemento volitivo en estudio, lo que en la especie no ha ocurrido, como acertadamente lo concluye la Juez de primer grado, en el fundamento NOVENO del fallo que se impugna; y por ello, en el DECIMO estima no acreditado el delito de receptación que se incrimina a la acusada Evelyn Stephanie Manríquez Mosquera”.

6. Corte Suprema, 15 de diciembre de 2005, rol 2986-205

La Corte Suprema al rechazar un recurso de casación fondo expuso en su considerando Quinto: “Que está acreditada la responsabilidad que le cupo al condenado Martínez Barriga como autor del delito de homicidio de Bulo Santibáñez, por haber intervenido en él de una manera directa e inmediata. Cuarto: Que, como se ha expuesto, en el recurso se pretende que no hubo de parte de Martínez Barriga ánimo de matar a la víctima sino la de causarle lesiones reacción que es acorde frente a los hechos acaecidos al momento de la agresión, esto es en la pelea entre mi representado (el condenado), la víctima y dos sujetos más. Así, en el considerando segundo de la sentencia, letra e) se establece que En virtud de los antecedentes obtenidos en la investigación, se logró establecer que el traumatismo causante de la muerte de Rolando Bulo Santibáñez, es consecutivo de una caída originada durante una pelea que sostuvo éste acompañado de dos sujetos contra Ricardo Martínez Barriga y Jean Paúl Delgado Contreras, ocasión en que el primero lo empujó, provocando que se golpeará la cabeza contra el suelo, falleciendo posteriormente en el Hospital San José. Quinto: Que no es aventurado llamar la atención acerca de lo malicioso de la fundamentación toda vez que de la simple lectura podría deducirse que se trata de la investigación de autos y que en virtud de ella se habrían establecido los hechos y consecuencias que se consignan, en circunstancias que, si bien la cita es correcta, ella corresponde, al Parte Policial, agregado a fs. 48, de la Brigada de Homicidios Metropolitana de la Policía de Investigaciones de Chile, antecedentes que se considera, entre muchos otros, como base de las presunciones que sirvieron a la juez para dar por establecido el delito. Sexto: Que de la investigación practicada por la juez se deduce, en cambio, que no acreditó agresión de parte de la víctima en contra del actor por lo que, unido a que no concurren los demás requisitos, rechaza la eximente de legítima defensa y que respecto de la pretendida riña previa, en el fallo de la Corte de Apelaciones se afirma: Hubo una discusión entre la persona dueña del teléfono (la víctima) con el dueño de casa, quien se negaba a devolvérselo, de manera que el motivo de la presencia del ofendido era conocida y en forma matonezca se pretendió impe-

dir que reclamara lo que le pertenecía Séptimo: Que existe una relación causal entre el resultado producido y el actuar del condenado lo que la Corte de Apelaciones consiga en el fundamento segundo de su sentencia al decir que la víctima fue empujada desde el balcón del segundo piso de la propiedad en que ocurrieron los hechos para estrellarse en el primero, acción completamente idónea para causar el resultado conocido. Luego agrega el citado Tribunal: Además el hechor, en su conducta inmediatamente posterior a los hechos, revela que, al menos, el resultado le era absolutamente indiferente, pues ni siquiera se acercaron al cuerpo de la víctima huyendo de inmediato del lugar; ello demuestra que su actuar fue propiamente homicida aun cuando lo fuera como se ha visto, con dolo eventual, lo que conduce a desestimar la alegación de que el ánimo del sentenciado se limitara a querer lesionar, y por consiguiente, la preterintención”.

7. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de mayo de 2006, rol 332-2006, reforma procesal penal

Al rechazarse un recurso de nulidad, se resolvió en el considerando Séptimo: “Que, los sentenciadores en el considerando Duodécimo explicitan la forma como la participación del acusado debe encuadrarse en lo señalado en el artículo Nº 1 del Código Penal, concurriendo a su respecto dolo directo de robar, para lo cual ingresó junto a otros tres sujetos violentamente a una casa habitación y se arguyó que aún cuando el ánimo de Cerda Díaz no estuviera dirigido a privar de vida al occiso, necesariamente al concurrir al lugar junto a otros sujetos premunidos de armas de fuego ejerciendo violencia a través de su utilización, debió considerar la muerte como una consecuencia inevitable de aquello, más aún si actuó en grupo o pandilla lo que constituye precisamente dolo eventual, al consistir éste en la aceptación de un resultado no buscado pero previsible siéndole indiferente, que en las condiciones antes indicadas, solicitara a la hija menor de la víctima la entrega de dinero. Esta Corte estima congruente y acertados estos razonamientos, desde que conforme a los hechos establecidos por los jueces de la instancia y que se han detallado en el motivo Quinto de este fallo de nulidad, en particular que los cuatro sujetos ingresaron junto a la propiedad en grupo o pandilla, portando armas de fuego, disparando al dueño de casa, simultáneamente, en los momentos en que éste se encuentra herido de muerte uno de ellos exigía a su hija menor de edad, presente en el mismo inmueble e que veía a su padre herido y ensangrentado, la entrega de dinero, siendo del caso, además, destacar que la víctima antes de ser herido mortalmente, impidió o intentó impedir que los sujetos ingresaran al inmueble”.

III. COMENTARIO

1. Los fallos que hemos señalado arriba están muy fundados y con citas de autores nacionales y extranjeros que analizan la compleja situación del dolo eventual en la comi-

sión de los ilícitos dolosos, haciendo una distinción entre los elementos que componen el dolo directo y el eventual frente al comportamiento o accionar del sujeto activo de una infracción penal. En las sentencias al examinar el dolo eventual, el que no tiene consagración legal en la mayoría de los países, salvo, y entre otros, Méjico y Cuba por vía indirecta, en el de Colombia en forma expresa, en mi concepto están entregando pautas o ideas para su tipificación legal.

2. Es conocida en nuestro país la discusión que está vigente en relación con el delito de parricidio en orden a si se puede configurar tal figura con dolo eventual y no exclusivamente con dolo directo. Ahora con la actual normativa del art. 390 del Código Penal que se hizo extensiva al delito de femicidio, también es factible pensar en la comisión de este ilícito con dolo eventual. Se ha convocado en varias sentencias el dolo eventual vinculado al delito de homicidio simple, lesiones, robo con homicidio etc., lo que se podrá extender a otros ilícitos.

3. En efecto, en el delito de aborto, nos preguntamos si podría operar el dolo eventual, en los accidentes de tránsito que aumentan día a día, en la trasmisión de enfermedades de corte sexual, VIH, delitos sexuales, igualmente en los actos de tentativa, etc.

4. En algunos de los fallos se refieren al dolo eventual y a la culpa consciente o con representación, alegación que es de importancia ya que si se determina que el actuar del sujeto activo es con dolo eventual, estamos frente a un delito y si se determina que es culpa consciente, a un delito culposo y con gran diferencia en ambos casos en la aplicación práctica de la pena. E incluso, si el sentenciador estima que se aplica en un caso concreto el dolo eventual, puede rebajar la pena y no imponer el máximo que correspondería si fuese con dolo directo.