

## EL DOLO EN EL HOMICIDIO

**Carlos Künsemüller Loebenfelder**

Profesor de Derecho Penal

1. En nuestro Código Penal el tipo de homicidio describe la conducta punible como "matar a otro". Este "otro" debe ser una persona viva, distinta del sujeto activo, cuya muerte es el resultado típico que representa la consumación de la figura.

El tipo de homicidio, al igual que cualquier otro tipo penal, está configurado sobre la base de elementos objetivos ("tipo objetivo") y elementos subjetivos ("tipo subjetivo").

De acuerdo al principio fundamental de culpabilidad, nadie deberá ser objeto de una sanción penal si no ha cometido culpablemente un acto antijurídico; en otras palabras, sólo podrá ser condenado quien ha obrado con dolo o al menos con culpa, hallándose marginadas del Derecho Penal las hipótesis de caso fortuito y de responsabilidad meramente objetiva.

La jerarquía y trascendencia del postulado "*nullum crimen nulla poena sine culpa*" han sido destacadas en forma claramente unánime por la doctrina penal contemporánea<sup>1</sup>. Se ha declarado que "El principio de culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional"<sup>2</sup> y que "En la evolución histórica de la teoría del delito, uno de los principios de mayor trascendencia ha sido, sin duda, el reconocimiento del principio de culpabilidad"<sup>3</sup>. Los

---

<sup>1</sup> Künsemüller L., Carlos. "Principio de Culpabilidad-Culpabilidad. Notas sobre su evolución y crisis"; Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales, U. San Sebastián, Año II, N° 2, 2000, pág.169 y s.s.

<sup>2</sup> Mir Puig, Santiago. "Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena", El Poder Penal del Estado, 1985, pág. 365 y s.s.

<sup>3</sup> Náquira Riveros, Jaime. "Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad", RCHD, vol. 22, N° 2, 1995, págs. 189-200.

tribunales nacionales no han estado ajenos al tema de la culpabilidad y al principio limitativo del *ius puniendi* que la comprende como su contenido esencial: "Que... no debe olvidarse que un pilar fundamental del Derecho Penal moderno es el principio de culpabilidad, postulado básico, conforme al cual sólo debe ser castigado con una pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica, cuando ésta le pueda ser personalmente reprochada; solamente en este caso el sujeto es culpable. Repele, por tanto, al Derecho Punitivo la existencia de fórmulas de responsabilidad objetiva, desvinculadas de un reproche personal, formulable al autor de una acción típicamente antijurídica"<sup>4</sup>.

2. Si bien la culpabilidad, en cuanto categoría normativa -y sobre todo en su rol clásico de fundamento y límite de la pena- ha sido fuertemente cuestionada, no creemos equivocarnos al sostener que el principio culpabilístico sigue representando, para la opinión dominante, un baluarte esencial, que ha llegado a ser considerado como "uno de los conformantes del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho"<sup>5</sup>. En nuestro trabajo sobre "Las Hipótesis Preterintencionales", hemos descrito al principio aludido como un postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa<sup>6</sup>.
3. En el tipo penal de homicidio, al tratarse de un delito de resultado, "tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales"<sup>7</sup>. De acuerdo a los principios generales, la voluntad de realización que domina y dirige la acción puede tener como fin determinante la provocación del deceso, este último suceso es la meta de la acción final (dolo directo); puede ocurrir, además, que el agente considere que la muerte es una consecuencia inevitable o segura de la acción que desea llevar a cabo (dolo indirecto); la última alternativa en el plano del dolo es el llamado dolo eventual, en que el sujeto

---

<sup>4</sup> Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica 111, pág. 75.

<sup>5</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. Derecho Penal, Parte General, 1986, pág. 94 y s.s.

<sup>6</sup> Künsemüller, Carlos. "Las hipótesis preterintencionales", Gaceta Jurídica N° 204, pág. 7 y s.s.

<sup>7</sup> Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, pág. 43 y s.s.

no busca intencionalmente el resultado lesivo, pero se lo representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia. Aquí cabe citar el ejemplo clásico de Lacmann, presentado en 1911: En un stand de tiro, A apuesta a B que *disparará con el arma a la bola de cristal que sostiene en su mano la muchacha que atiende*. Si fracasa y la hiere, confía en desaparecer rápidamente entre la muchedumbre que visita el lugar. Si, en efecto, el disparo alcanza a la muchacha y la hiere en una mano, en vez de impactar la bola, debe distinguirse:

- a) Si A, en su calidad de tirador experto y certero y consciente de su pericia, descartó la posibilidad de la lesión, debería responsabilizársele como autor de lesión culposa.
- b) Si, en cambio, A contó con la posibilidad de herirla y se conformó con ella, la aceptó como evento posible, habría dolo eventual, debido a que, como lo muestra el caso, no estuvo dispuesto a capitular frente al riesgo, lo acogió en su voluntad de realización. Pase esto o pase lo otro, suceda lo que suceda, yo actúo de todas maneras, a todo evento, es la actitud volitiva del agente que sigue adelante con su acción. Se introduce aquí un elemento de indiferencia frente a la suerte del bien jurídico puesto en peligro. Este punto de vista corresponde a la denominada "segunda fórmula de Frank"<sup>8</sup>.

4. La faz subjetiva del tipo de homicidio constituye un escenario dogmático y práctico, colmado desde hace ya tiempo, de múltiples libretos y proposiciones que procuran, de diversas maneras, de hallar una solución razonable y, sobre todo, justa, a los varios y muy complejos problemas que allí surgen, sobre todo, en el día a día de la judicatura penal.

Nuestra jurisprudencia, tanto la vertida a propósito del Código Procesal de 1906, como la surgida en torno al nuevo Código Procesal Penal, de reciente y gradual vigencia, ha tenido muchas ocasiones de enfrentarse a los serios dilemas que a la hora de dilucidar la precisa posición subjetiva de un individuo respecto del hecho ilícito atribuido y sus consecuencias, dividen a los operadores del Derecho.

---

<sup>8</sup> Reinhard, Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5a edición, 1931, pág. 190.

Hay que recordar una cuestión fundamental, algunas veces preterida, cual es que el delito es un todo complejo, integrado por momentos objetivos y subjetivos y que la responsabilidad penal debe ser entendida -al menos, en nuestra opinión, que creemos adhiere a la tendencia aún dominante- como subjetiva y personalizada, basada en la culpabilidad individual, que debe ser el fundamento y la medida de la pena. El principio según el cual no puede aplicarse sanción penal sin dolo o imprudencia, requirente de la responsabilidad penal subjetiva, es la "expresión más clara de los anhelos culpabilísticos"<sup>9</sup>.

5. La Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal español de 1992, consagró al principio de culpabilidad como **garantía nuclear** del sistema penal propio del Estado social y democrático de Derecho, imponiéndose, en consecuencia, la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva<sup>10</sup>. En una recientísima obra de Derecho Penal chileno, se proclama como primera consecuencia del principio de culpabilidad, la exclusión de la responsabilidad objetiva, "esto es, la atribución del resultado sin un juicio acerca de la imputación subjetiva del mismo, esto es, acerca de su carácter querido o previsible"<sup>11</sup>.

Respecto de la vigencia del principio culpabilístico en nuestro ordenamiento, existen diversas posiciones doctrinarias, conducentes a disímiles interpretaciones, cuyas discrepancias se proyectan, como es obvio, en las concretas soluciones que se proponen<sup>12</sup>. A juicio del tratadista Alfredo Etcheberry, "El principio 'no hay pena sin culpa' ha sido considerado por la doctrina tradicional, más allá de las discrepancias sistemáticas, como uno de los puntos cardinales que orientan el derecho penal moderno, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como un ser libre, aún con todas las limitaciones fácticas que esta libertad pueda experimentar. El progreso del derecho penal y de la ciencia penal se caracteriza por un cambio paulatino que parte de una responsabilidad objetiva, causal, de un resultado, y a través de una larga y lenta

---

<sup>9</sup> García Pablos, Antonio. Derecho Penal, Introducción, 1995, págs. 287-288.

<sup>10</sup> Fernández Rodríguez, María Dolores. "Los límites del ius puniendi", ADPCP, t. XLVII, fasc. 3, pág. 87 y s.s.

<sup>11</sup> Politoff L., Sergio, Matus A., Jean Pierre y Ramírez G., María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, pág. 246-247.

<sup>12</sup> Cnfr. Künsemüller L., Carlos. Culpabilidad y Pena, 2001, Capítulo Primero, "Nulla poena sine culpa", pág. 17 y s.s. y Capítulo Cuarto, "El principio de culpabilidad en el Derecho Penal Chileno", pág. 205 y s.s.

evolución secular va a encontrar su indispensable fundamento en la ley penal expresa: primeramente, con sus exigencias de tipicidad y de antijuridicidad, y luego se plasma en definitiva en la exigencia de que el hecho delictivo sea el resultado de una *determinación anímica del sujeto actuante, que, en las particulares circunstancias en que obró, habría podido hacerlo de modo diferente y conforme al derecho*"<sup>13</sup>.

De Figueiredo Dias, penalista lusitano, ha expresado su convicción de que no es posible encontrar una opción al Derecho Penal de la culpabilidad<sup>14</sup>.

El moderno Derecho Penal vive de la distinción entre el dolo y la culpa o imprudencia como las únicas fuentes de imputación subjetiva del acto típico y antijurídico. En esta línea, el Proyecto de Código Penal elaborado en Chile por el Foro convocado por el Ministerio de Justicia, establece que sólo son delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes expresamente descritas en la ley. Pero entre dos formas o alternativas de imputación, hay una tierra de nadie, como la llama Muñoz Conde, de muy difícil de limitación teórica y práctica. Precisamente la teoría del dolo eventual surge para tratar de incluir en el ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptan fácilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sentimiento de Justicia considera deben ser tratados con la misma severidad que esta forma de imputación subjetiva del delito<sup>15</sup>. La paliza brutal que provoca la muerte del agredido, a quien sólo se buscaba herir; la apuesta de conducir a gran velocidad por el lado contrario de la autopista, provocando la muerte del chofer de otro vehículo; el atentado terrorista en que muere un niño que ocasionalmente acompaña a su padre policía que está en el lugar; la empleada de hogar, encargada de cuidar al menor de pocos meses, hijo de la familia, decide, en el horario en que la madre está en su trabajo, ejercer con la pequeña la mendicidad y para evitar su llanto y mantenerla dormida, e suministra una alta dosis de tranquilizante, a consecuencias de lo cual la niña fallece<sup>16</sup>. Un

---

<sup>13</sup> Etcheberry, Alfredo. Prólogo a la obra Culpabilidad y Pena, págs. 11-15.

<sup>14</sup> De Figueiredo Dias, "Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final", en Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal, 1995, pág. 447 y s.s.

<sup>15</sup> Muñoz Conde, Francisco. Prólogo a la obra El Dolo Eventual, de María del Mar Díaz Pita, 1994.

<sup>16</sup> Díaz Pita, María del Mar. El Dolo Eventual, 2004, pág. 17 y s.s.

individuo, en circunstancias que se hallaba de pie en un autobús de la locomoción colectiva, manipuló un revólver para amenazar a personas indeterminadas que se encontraban ubicadas en el lado izquierdo del vehículo y, producto de un movimiento involuntario provocado por un proceso de frenado del vehículo, se movió hacia delante disparando de forma involuntaria el arma. El proyectil siguió una trayectoria de arriba hacia abajo, de derecha a izquierda, de atrás hacia delante, travesando en forma previa la parte posterior del asiento en que iba otra persona, para luego herirla en la región torácica, lo que le causó la muerte por anemia aguda<sup>17</sup>. En este caso, el voto de mayoría del fallo condenatorio dictado en juicio oral, estimó culpable al encausado de delito culposo de homicidio, en cambio, el voto disidente estuvo por atribuirle responsabilidad como autor de homicidio con dolo eventual<sup>18</sup>.

Estaba en lo cierto Welzel cuando afirmaba que la pregunta ¿dónde se sitúa la frontera entre culpa consciente y dolo eventual? es la más difícil y discutida del Derecho Penal<sup>19</sup>.

En la doctrina alemana contemporánea, Hassemer nos recuerda que la dicotomía dolo-imprudencia deriva de la racionalidad de nuestra cultura jurídica que establece diversos grados de responsabilidad y, por tanto, diversos grados de gravedad de la pena que ésta lleva aparejada, según la participación interna del sujeto en el hecho<sup>20</sup>.

La distinción entre conductas dolosas y culposas puede calificarse, en el plano teórico, de nítida: quien conoce y quiere la realización del tipo objetivo, estará actuando dolosamente; si, por el contrario, está ausente el conocimiento o bien la voluntad de llevar a cabo los elementos que configuran el tipo objetivo de un delito, deberá desestimarse la imputación de dolo, a lo sumo podremos afirmar un delito imprudente. Pero en la realidad fáctica-procesal la cuestión no es nada de sencilla, la determinación de si autor ejecutó el hecho abarcando con su conocimiento y con su voluntad la conducta típica, lesiva del respectivo bien jurídico protegido, constituye "una zona gris",

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal del Juicio Oral En Lo Penal de Antofagasta, 08.12.2002, Revista Procesal Penal, pág. 53 y s.s.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Welzel, Hans. Das deutsche Strafrecht, 11 edic., 1969, pág. 69.

<sup>20</sup> Hassemer, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal, Traducc. de Arroyo Zapatero / Muñoz Conde, 1984, pág. 273 y s.s.

donde la localización de la línea divisoria entre dolo eventual y culpa consciente adquiere sus complicadas dimensiones<sup>21</sup>.

6. Son dos las principales doctrinas que se han disputado la función de precisar el concepto de dolo eventual, diferenciándolo al mismo tiempo, de la culpa consciente.

En primer lugar está la teoría de la probabilidad, que hace depender el límite de cuán probable ha considerado el hechor la realización del resultado. Solamente la representación de que el resultado es probable puede fundar el dolo. En tal sentido, la probabilidad significa más que solamente posible, pero menos que casi seguro<sup>22</sup>. La base para la imputación a título de dolo de la provocación de un resultado lesivo de un bien jurídico y prohibido por el ordenamiento penal la encontramos en una representación, de un exclusivo carácter intelectual, del sujeto respecto del grado de probabilidad de dicha producción. Estamos pues ante un concepto subjetivo de probabilidad, que ha de elaborar mentalmente el individuo<sup>23</sup>; para Mayer, "determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible depende de si dicho sujeto se la representa como probable o no"<sup>24</sup>. El hechor tiene dolo respecto del resultado cuando sabe que la conducta tiene la tendencia, en las circunstancias dadas, esto es, no en abstracto, sino en concreto, de hacer que el resultado tenga lugar. Esta tendencia puede aparecer de la probabilidad del resultado, de acuerdo a las reglas generales de la experiencia<sup>25</sup>.

La opinión dominante, tanto en la doctrina comparada, como en la nacional, ha estimado que no puede ser suficiente la representación de la alta probabilidad del resultado para imputarlo a título de dolo. Conforme a la "teoría de la aceptación", denominada también "teoría del asentimiento" o "teoría del consentimiento", representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el hechor aprueba el evento no pretendido, hay que

---

<sup>21</sup> Díaz Pita, María del Mar. Op. cit., págs. 16-17.

<sup>22</sup> Cfr. Bockelmann, citado por Sergio Politoff, Derecho Penal, T.I,1997, pág. 481 y s.s.

<sup>23</sup> Díaz Pita, María del Mar. Op. cit., pág. 96.

<sup>24</sup> Cit. por Díaz Pita, pág. 96.

<sup>25</sup> W.P.J. Pompe, "Handboek van het Nederlandse Strafrecht, Zwolle", 1959, pág. 173, cit. por Politoff, op. cit. 22.

investigar si se había contentado con la producción del resultado -dolo eventual- o si él, livianamente, con un injustificado optimismo, había actuado con la confianza de que todo va a salir bien, supuesto éste, en el cual sólo habrá culpa consciente<sup>26</sup>. La pregunta clave que aquí se plantea es ¿cómo podemos saber si el sujeto aprobó o no la producción del resultado no querido, pero representado como posible? Aquí ha jugado un papel preponderante la "segunda fórmula de Frank", ya mencionada anteriormente, según la cual, un sujeto actuaría en forma dolosa si se dijera: "suceda así o de otra manera, en cualquier caso continúo adelante con mi acción"<sup>27</sup>. La teoría del consentimiento sigue siendo, pese a objeciones y críticas que se le han formulado<sup>28</sup>, la más aceptada tanto por la Jurisprudencia, como por la Doctrina alemana y española<sup>29</sup> y, como hemos advertido precedentemente, ha tenido igual acogida en la dogmática chilena, la que es seguida -en general- por la jurisprudencia.

Gimbernat expone las razones que, en su opinión, llevan a la aceptación mayoritaria de la teoría en comento: "la dificultad del grupo de casos que se examinan dentro del marco del problema del dolo eventual reside en que, por una parte, no aparece clara la voluntad del autor respecto del resultado; y en que, no obstante y por otra parte, parece que en muchos casos un castigo por imprudencia es insuficiente, que lo que el autor ha merecido es ser castigado por delito doloso. Si ante esta "incómoda situación", una teoría consigue demostrarnos que el autor, en realidad, ha querido el resultado, ha consentido en él, que estaba de acuerdo con su producción, entonces lo menos que se puede decir de esta teoría es que es fascinante"<sup>30</sup>. Frente a esta conclusión, se ha dicho que, las dificultades que se detectan en ella, hacen, sin embargo, que "esta fascinación que despierta a simple vista, desaparezca"<sup>31</sup>.

En la sentencia dictada por la ICA Valparaíso, el 15 de julio de 1987, se decidió que "Constituye homicidio simple cometido con

---

<sup>26</sup> Politoff, Sergio. Op. cit. 22.

<sup>27</sup> Reinhard, Frank. Op. cit. 8.

<sup>28</sup> Díaz Pita, María del Mar. Op. cit., pág. 176.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Gimbernat, Enrique. "Acerca del dolo eventual", en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1990, pág.248.

<sup>31</sup> Díaz Pita, María Del Mar. Op. cit., pág. 177.

dolo eventual, en lugar de homicidio preterintencional, la muerte causada por el conviviente a su mujer mediante golpes con un chuzo de fierro en diferentes partes del cuerpo, ya que de ese modo existen grandes probabilidades de producir la muerte resultado que es previsible, de modo que si no cejó el reo en su afán de castigo, es porque aceptó la producción del resultado muerte<sup>32</sup>. "Existe dolo eventual -resolvió la Corte Suprema en el año 1960- cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no se proponía causar; pero que en definitiva, lo acepta (lo ratifica) para el caso de que el evento llegara a producirse"<sup>33</sup>. En una decisión más reciente, el Alto Tribunal declara que "La doctrina predominante está acorde en que el agente delictivo responde a título de dolo eventual por los efectos concomitantes de su acción, cuando en el marco de su plan si bien no desea particularmente que éstas se produzcan, ha contado con que ello acontezca con el carácter de algo que es más que una simple posibilidad y menos que una probabilidad absoluta, subordinando este resultado al bien éxito del móvil ilícito en el que realmente tiene interés"<sup>34</sup>. "El dolo homicida puede presentarse no sólo en forma directa -cuando hay la intención precisa de matar- sino también cuando el resultado de muerte se haya previsto como posible y se haya aceptado, no importándole al hechor que ocurra, en lo que consiste el dolo eventual"<sup>35</sup>. El Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Antofagasta, determinó que la posición anímica propia del dolo eventual "supone que el agente se represente el resultado de su acción como probable y no obstante ello no se detiene, sino que simplemente obra, aceptándolo". (Revista Procesal Penal, N° 6, pág. 53 y s.s.)

7. La "zona gris" entre del dolo y la culpa constituye el terreno en que reina "la preterintencionalidad", figura comprensiva de los supuestos en que el resultado lesivo final sobrepasa la voluntad de realización del agente, al dolo que domina y dirige la conducta típica y antijurídica, dándose por lo tanto una discordancia subjetiva entre lo querido y lo sucedido. Como el resultado finalmente acaecido ha sobrepasado el ámbito de la voluntad de realización del agente -praeter intentionem- ha de dilucidarse el título de imputación en virtud del cual podría

---

<sup>32</sup> Gaceta Jurídica N° 86, pág. 79.

<sup>33</sup> RDJ, T. LVII, 2ª parte, Secc.4ª, pág. 60.

<sup>34</sup> SCS, 17.09.1996, Gaceta Jurídica N° 195, pág. 116 y s.s.

<sup>35</sup> SCA Santiago, 14.12.1998, Gaceta Jurídica N° 222, pág. 157.

hacerse responsable al hechor, dolo o culpa, en relación al evento más grave no perseguido, no buscado como objetivo (sin intención).

Una hipótesis preterintencional se presentará cuando el evento típico acaecido supera la voluntad de realización -dolo- del agente, el daño ocasionado con la acción es cualitativa y cuantitativamente mayor que el buscado o aceptado. Hay una **incongruencia** entre los aspectos objetivos y subjetivos del hecho. En otras palabras, hay preterintención en los casos que el sujeto, mediante una acción dolosa, quiere producir un determinado resultado y provoca otro, de mayor gravedad que el pretendido, pero que se encuentra en su misma línea de ataque. La preterintención surge, apunta Reyes Echandía, cuando el agente "habiendo dirigido su voluntad conscientemente hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce a la postre un resultado de esta misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería"<sup>36</sup>.

Las cuatro situaciones que habitualmente suelen presentarse como más representativas de la preterintencionalidad -también denominada ultraintención- son las siguientes:

- a) Lo pretendido: Lesiones leves.  
Lo producido: Lesiones graves.
- b) Lo pretendido: Lesiones.  
Lo ocurrido: Homicidio.
- c) Lo pretendido: Lesiones.  
Lo ocurrido: Aborto.
- d) Lo pretendido: Aborto.  
Lo ocurrido: Homicidio.

En la preterintencionalidad está involucrada la idea de progresión, de desarrollo de una intención (dolo) agresiva básica que produce un resultado no querido, pero directamente vinculado a la acción dolosamente emprendida. La faz subjetiva de la conducta inicial se ve desbordada, sobrepasada por la progresión o desarrollo causal<sup>37</sup>. El resultado más grave, fruto

---

<sup>36</sup> Reyes Echandía, Alfonso. Culpabilidad, Reimpresión, Edit. Temis, Bogotá, 1991, pág. 115.

<sup>37</sup> Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal, Parte Gral. III, pág. 74.

del “desborde” subjetivo, aparece como un resultado no buscado, pero de la misma índole del pretendido. Reyes Echandía requiere una “homogeneidad” entre los dos eventos producidos, en el sentido que ambos sean tuteladores del mismo bien jurídico genéricamente entendido<sup>38</sup>. Manzini postula como requisito necesario que la lesión jurídica prospere sobre la misma línea, es decir, que sea más grave dentro de la misma especie, o al menos, dentro del mismo género de interés jurídico<sup>39</sup>.

No se dará la preterintencionalidad en los casos denominados “fuera de la intención”, como por ejemplo, cuando alguien, con dolo de dañar una vitrina, lanza una piedra contra ella, que da en un transeúnte y le destruye un ojo. El resultado mayor -más grave- realizado ha de ser la concreción del peligro representado por la acción emprendida, debe ser vinculable directamente a la conducta inicial dolosa, de manera que aparezca claramente como su desenvolvimiento no buscado<sup>40</sup>.

El caso de mayor frecuencia en la práctica es el “homicidio preterintencional”, ya sea trate de lesiones seguidas de muerte, ya se trate de aborto seguido de resultado mortal para la embarazada. La primera variable es sin duda la más significativa desde el punto de vista estadístico.

Los requisitos configurativos del homicidio preterintencional, han sido delineados en forma concordante por nuestra doctrina y jurisprudencia:

- a) Acción dolosa dirigida a lesionar al sujeto pasivo.
- b) Ausencia de dolo de matar, no únicamente dolo directo, sino también dolo eventual. Es decir, que el agente no sólo no haya tenido el propósito de matar al pasivo, sino que tampoco se haya representado como un evento probable ese resultado y lo haya ratificado, haya asentido en su ocurrencia.
- c) El resultado más grave ha de producirse en una relación causal típicamente relevante y adecuada a la clase de acción desplegada por el agente; debe existir entre la

---

<sup>38</sup> Op. citada, pág. 130.

<sup>39</sup> Manzini, Vincenzo. “Trattato ...”, Vol.I, párr. 254, pág. 732.

<sup>40</sup> Künsemüller, op.cit. 6, pág. 8.

conducta dolosa y el evento antijurídico sobrevenido, no abarcado por el dolo del agente, una conexión relevante, en el preciso sentido del tipo penal.

- d) El homicidio -resultado de mayor gravedad que el buscado- debe ser atribuible a culpa, imprudencia o negligencia. Esto implica que ese evento deba ser, en el supuesto concreto, previsible para el sujeto actuante, no habiéndolo previsto ni confiado en poder evitarlo.
8. Con respecto a la noción de culpa, nuestros autores y tribunales concuerdan, en general, en identificarlo con la contravención al deber de cuidado, de atención y diligencia exigido en el ámbito de relación. Aquí juega un papel decisivo la **previsibilidad objetiva** del resultado surgido de una acción culposa. Bustos la denomina "elemento objetivo-normativo intelectual", en su valiosa obra monográfica sobre este tema<sup>41</sup>. Ya en "Culpa y Finalidad" había expresado que para determinar el cuidado objetivo exigido resulta fundamental el concepto de previsibilidad objetiva, que desde antiguo se consideró el núcleo esencial de la culpa<sup>42</sup>. Cousiño Mac Iver se preocupó de resaltar con gran intensidad la inseparabilidad de las ideas de cuidado y previsibilidad objetiva en el terreno jurídico-penal<sup>43</sup>.

La Excma. Corte Suprema, en sentencia del 25.11.1996, reiterando la doctrina anterior, contenida en un fallo del 03.10.1988, alude a la previsibilidad objetiva del resultado como uno de los elementos más relevantes de la estructura del delito culposo, "el cual debe estar demostrado para considerar la existencia de un cuasi delito". "Si la previsibilidad no se encuentra demostrada en autos, entonces derechamente no se encuentra probada la infracción al deber de cuidado". (Gaceta Jurídica N° 197, pág. 137).

La exigencia ineludible de la previsibilidad del resultado lesivo, se vincula indudablemente a la garantía fundamental del principio "*nulla poena sine culpa*", el cual se traduce en que debe proibirse toda forma de responsabilidad objetiva, desligada de una acción injusta llevada a cabo culpablemente<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> El Delito Culposo, pág. 43.

<sup>42</sup> Culpa y Finalidad, pág. 49.

<sup>43</sup> Cousiño Mac Iver, Luis. Derecho Penal Chileno, T.I, pág. 828.

<sup>44</sup> Cousiño Mac Iver, Luis. Derecho Penal Chileno, T.III, pág. 5 y s.s.

Creemos firmemente que debe reivindicarse actualmente -en tiempos de "expansión" del Derecho Penal, de requerimientos de un Derecho Penal "ad-hoc" para la sociedad de los riesgos- el postulado fundamental que hace cerca de ochenta años diera a conocer Mayer: "La dignidad del Derecho Penal tiene como fundamento el reconocimiento de la culpabilidad"<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1923, pág. 228 y siguientes.