

Análisis de la diferenciación del Dolo Eventual y la Culpa Consciente.

Felipe Roa Sulantay.

Abogado, Licenciado en Cs, Jurídicas y Sociales, Universidad Andrés Bello.
froasulantay@avvocati.cl

Resumen

En lo que respecta a los elementos que constituyen la culpabilidad en materia penal, resulta totalmente relevante el análisis de la concurrencia de los elementos que constituyen el dolo y la culpa, específicamente las clasificaciones de cada uno respecto a la constitución del denominado dolo eventual y la llamada culpa con representación.

Respecto a estas últimas toma relevancia el análisis diferenciador de ambas instituciones que colindan entre sí por la representación del resultado final de una acción voluntaria, y que incidencia pueden tener a la hora de aplicarlos en la práctica profesional y como han de evaluar los jueces su aplicación.

En razón a esto último es que se ha de aplicar una breve síntesis doctrinaria de cada tema, tanto del Dolo como de la Culpa, y de los diferentes elementos que componen el dolo eventual y la culpa consiente y de qué manera estos colindan y se diferencian en lo sustancial para finalmente ver su incidencia en la aplicación de los mismos en el caso SCS, 02/07/2009, Rol N° 3970-2008, donde es factible apreciar el criterio y la influencia que puede tener la aplicación de dolo eventual o culpa consiente en la jurisprudencia chilena.

Palabras clave

Dolo- Culpa- Dolo Eventual- Culpa Consiente.

Abstract

As on the elements that make up the guilt in criminal matters is relevant the analysis about the elements that forms the fraud and guilt, specifically the classification of each one about the constitution of the eventual fraud and the guilt with representation.

In regard to the lastest ones, is so relevant the distinguishing analysis of both institutions, that adjoins each other for the representation of the final result about a voluntary action, and the impact that may could have when is put on in the professional practice and how the judges have to evaluate its application.

About the last thing, its important to applicate a brief summary of each topic, of fraud and guilt, and the differents elements that compose the eventual fraud and the guilt consents, and how that's adjoins each other and the substancial differences between that. Finally, its important to see the impact of this in the application in the case SCS, 02/07/2009, Rol N°

3970-2008, at notice the judgment and the influence that can have the application of the eventual fraud or the guilt consents in the Chilean jurisprudence.

Keywords

Fraud – Guilt- Eventual Fraud- Guilt With Representation.

Introducción

Dentro de la temática de la imputabilidad del autor de un hecho que revista los caracteres de delito, es importante precisar la necesidad de analizar la representación del hecho típico, del resultado final buscado por el autor y por sobre todo, de los elementos subjetivos que componen el tipo penal y que llevan al ejecutor del mismo a la comisión de la acción típica.

Siendo de nuestro interés únicamente los elementos subjetivos, donde logramos encontrar **el dolo y la culpa**, siendo entendido el dolo, como la “causa psíquica del delito”¹, mientras que se ha entendido que la culpa se define como “toda conducta voluntaria, lícita o ilícita, realizada con imprudencia o negligencia, que ocasiona un resultado antijurídico no previsto o previsto pero no querido ni asentido”², de lo anterior, cabe señalar que esta se encuentra en un plano inferior dentro de los elementos volitivos de la comisión del tipo penal, por ser una figura intermedia entre el querer realizar la acción típica y la concurrencia de un caso fortuito.

1. ¿Qué es el dolo?

Si bien el código Penal no hace referencia explícitamente a una definición del concepto de dolo, básicamente es un término utilizado con frecuencia, ya que este hace referencia a un querer volitivo manifestado, a través, de frases que inducen a la interpretación de que el autor se encuentra en la búsqueda del resultado final del tipo penal, frases como “maliciosamente”, “el que a sabiendas”, “el que engañare” entre otra, son las que contenidas en la tipificación del injusto, indican que el actor buscaba y se representaba el resultado como la acción que configuran el hecho que reviste el carácter de delito.

1.1 Concepto

Ha sido la doctrina la encargada de cubrir la omisión del legislador, respecto de qué debemos entender por dolo, concepto necesario para iniciar el análisis de la clasificación de los elementos de la culpabilidad, es preciso extraer las diferentes denominaciones del concepto de dolo, buscar entender que es este “conocer y querer” la realización del tipo. Para el profesor Novoa consiste en “la realización voluntaria y consciente de una conducta

¹LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Jurídica De Chile año 2006, p. 120

²LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Jurídica De Chile año 2006, p. 123

injusta (antijurídica)”³; de lo anteriormente indicado el profesor distingue la existencia de dos elementos propios dentro del mismo, **un elemento volitivo y uno intelectual**, los cuales, se manifiestan en la persona como un solo elemento y que “actúan coordinadamente en el ser humano. Si un hombre realiza una conducta determinada, conociendo todas las consecuencias de ella, es porque quiere esas consecuencias”⁴

Otra visión del concepto la señala el profesor Gustavo Balmaceda, el cual, extrae de un fallo de la excelentísima Corte Suprema de Santiago, una definición de Dolo, que viene en reafirmar lo ya señalado anteriormente al indicar esta que “**El dolo ese el principal elemento subjetivo integrante del tipo criminal. Obra con dolo el que conoce y quiere realizar el tipo penal objetivo-el querer la realización del hecho típico.**.(CS,26/01/2009,Rol 5898-2008).”⁵

En el mismo orden de ideas indicado precedentemente, “el dolo posee la necesidad de un conocimiento o representación por parte del actor, es decir que el sujeto debe advertir lo malo de su conducta y posteriores efectos o consecuencias penalmente relevantes que esta tendrá.”⁶

Por otro lado y en la misma línea argumentativa, el profesor Jean Pierre Matus, hace la precisión en lo que respecta al dolo, señalando que no solo se hace necesaria la concurrencia de un elemento cognitivo, entendiendo este elemento como el saber o conocer que sus hechos producen un resultado por el derecho penal, sino que además, se hace necesaria la concurrencia del elemento volitivo, es decir, que el autor del hecho que produce un resultado lesivo, sancionado por el derecho penal, “quiera” la realización del hecho típico, representándose la comisión del daño como un efecto de su actuar.

Para poder graficar lo indicado anteriormente, es que este catedrático cita un ejemplo del profesor BAUMANN, “Si B, obrero de la construcción, ve que ya no puede sujetar la pesada barra de fierro y sabe que al dejarla caer aplastará a X, él sabe que producirá la muerte de X, pero no la quiere. B no ha actuado dolosamente (en rigor, ni siquiera hay una acción, ya que el hecho de dejar caer la barra no está siquiera gobernado por su voluntad). Es posible imaginar, con todo, una hipótesis culposa si B no tomó las debidas precauciones al manipular la barra”⁷

Dada así las cosas, el ejemplo anterior señala la importancia de que el autor del hecho típico, no solo realice el hecho que reviste carácter de delito, sino que además busque la

³NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 496

⁴NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 496

⁵HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.162

⁶HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.162

⁷POLITOFF/ MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho penal chileno: Parte General*. 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, p.271

realización del resultado final de su acción, ya que el conocer y aceptar las consecuencias, va a modificar la calificación punitiva respecto del hecho, el actuar dolosamente, trae aparejada una sanción más grave, que un delito realizado con el carácter de culposo, ya que en el último solo se sanciona la falta de cuidado debido en el actuar, no así en el primero que se busca sancionar el conocer y querer el daño que conlleva la realización del hecho antijurídico.

2.-¿Qué es la Culpa?

El segundo elemento volitivo, por el cual, se puede perseguir la responsabilidad penal, es la culpa, distinguiéndola del dolo, en que este es apreciable en todos los tipos penales, la culpa es solo aplicable en los delitos, en cuyos delitos que en sus “conductas típicas incluyen la causación de un resultado externo.”⁸

Este segundo elemento de la culpabilidad, consiste en una forma excepcional de conducta sancionada penalmente consistente en “un menor reproche”⁹, esto a raíz de que la ley fija ciertos “parámetros de acción que han de ser respetados y acatados por todos los miembros de la sociedad para minimizar los riesgos de las actividades inherentemente riesgosas”¹⁰, denominados delitos imprudentes, caracterizados por no buscar un resultado lesivo, inherente a la comisión de un tipo penal, si no que estos se producen por “no seguir los estándares establecidos”¹¹, es por esto que, de igual manera el legislados les aplica una sanción.

Es así que nuestro código penal hace la diferenciación en su artículo N° 2 al consagrar “las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importaría un delito, constituyen cuasidelito si solo hay culpa en el que las comete”¹²

2.1 Concepto.

No solo el dolo es un elemento de la culpabilidad, sino que también, la culpa, permite realizar un reproche jurídico subjetivo indispensable para la declaración de responsabilidad penal¹³.

⁸NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.528

⁹ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General: Tomo I, Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica De Chile, año 1997, p.312

¹⁰HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.169

¹¹HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.169

¹²HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p. 170

¹³NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.527

La culpa se entiende como toda conducta voluntaria, lícita o ilícita, realizada con imprudencia o negligencia, que ocasiona un resultado antijurídico no previsto, o previsto pero no querido ni asentido¹⁴.

Por otro lado, el profesor Novoa señala que “hay culpa en la voluntaria realización de un determinado movimiento (o inacción) corporal, sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de él deriva, pero con violación de un concreto deber de atención y cuidado, que obliga a abstenerse de tal movimiento en razón de ser previsible dicho resultado antijurídico”¹⁵

Es así que de ambas definiciones podemos extraer, que la culpa se diferencia del dolo, en el hecho de que en la ejecución dolosa, el resultado de la acción u omisión es querido, previsto o al menos es aceptado por el autor del mismo, en la culpa el resultado no fue previsto siendo previsible, o fue previsto, pero no querido ni aceptado, es importante el señalar que el resultado al menos debe haber sido previsible, porque de haber sido imprevisible, nos encontraremos en la comisión por caso fortuito, lo que nos alejaría de los límites de la culpabilidad, “pues esta requiere como mínimo culpa en el obrar”¹⁶

2.2 La previsibilidad.

Siendo el elemento más importante y diferenciador entre la culpa y el dolo

El resultado ilícito que causa ese movimiento corporal voluntario, ha de ser previsible, esto es, susceptible de ser previsto¹⁷, es decir, debe dar la posibilidad a la inteligencia humana de representarse anticipadamente el hecho que oba acaecer como consecuencia del aludido movimiento corporal voluntario¹⁸

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, se debe señalar la necesidad de comprender que la previsibilidad no solo debe realizarse respecto del resultado de la acción voluntaria, sino debe hacerse “también del curso causal que lo provoca, el cual debe ser idéntico con el realmente producido, y a la antijuridicidad de la realización típica”¹⁹

¹⁴LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Jurídica De Chile año 2006, p.123

¹⁵NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 528-529

¹⁶LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Jurídica De Chile año 2006, p.124

¹⁷NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.539

¹⁸NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 539- 540

¹⁹NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General*, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 540

Así mismo la corte suprema sostiene que “Los delitos culposos contienen como elemento necesario la previsibilidad del resultado, en términos genéricos, independientemente de si el sujeto concreto lo previo o no (CS,29/01/1997, ROL 1477-1996)²⁰ .

El profesor Etcheberry, respecto a este elemento de la culpabilidad, señala que, para ser exactos, lo que se requiere no es la previsibilidad de que un resultado se vaya a seguir con certeza de nuestra actividad, sino que sea previsible la posibilidad de que se produzca.²¹

Así mismo se señala que la previsibilidad de un resultado variara dependiendo de una serie de factores, dentro de los cuales se señala que esta deberá ser “determinada por la experiencia ordinaria y constante, y además, debe tenerse en consideración la situación particular del que ha obrado: sus conocimientos teóricos y también los de las circunstancias concretas en que se encuentra, y su propia experiencia”²²

Es de esta manera que la previsibilidad exigida es la mínima que puede tener un sujeto, desde la perspectiva del hombre inteligente de Welzel, o del hombre medio, a lo menos conocer las consecuencias que producirán su actuar voluntario, y en caso de que dicho resultado sea contrario a la norma jurídica, este haciendo caso al deber de cuidado, debiese abstenerse de realizar la acción, que producirá el resultado lesivo.

En palabras del Profesor Cury, “la culpa depende de si el hombre medio empírico podría, en el caso concreto, dirigir el curso causal más certeramente de lo que lo ha manejado el sujeto. De modo que solo cuentan las particularidades del hecho, no las del sujeto.”²³

Luego de haber recordado brevemente, los conceptos que componen la imputabilidad en la comisión de los hechos y acciones voluntarias que pueden producir resultados que requieran un reproche penal y el cual variara dependiendo el tipo de elemento de culpabilidad con el cual se haya actuado, es que se hace posible poder analizar las clases de dolo y de culpa, específicamente Dolo Eventual y la Culpa Consiente, como elementos de culpabilidad, y de qué forma se pueden aplicar para la aplicación del reproche penal correspondiente.

3.0 Dolo Eventual.

Es del caso partir señalando que en lo que respecta al dolo eventual como una clase especial de dolo es que a su vez es considerado como un dolo atenuado, ya que, puede ser posible confundirlo con una de las clasificaciones de la culpa, es así que la doctrina ha entendido que habrá “dolo eventual cuando el sujeto consiente en un resultado típico que no busca de

²⁰HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.170

²¹ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General: Tomo I, Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica De Chile, año 1997, p.314

²²ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General: Tomo I, Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica De Chile, año 1997, p.315

²³CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile, p.329.

propósito y que no se le representa como seguro, sino solamente como posible, aceptándolo de antemano para el caso que se produzca.”²⁴

Por otro lado, se considera también que “obra con dolo eventual quien, habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso hipotético de que se realice.”²⁵

De ambas concepciones de dolo eventual, señaladas anteriormente, es posible advertir que el criterio volitivo del resultado de la acción tipo realizada, no tiene gran relevancia si se le compara con la representación del resultado final, ya que, es esta representación la que lo diferencia de la culpa con representación.

Ahorabien, se hace necesario esclarecer el momento en que el autor de las acciones u omisiones que pueden conllevar a la realización de un resultado anti jurídico, se pudo haber representado la realización del resultado típico, es decir, en que momento el sujeto ha aceptado en su voluntad la producción de un hecho típico²⁶

Para poder responder la interrogante anterior, dependerá de la teoría que uno adopte. Para los seguidores de la teoría de la representación lo relevante y decisivo es saber el grado de posibilidad con que el autor se representó la comisión del resultado típico, señalando los seguidores de esta teoría que “quien se representó el resultado típico como muy posible, no pudo sino aceptarlo en su voluntad para el caso de que se realizara”²⁷

Por otro lado, los partidarios de la teoría de la voluntad, basan la aceptación en un acto de carácter y significado volitivo, es decir lo decisivo para ellos es la “actitud volitiva observada por el sujeto frente a la representación del resultado como posible”²⁸, es decir, “solo podrá hablarse de dolo eventual cuando el sujeto haya querido o, por lo menos aceptado el resultado como posible, exigencia que no puede ser verificada con facilidad en los casos que se presentan”²⁹

Es así, que para poder determinar la concurrencia de dolo eventual, se requiere la simultanea concurrencia de los elementos intelectivos como los volitivos, porque en su concurrencia deberán manifestarse tanto la posibilidad de concurrencia del resultado lesivo, como el asentimiento a la producción de dicho resultado, para el caso de que este llegue a producirse.

²⁴NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.520

²⁵CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile, p. 309

²⁶CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile, p.310

²⁷CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile, p. 310.

²⁸CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile, p. 311

²⁹NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.521

Del mismo modo, el profesor Novoa señala que “lo más característico del dolo eventual es que el sujeto decide su actuación, no obstante la posibilidad de un resultado típico y antijurídico que él no busca directamente, sin que la representación de este resultado lo detenga en su actuación. Su disposición anímica es actuar “pase lo que pase”, o sea, asintiendo a aquel resultado para el caso que se produzca.”³⁰

Por otro lado, en lo que respecta a la previsibilidad del resultado típico, cabe recordar que al previsibilidad como elemento de la culpa, se señala que en el dolo eventual al igual que en la primera el resultado puede ser previsto y las consecuencias de la acción quedan de manifiesto, y aun así, el autor de la acción u omisión que provoca ese resultado lesivo, decide realizar el hecho a sabiendas que la consecuencia se puede producir, aceptando de dicha manera el resultado en caso de que este llegue a producirse, es así que, “para que la previsibilidad del resultado pueda configurar dolo eventual-y así estar en presencia de un delito doloso y no uno culposo-, aquella debe ser efectiva, siendo insuficiente la mera posibilidad de haberla tenido(CS,03/01/2008,Rol 2-2007)”³¹

Ahora bien, por otro lado el profesor Matus, señala que para poder entender de mejor manera la distinción entre el dolo eventual y la llamada culpa con representación, es que debe estarse a lo señalado por la “teoría de la aceptación”. De acuerdo con esta teoría, lo importante que “habría que investigar es si el hechor “se había contentado” con la producción del resultado (dolo eventual) o si el “livianamente”, con injustificado optimismo, había actuado con la esperanza infundada de que todo va a salir bien (culpa consiente o con representación)³²

Por lo demás, surge la misma interrogante, ¿Cómo sabemos que el hechor había aprobado la producción del resultado?, para el profesor Matus la respuesta al igual que la mayoría de la doctrina, radicaría en lo contenido en la segunda fórmula de Frank “si se dijo el hechor: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo, entonces su culpabilidad es dolosa”³³

Finalmente es posible señalar que en el dolo eventual el resultado lesivo que se representa el autor es meramente posible no seguro, lo cual sería el elemento diferenciador respecto de otros tipos de dolo, pero en lo que respecta a la culpa con representación, esta diferenciación se produce por la posibilidad de producción del resultado conllevaría al autor del mismo a no realizar la acción que produciría dicho resultado lesivo, ya que quien actúa con culpa “no actuaría si supiera que el resultado ilícito va a tener lugar”³⁴

³⁰NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 522

³¹HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016, p.165

³²POLITOFF/ MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho penal chileno: Parte General*. 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, p. 277

³³POLITOFF/ MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho penal chileno: Parte General*. 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, p.278

³⁴NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 522

3.1 CULPA CONSIENTE O CON REPRESENTACIÓN

Dentro de la clasificación de la culpa como elemento de la imputabilidad encontramos la culpa ex ignoratia o negligencia, en la cual el autor de la acción ignora que su actuar conllevará la realización de un resultado lesivo, y la que nos es relevante para nuestro estudio la llamada “culpa ex lascivia, o con representación, en la cual el sujeto piensa que es posible el resultado ilícito, pero cree, ligeramente, que no se va a producir y por eso actúa”³⁵

En un mismo punto de partida, se ha definido a la culpa con representación como “aquella en que el sujeto, que se ha representado el evento ilícito que puede sobrevenir, no asiente en él, sino confía temerariamente en que no se producirá y por eso actúa”³⁶

De ambas definiciones que anteriormente se plantean, es posible destacar que la culpa consiente colinda más cercanamente con el denominado dolo eventual, por que, como ya se analizó en los párrafos anteriores, en ambos el sujeto se representa el resultado como posible, pero en la culpa con representación el actor, si bien decide actuar, al igual que quien obra con dolo, el primero de estos realiza su acción con la esperanza o convicción de que le resultado lesivo nos e ha de producir, ya sea por un hecho del azar, o por su habilidad o pericia, en cambio, en el segundo, el autor si bien se representa o le es previsible el resultado lesivo, “ha resuelto actuar aun a trueque de que ese resultado se produzca”³⁷

En el mismo orden de ideas, se plantea que le punto inicial o de contacto entre ambas, es la “representación de las posibles consecuencias dañosas de nuestra conducta”³⁸, mientras que la diferencia que los separa radica esencialmente en el hecho de que en que en el dolo eventual, la representación del resultado lesivo no detiene al autor, ya que este acepta la producción del evento dañoso; pero en la culpa consiente, la representación del resultado, genera la esperanza de que este no se produzca, lo que decidirá finalmente el actuar del agente. Para autores como “Von Hippel, en la culpa con representación decide la ligereza; en el dolo eventual, el egoísmo”³⁹.

Por otro lado, el profesor Balmaceda señala que la culpa con representación o consiente, “se presenta cuando el agente que ha supuesto como posible la producción del resultado

³⁵NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p. 543

³⁶LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Juridica De Chile año 2006, p. 126

³⁷NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960, p.544

³⁸LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Juridica De Chile año 2006, p. 126

³⁹LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Juridica De Chile año 2006, p.126

lesivo para el bien jurídico para el bien jurídico porque estaba en posibilidad de hacerlo, confía en poder evitarlo, pese a que advierte la amenaza de la conducta”⁴⁰

Siguiendo la idea de este profesor, es que de la sola definición ya es factible divisar la diferencia entre la culpa consiente y el dolo eventual, toda vez que, en este último el autor “mira con indiferencia la producción del resultado lesivo”⁴¹, ya que aunque no lo quiera está dispuesto a aceptarlo y ratificarlo si se llega a producir; por otro lado, en la culpa con representación, le preocupa que el resultado pueda producirse, y por lo tanto la actitud adoptada no es “de franca indiferencia si no de una imprudente confianza en que podrá evitarlo”⁴². En lo que respecta a la posibilidad de poder evitarlo, se refiere a que quien actúa con culpa con representación, confía no solo en el azar para la no producción del resultado sino que también, mira como posible que por sus habilidades el resultado será evitado. Por último el autor en el caso de dolo eventual no renuncia a la realización de la acción, por mucho que la producción del resultado lesivo, sea con alta probabilidad o casi con certeza, no haciendo nada para evitarlo, en cambio en la culpa con representación, por el contrario, si bien toma en consideración la producción del resultado lesivo, confía de manera excesiva de que el resultado no se producirá, y realiza todas las medidas pertinentes y a su alcance para que no se manifieste la producción del resultado lesivo.

En base a la misma distinción, se señala que la diferencia entre la ejecución por parte del autor “es la de persistir en la acción contando con la lesión del bien jurídico, estaremos frente a lo que la doctrina llama tradicionalmente dolo eventual. En cambio, si la actitud subjetiva del sujeto es la de persistir en la acción confiando en que el resultado no se producirá, estaremos simplemente frente a una mera culpa consciente”⁴³

El profesor Bustos, sigue la misma línea argumentativa respecto a la diferenciación de que el sujeto conozca o no la previsibilidad del resultado, señalando que esta diferencia tendrá importancia, a la hora de determinar la sanción penal aplicable al autor, ya que efectivamente, no recibe la misma sanción un delito cometido con culpa, que cometido con dolo.

3.2 INCIDENCIA EN SU APLICACIÓN.

Como se señaló en los párrafos anteriores, la diferencia entre la comisión de una acción, culposa o dolosa, tiene relevancia a la hora de la aplicación de la pena, así queda demostrado en el denominado caso de la mordaza o “Cinta Adhesiva Y La No Aceptación De La Muerte” SCS,02/07/2009, Rol N° 3970-2008.

⁴⁰HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecna, año 2016, p.175

⁴¹HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecna, año 2016, p. 175

⁴²HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecna, año 2016, p. 175

⁴³BUSTOS RAMIREZ, Juan, HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Lecciones De Derecho Penal, Volumen II, Editorial Trotta Madrid ,año 1999, p.171

Recordemos que el caso anteriormente señalado, se refirió a la muerte producida en un jardín infantil, en el cual, tras el insistente llanto de un menor de edad, uno de los guardadores de los menores procedió a cubrir la boca del lactante, con una cinta adhesiva con el mensaje sobre la misma el cual señalaba “soy un lloron”, para posteriormente proceder a mostrarle a dos auxiliares de párvulos presentes en la sala. Luego de lo ocurrido la parvularia a cargo del cuidado del menor, sin retirar la cinta de la boca del lactante de 6 meses, acostó al bebe en su cama, por un par de horas, donde con posterioridad pudo advertir que este último se encontraba inconsciente. Una vez producido el resultado lesivo de muerte del lactante, se determinó que su deceso se produjo por una asfixia por sofocación a causa de la obstrucción de sus vías respiratorias a consecuencia de la colocación y posterior mantención de la cinta adhesiva en su boca.

Los imputados por este caso fueron finalmente condenados como coautores de CUASIDELITO DE HOMICIDIO, en contra del lactante de 6 meses que se encontraba bajo su cuidado.

Respecto a la sentencia dictada en segunda instancia, se interpone recurso de casación en el fondo, como principal argumento la errónea calificación jurídica del hecho, señalando que la real calificación debió ser la de “homicidio simple” (con dolo eventual) y no el de cuasi delito de homicidio por el cual fueron condenados.

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia, rechazó el recurso de casación interpuesto por el ministerio público, en razón a que considera que el supuesto dolo eventual, argumentando por la parte requirente no se configura en sus dos puntos relevantes, es decir el elemento representativo del resultado lesivo (necesario tanto para la configuración del dolo eventual y de la culpa con representación), que si bien se logró determinar cómo razonable, que ambos inculpados pudieron no menos representarse el daño que el hecho de colocar la cinta al menor y posteriormente acostarlo sin retirarle la misma, pudo provocarle al menor, no se logra acreditar que ambos inculpados hayan aceptado el resultado final de la acción, ya que de haber conocido el resultado final, estos inculpados se habrían abstenido de actuar de la forma en que lo hicieron, es bajo este punto de vista que el tribunal supremo considera correcta la calificación jurídica realizada por el tribunal a quo.

Es así que la profesora Vargas, recoge la tesis del tribunal supremo, por el cual, no se logra configurar la tesis de la comisión del hecho bajo dolo eventual, señalando que “con el objeto de resolver la cuestión sometida a su conocimiento la corte suprema establece que: “(...) el dolo eventual exige que el agente se haya representado como posible el resultado fatal no querido y, no obstante esa representación, lo haya aceptado o aprobado, mostrándose indiferente a la lesión también representada del respectivo bien jurídico puesto en peligro. No basta, por tanto, con la mera representación del evento previsible no perseguido, es necesario conforme a la teoría del asentimiento o consentimiento que el sujeto activo haya aceptado, asumido, admitido, o aprobado el evento lesivo como algo probable para el caso que se produzca (...) Nuestra jurisprudencia ha acogido sin excepciones la categoría del dolo eventual, exigiendo en el ánimo del hecho la aceptación o

ratificación del resultado, para el caso en que él se produzca(...)⁴⁴ extracto del considerando decimotercero.

Así mismo, se extrae del considerando decimocuarto que para acreditar los elementos de hecho de los cuales pudiese acreditarse la concurrencia del dolo eventual, se señala “que en el caso en estudio, dada la calidad de la acusada y las circunstancias en que se desempeñaban ambos enjuiciados, si bien debieron representarse como posible el resultado finalmente ocurrido, no es factible arribar a la íntima convicción de que al obrar como lo hicieron, desatendiéndose de la situación delicada que afectaba al menor, tomaron seriamente en cuenta la posibilidad de deceso y la acogieron en su voluntad de realización, evidenciando total indiferencia por la suerte de los bienes jurídicos involucrados en el entorno de peligro objetivamente existente. Como ya se adelantó, no es suficiente para el surgimiento de la categoría de dolo en análisis, y conforme a las teorías volitivas, con la representación del resultado lesivo previsible, como posible evento ligado causalmente a la acción emprendida, sino que ello debe añadirse como plus subjetivo esencial, la conformidad con ese resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido; en otras palabras y como lo señalara Frank en su conocida segunda fórmula, el sujeto se dice a sí mismo, sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo; por ende, quien obra con dolo eventual renuncia a la posibilidad de detenerse en el curso desplegado y evitar de este modo la previsible y prevista lesión del objeto jurídico puesto en peligro, al agente no le importan las consecuencias lesivas de su proceder, aceptando que sobrevengan”⁴⁵

“Finalmente, y en relación con la exigencia de prueba del dolo, el Máximo Tribunal señala: Que en anteriores pronunciamientos, este tribunal ha resaltado los complejos problemas que ofrece la prueba del dolo en la sede procesal penal, por tratarse de un conglomerado de hechos internos, debiendo averiguarse determinados datos de naturaleza psicológica. Ha de indagarse una realidad que, como afirma HERZBERG, se encuentra en la cabeza del autor, o como puntualiza SCHEWE, se basa en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior al proceso (...) Los elementos subjetivos del delito se han de concebir como realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de un proceso de averiguación (...) Que el medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo, entendido como conocer o querer y aceptar la realización del tipo objetivo, no son ni las ciencias empíricas ni la confesión autoinculpatória del imputado, si no la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados juicios de inferencia (...) No es posible afirmar la concurrencia del dolo eventual si falta la prueba de sus elementos, si lo que ha sido objeto de prueba solo arroja luces acerca de la intimidad psíquica del acusado (...) La doctrina postula que ante la duda sobre la concurrencia de dolo o culpa ha de optarse, por aplicación del principio in dubio pro reo mitius (en caso de duda optar por lo

⁴⁴VARGAS PINTO, Tatiana, Casos Destacados Derecho Penal: Parte General, Primera Edición, año 2015, Editorial Legal Publishing Chile. p.106

⁴⁵VARGAS PINTO, Tatiana, Casos Destacados Derecho Penal: Parte General, Primera Edición, año 2015, Editorial Legal Publishing Chile. p. 106-107

menos gravoso), por la imputación culpa a fin de no extender el ámbito del dolo eventual a costa de aquella (...)" (considerando decimoquinto)⁴⁶

Dada la consideración del tribunal anteriormente citadas, es claro que le problema que se suscita en la aplicación de la diferenciación entre dolo eventual y culpa consiente, va más allá de la simple representación del resultado final de la acción realizada, de cómo esta clasificación, influirá necesariamente en la aplicación en concreto de la pena, para este caso particular los acusados fueron sancionados con 500 días de presidio, siendo que de haberse configurado el dolo eventual podrían haber arriesgado la pena contemplada para el homicidio simple de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin la aplicación de las causales de modificación de responsabilidad penal. Esta influencia en la determinación de la pena se produce efectivamente por la problemática planteada respecto a la prueba del "querer" en el dolo para configurarlo, toda vez que, si bien en la calidad que ostentaban ambos funcionarios, debieron representarse el resultado lesivo final, no lo aceptan como tal mas bien jamás lo buscaron, ya que de haber sabido que este se produciría no habrían obrado de la forma en que lo hicieron, el problema de prueba radica en el cómo aplicar que en la psiquis del sujeto disidieron aceptar el resultado como tal, al no poder configurarse prueba clara y categórica de esa voluntad, es que en la aplicación del principio in dubio pro reo mitius, debe aplicarse lo más favorable al acusado, en este caso la aplicación de la sanción bajo la categoría jurídica de la comisión de un delito culposo con representación, es decir, se configura el cuasidelito de homicidio.

4.0 Comentarios finales

Es del caso señalar como comentario final, que la distinción entre la concurrencia de los elementos de un delito con el carácter de culposo o doloso es relevante no solo respecto de la determinación de la prueba sino también para la aplicación de la prueba en cada caso, queda claro que en la imputación de un delito al menos en su carácter de doloso eventual deberá probarse la concurrencia de "un estado mental en el sujeto que comporta una representación acerca de las cosas del mundo. En ese sentido se trata de una intencionalidad, entendida como una actitud mental que hace posible ese vínculo"⁴⁷, por otro lado en lo que respecta a la culpa con representación toma suma importancia la ponderación de la representación sumada a la confianza del sujeto en evitar el resultado que no es querido ni aceptado por este último, siendo de manera menos extrita la concurrencia de la prueba en ese sentido, solo bastando la prueba de la representación del resultado, y la no aceptación del mismo para la configuración del delito culposo.

Es así mismo que, la concurrencia del dolo eventual al momento de establecer la penalidad en nuestro sistema se ve deteriorada, en opinión de este expositor, ya que como se señaló antes la carga probatoria del elemento volitivo del hecho, hace casi imposible su aplicación, haciendo que al momento de fallar los tribunales solo puedan moverse entre la aplicación

⁴⁶VARGAS PINTO, Tatiana, Casos Destacados Derecho Penal: Parte General, Primera Edición, año 2015, Editorial Legal Publishing Chile. p.107

⁴⁷VARGAS PINTO, Tatiana, Casos Destacados Derecho Penal: Parte General, Primera Edición, año 2015, Editorial Legal Publishing Chile. p. 112

de dolo directo o la culpa, no dando espacio a la aplicación de las otras clasificaciones de dolo como sería el llamado dolo eventual analizado en este trabajo.

5.0 Bibliografía,

1. BUSTOS RAMIREZ, Juan, HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Lecciones De Derecho Penal, Volumen II, Editorial Trotta Madrid ,año 1999
2. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición, actualizada, Editorial Jurídica De Chile.
3. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General: Tomo I, Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica De Chile, año 1997
4. HOYOS BALMACEDA, Gustavo. Manual De derecho penal: parte general, Segunda Edición Actualizada, Librotecnia, año 2016
5. LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Tomo I*. 9ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Juridica De Chile año 2006.
6. NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso De Derecho Penal Chileno: Tomo I, Parte General, Editorial Jurídica De Chile, año 1960.
7. POLITOFF/ MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de derecho penal chileno: Parte General*. 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2004.
8. VARGAS PINTO, Tatiana, Casos Destacados Derecho Penal: Parte General, Primera Edición, año 2015, Editorial Legal Publishing Chile.