

## 12. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### VIOLENCIA INNECESARIA CON RESULTADO DE MUERTE

I. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y DE INNECESARIA. SANCIÓN POR EL EMPLEO DE FUERZA MÁS ALLÁ DE LO PERMITIDO. DELITOS DE VIOLENCIA INNECESARIA CONSTITUYEN UN TIPO COMPLEJO FORMADO POR UN DELITO DOLOSO Y UN RESULTADO MÁS GRAVE ATRIBUIBLE AL MENOS A CULPA DEL MILITAR. II. DELIMITACIÓN ENTRE DOLO DIRECTO, DOLO EVENTUAL Y CULPA. PRUEBA DEL DOLO. III. DISPAROS AL AIRE QUE REBOTAN, DESVÍAN SU TRAYECTO E IMPACTAN A PERSONAS PROVOCANDO LA MUERTE Y LESIONES. INEXISTENCIA DE DOLO EVENTUAL EN EL ACTUAR DEL POLICÍA ACUSADO. IMPRUDENCIA TEMERARIA DEL POLICÍA ACUSADO.

### HECHOS

*Querellantes interponen recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte Marcial, que modificó la calificación de los hechos y confirmó la sentencia condenatoria, respecto del cuasidelito de homicidio y cuasidelito de lesiones menos graves. La Corte Suprema rechaza los recursos de nulidad substancial deducidos, con voto de disidencia.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (rechazado)*

ROL: *7315-2015, de 14 de diciembre de 2015*

PARTES: *Instituto Nacional de Derechos Humanos con Miguel Millacura Cárcamo*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C., Sr. Arturo Prado P., Auditor General del Ejército Sr. Waldo Martínez C.*

### DOCTRINA

- 1. El delito de violencia innecesaria se aplica a los funcionarios de Carabineros y se ha entendido por “violencias” la comisión de actos de agresión física o maltrato de obra y es menester que aquella sea empleada por el militar para vencer la resistencia opuesta a su actuación, pero es necesario que la misma sea “innecesaria”, es decir que para la ejecución del acto su empleo se haga sin motivo racional. Así, lo que se sanciona es el em-*

*pleo de fuerza más allá de lo permitido, el exceso de ejecución, o cuando no sea necesario el uso de la fuerza por no presentar la persona en que se ejecuta resistencia de ninguna especie. Se exige, además, un elemento subjetivo que dice relación con el estado anímico del autor en orden a lo injusto de requerir que la violencia sea empleada sin motivo racional. La doctrina –Bascuñán Rodríguez– sostiene que el artículo 330 N°. 1, 2, 3 y 4 del Código de Justicia Militar contempla tipos complejos, formados por un delito doloso –el empleo de violencias innecesaria– y un resultado más grave atribuible, al menos, a culpa del militar. Agrega que en cuanto al régimen de penalidad de la combinación dolo-culpa, el referido artículo 330 establece para el militar una sanción considerablemente más severa que la que correspondería aplicar conforme el régimen común, ya que éste oscilaría entre el concurso ideal entre lesiones menos graves dolosas y homicidio o lesiones graves culposas, por un parte y la consunción de las vías de hecho y la punibilidad del delito culposo respectivo, por la otra parte”. (Considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema)*

- II. *La delimitación entre dolo y culpa no presenta mayores dificultades cuando lo que se intente sea diferenciar al dolo directo –conocer y querer la realización del tipo– de la culpa –consciente o inconsciente–; mientras aquel expresa una voluntad dirigida o enderezada en contra los bienes jurídicos ajenos, la culpa es expresiva de una escasa consideración –falta de respeto– para con dichos bienes, en el sentido que el autor, o bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta –culpa inconsciente–, o bien representándose dicho peligro y continuando su acción con ligereza –culpa consciente–. En estos casos, de todos modos, el autor no quiere –ni acepta como inevitable– la violación de la norma contenida en el tipo penal. El querer o no querer la realización del tipo se presenta así como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente. No obstante, esa delimitación, marcada por el querer o no querer, no es útil cuando se está ante la situación en que el agente no busca el resultado como meta de su acción –dolo directo–, ni sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente, con seguridad, la producción de otro resultado que inclusive puede no desear –dolo directo de segundo grado o de consecuencias seguras–, sino, representándose como posible la realización del tipo –lo que también concurre en la imprudencia– se añade un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo, plus que en definitiva permita afirmar que la concreción del tipo ha sido incluida en o abarcada por la voluntad de realización del agente y de algún modo querida por él. Respecto de la prueba del dolo, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha señalado que*

*un comportamiento subjetivo sólo admite una prueba indirecta, porque “al dolo nunca nadie lo ha visto”, de suerte que la única forma de constatar su presencia es acudiendo a presunciones judiciales. La doctrina, a su vez, ante la duda sobre la concurrencia de dolo o culpa, se postula, por invocación del principio in dubio pro mitius –en caso de duda optar por lo menos gravoso–, el decidirse por la culpa, a fin de no extender el ámbito del dolo eventual a costa de aquella. (Considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte Suprema)*

III. *En la especie, los indicios reunidos en la indagación no reúnen las exigencias establecidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, para arribar a la íntima convicción –exenta de toda duda razonable– de que el acusado, frente a la representación que se supone habría tenido de un resultado lesivo para la vida del occiso y las lesiones sufridas, actuó a todo evento, pasare lo que pasare, aceptando ese evento no buscado. Para concluir así, debe tenerse en consideración la posición que adopta el encausado, la inclinación que dio al arma, la circunstancia de haber personas en esa dirección –que se entiende que disparó al aire–, y que los disparos rebotaron, desviando su trayecto e impactando a personas que se encontraban a 84 metros y 73,3 metros, respectivamente, de distancia del lugar hacía el cual dirigió su armamento. Contribuye a desvirtuar la imputación de dolo eventual la circunstancia de no contarse con antecedentes que permitan avalar la posibilidad de que el acusado habría tenido de anticipar mentalmente la consecuencia dañosa de su actuar teniendo en consideración que los afectados no se encontraban en la pasarela hacia donde disparó sino que distantes de ella en una calle lateral, a bastante distancia y que pese a ello hubiera perseverado en su acción peligrosa, no importándole lo que ocurriera. Por el contrario, del mérito de la causa aparece que el acusado debió representarse la posibilidad de que su acción que crearía un riesgo para terceros, actuando con negligencia, al creer que con ello nada ocurriría, desatendiendo las condiciones del lugar en que se encontraba. En suma, el resultado dañoso del actuar del encausado, es decir, la muerte de un menor y las lesiones provocadas en otra persona, son el resultado de la imprudencia temeraria del acusado provocadas por su actuar imprudente, ajustándose a derecho la calificación de estos hechos como cuasidelito de homicidio y cuasidelito de lesiones menos graves. (Considerandos 11° a 13° de la sentencia de la Corte Suprema)*

*Cita online: CL/JUR/7805/2015*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículo 330 N°s. 1 y 3 del Código de Justicia Militar.*

VIOLENCIAS INNECESARIAS CON RESULTADO DE MUERTE  
VS. CUASIDELITO DE HOMICIDIO  
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CS-7315-2015

ÍTALO REYES ROMERO  
*Universidad de Chile*

En síntesis, la sentencia de la Corte Suprema que se me ha encomendado comentar rechaza los recursos de casación en contra de la sentencia de la Corte Marcial, la cual sanciona al sargento 2° de Carabineros MRMC como autor de dos cuasidelitos, uno de homicidio y otro de lesiones menos graves. La Corte Marcial modificó la calificación de los hechos que había realizado el Segundo Juzgado Militar de Santiago, el cual condenó a una pena cuantitativamente más gravosa a MRMC por dos delitos de violencias innecesarias (art. 330 Código Justicia Militar CJM, en adelante), uno con resultado de muerte y el otro con resultado de lesiones menos graves.

La sentencia de la Corte Suprema se introduce en varias discusiones dogmáticas de gran interés, pero en este breve comentario nos concentraremos en tres cuestiones que resultan ser fundamentales para la calificación correcta de los hechos del caso. Como se revisará, la Corte resuelve adecuadamente los dos primeros problemas, pero yerra en el último de ellos, imponiendo una pena que claramente no corresponde a los hechos analizados. Dichos tres problemas se corresponden con tres preguntas: primero, ¿cometió MRMC un delito de homicidio (doloso)?; segundo, ¿cometió MRMC un cuasidelito de homicidio?; y tercero, ¿cometió MRMC el delito de violencias innecesarias?<sup>1</sup>

Los hechos establecidos en la causa confirman, bajo una teoría de la equivalencia de las condiciones o de la condición mínima suficiente, que el comportamiento del carabinero fue la causa de la muerte de una persona. Sin embargo, resulta fundamental enfatizar el extraño curso causal acaecido: MRMC disparó dos proyectiles “al aire” (con una inclinación de 24°), esto es, respecto de ninguna persona en particular; y dichos proyectiles golpearon una estructura de metal desviando su trayectoria e impactando, a una distancia de 80 metros, al menor en cuestión causándole la muerte. Por tanto, queda explicada causalmente la producción de la muerte del menor y, por tanto, la pertinencia de la pregunta por la responsabilidad de MRMC, pero lo anómalo del curso causal impone considerarlo en el nivel de imputación (subjetiva).

---

<sup>1</sup> En lo que sigue, para facilitar el análisis, nos centraremos en la producción de la muerte del menor MEGR, dejando de lado las lesiones menos graves a CABR. Sin embargo, debido a la similitud de estructuras típicas, lo señalado para el primero vale también para el segundo.

El primer delito que viene en consideración respecto a la causación de la muerte de otro es el homicidio. Entendiendo configurado el injusto objetivo, la pregunta es si podemos reconocer dolo en el comportamiento del carabenero, o sea, si es posible imputar la muerte del menor a MRM. La Corte Suprema adopta en este punto una teoría volitiva del dolo, la cual exige no sólo el conocimiento de las circunstancias con relevancia típica sino también un elemento volitivo, esto es, una voluntad positiva de realización del tipo respectivo.<sup>2</sup> Tal es la fórmula que usa la Corte para distinguir entre dolo eventual e imprudencia consciente al exigir respecto del primero

*“un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo, plus que en definitiva permita afirmar que la concreción del tipo ha sido incluida en o abarcada por la voluntad de realización del agente y de algún modo querida por él”.*<sup>3</sup>

Si bien la Corte no es clara al explicar la manera específica en que debe comprenderse ese *plus* volitivo, en otras sentencias se ha manifestado expresamente a favor de una teoría del asentimiento (segunda fórmula de Frank) requiriendo una aceptación del resultado lesivo.<sup>4</sup>

Ahora bien, más allá de lo problemática que pueda ser una teoría que exige necesariamente un elemento volitivo pero que lo reduce a un mero asentimiento o aceptación del resultado, el proceso de imputación en el injusto no requiere preguntarse por voluntad alguna del sujeto. Lo importante es, por cierto, que el sujeto se represente con probabilidad suficiente las circunstancias de hecho que son relevantes en atención a la descripción típica en cuestión. Pues si se determina que el sujeto efectivamente tuvo tal representación, entonces tenemos que concluir que le resultaba evitable la ejecución del comportamiento antinormativo. Y, si teniendo la capacidad de evitarlo, igualmente ejecutó dicha conducta, entonces el sujeto está expresando su negativa al seguimiento de la norma. Por ello, aseveramos

---

<sup>2</sup> Sobre las diferentes teorías y elementos de dolo, véase GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, parte general, tomo II (3ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2003), pp. 76 y ss.

<sup>3</sup> Considerando noveno, citando a Zugaldía.

<sup>4</sup> Véase SCS 3970-2008, 2/7/2009, cons. 13º: “Es conveniente tener en cuenta que, como ya ha resuelto este Tribunal, según la mejor doctrina, el dolo eventual exige que el agente se haya representado como posible el resultado fatal no querido y, no obstante esta 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” (el énfasis es mío).

que su conducta es antijurídica.<sup>5</sup> La voluntad específica del sujeto, por tanto, es superflua al proceso de imputación, pues el presupuesto lógico es que el sujeto tiene una voluntad de seguimiento del ordenamiento.<sup>6</sup>

Pero volvamos al caso. Desde el punto de vista de una teoría de la representación –como la que aquí se defiende– lo único relevante para efectos de la imputación es si el sujeto se representó con una probabilidad suficiente “la posibilidad concreta de que su hecho satisfaga la descripción que le confiere relevancia típica, esto es, que satisfaga las propiedades primarias de las cuales depende su antinormatividad”.<sup>7</sup> Debido a que el curso causal seguido por el proyectil resultó ser completamente anómalo, es sensato pensar que MRMC no se representó con una probabilidad relevante para la decisión que sus disparos impactarían a un menor de edad ubicado a 80 metros, luego de desviar su trayectoria al golpear una estructura metálica. El sujeto disparó al aire y sobre ninguna persona en particular, por lo cual no es posible sostener la imputación a título de dolo.

Al respecto, dos prevenciones. Primero, la conclusión de excluir el dolo no se basa en que el carabinero desconocía a la persona específica que sería impactada por los disparos. No es necesario que el autor se represente con precisión la identidad de sujeto afectado. Si el carabinero hubiese disparado directamente sobre un grupo de personas, con el objetivo de dispersarlos, no existirían dudas en reconocer dolo eventual si es que los disparos causasen la muerte de alguien, a pesar de que el autor no tenía cómo saber quién sería alcanzado por las balas. En segundo lugar, los hechos del caso no excluyen, por sí mismos, el dolo. Pues es posible imaginar un sujeto que se dedique a estudiar con detalle la trayectoria balística y que, finalmente, realice disparos sobre la estructura metálica para abatir a una persona a una gran distancia. Sin embargo, no hay antecedentes en el caso que hagan sospechar que MRMC se hubiese comportado de esta manera.

Descartado el dolo, la pregunta radica en si es posible reconocer imprudencia en el comportamiento del carabinero, con la cual se afirmarí un cuasidelito de homicidio. En este nivel de discusión, la imprudencia viene a reemplazar al dolo como criterio de imputación que permite afirmar la antijuridicidad (*ceteris paribus*) de la conducta. Pues, aún sosteniendo que el sujeto carecía del conocimiento

---

<sup>5</sup> Para revisar el argumento en detalle, véase KINDHÄUSER, Urs, El tipo subjetivo en la construcción del delito, en *InDret* 4/2008, pp. 9 ss.

<sup>6</sup> Ello se justifica en atención al principio de contrafactividad de la imputación: revisamos si el sujeto tenía la capacidad de evitar el resultado típico para concluir que tenía el deber de abstenerse de ejecutar el comportamiento en cuestión. Para más detalle, véase MAÑALICH, Juan Pablo, Norma, causalidad y acción (Marcial Pons, 2014), p. 24 s.

<sup>7</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, N° 1 (2011), p. 101.

mínimo para el dolo, se mantiene la pregunta por la razón por la cual el sujeto carece de la capacidad para evitar el resultado lesivo, ya que es posible desarrollar acciones que aseguren la capacidad futura, en el sentido de evitar una situación de inevitabilidad.<sup>8</sup> Así, quien actúa conforme a cuidado —ejecutando las medidas de precaución contextualmente pertinentes— asegura su capacidad futura de evitación de infracción de la norma.

En este punto, la Corte Suprema llega a la solución correcta pues concluye que MRMC actuó de manera imprudente (cons. 12° y 13°). Sin embargo, el (único) argumento para llegar a tal resultado requiere algo más de desarrollo. La Corte plantea

*“que el acusado debió representarse la posibilidad de que su acción que (sic) crearía un riesgo para terceros, actuando con negligencia, al creer que con ello nada ocurriría, desatendiendo las condiciones del lugar en que se encontraba”* (cons. 12°).

Para imputar a título de imprudencia es fundamental determinar la precisa exigencia de cuidado que el autor infringió con su comportamiento. Para ello, resulta necesario sentar un estándar objetivo de cuidado en el contexto específico de actuación, el cual, según sostengo, requiere tomar en consideración los especiales conocimientos y habilidades del sujeto que se imputa.<sup>9</sup>

Volviendo a los hechos, puede defenderse que MRMC tenía una exigencia de cuidado consistente en “evitar disparar su arma de fuego ‘al aire’ en la proximidad de estructuras construidas en altura y de una muchedumbre que se dispersaba caóticamente”. Pues el sujeto tenía perfecto conocimiento de la existencia de pasarelas en la inmediación y de la presencia de un importante número de personas que corrían en forma desesperada para alejarse del lugar después de haberse lanzado gas químico (lo cual está acreditado en autos). Bajo ese conocimiento, la medida de precaución era evitar cualquier disparo —incluso al aire— con la finalidad de evitar ponerse en situación futura de ser incapaz de evitar resultados lesivos.

De esta manera, la Corte acierta en descartar el dolo eventual y afirmar la imprudencia respecto de la causación de la muerte del menor. Si no existiese algún otro tipo penal que fuera relevante, entonces la decisión de la Corte sería correcta: (sólo) cuasidelito de homicidio. Empero, es imprescindible revisar el delito de violencias innecesarias, situado en el art. 330 CJM.<sup>10</sup> De partida, es un delito especial

<sup>8</sup> Véase, *in extenso*, REYES ROMERO, Ítalo, Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, N° 1 (2015), pp. 147 y ss.

<sup>9</sup> Véase, *in extenso*, REYES ROMERO, Ítalo, Sobre la construcción de la exigencia de cuidado, en *Política Criminal*, vol. 10, N° 19 (2015), pp. 59 y ss.

<sup>10</sup> Art. 330. El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;

pues sólo se aplica a un sujeto con el estatus de militar, el cual está definido en el art. 6° CJM y, luego, extendido a integrantes de la Armada en el art. 378 CJM y a Carabineros de Chile en el art. 405 CJM. De ahí que MRMC –sargento 2° de Carabineros– sea posible sujeto activo del delito en cuestión.

Lo interesante de la tipificación del delito de violencias innecesarias es que se estructura en base a un delito simple (art. 330, 4° primera parte) y a tres delitos calificados en atención al resultado producido (arts. 330, 1° a 3° y 4° segunda parte).<sup>11</sup> Esto implica que la figura más general carece de cualquier calificación por el resultado consistente, por tanto, (sólo) en emplear violencias innecesarias para la ejecución de los actos que el militar debe practicar, o sea, sin motivo racional. En atención a la descripción típica, únicamente al concluir que dicho delito simple se ve configurado, recién estaremos habilitados para revisar la calificación en atención al resultado producido. Esto parece ser pasado por alto por el argumento de la Corte Suprema, quien sustenta su exclusión del delito de violencias innecesarias en una confusión, pues en el contexto de la discusión afirma:

*“(…) no resulta posible sostener que el acusado, atento a la posición que adopta, la inclinación que da al arma, la forma en que dispara, su expertiz y al lugar en que dispara, de acuerdo al informe balístico de fojas 846 a 906, haya querido el resultado que sufrieron las víctimas, las cuales no se encontraban en la pasarela hacia la cual disparó, de modo que naturalmente no ha existido dolo directo en su comisión, el que supone conocer y querer el resultado típico” (cons. 8°).*

Sin embargo, al momento de establecer el delito simple de violencias innecesarias, la referencia a la producción de la muerte de menor es casi completamente superflua, ya que sólo se utiliza a efectos de afirmar el uso de violencia. Ahora bien, independiente del concepto de violencia que se sostenga, no parece existir dudas en que la causación de la muerte de otro resulta incluida (máxime si es uno de los resultados del tipo calificado). La pregunta más difícil es por la ausencia de motivo racional, o sea, por la aseveración de que dichas violencias sean innecesarias. Y, al respecto, el voto de minoría de los ministros Brito y Etcheberry resulta

---

2° Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;

3° Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y

4° Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.

Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado.

<sup>11</sup> El sistema es similar al utilizado por el Código Penal al tipificar el homicidio: el art. 391 2° establece el delito de homicidio simple y el art. 391 1° el delito de homicidio calificado.



sumamente convincente: el hecho de que los manifestantes se estaban dispersando implicaba que no había peligro para la vida o integridad física de MRMC ni de sus compañeros, de manera que el uso de la subametralladora no resultaba necesaria (cons. 2º voto de minoría); menos aún para un carabinero que es un sujeto entrenado profesionalmente para controlar multitudes que alteran el orden público (cons. 3º voto de minoría).

Asimismo, respecto a la imputación subjetiva, los hechos probados permiten concluir que MRMC tenía completo conocimiento de las circunstancias de hecho con relevancia típica. O sea, sabía que su conducta —disparar la subametralladora al aire— se daba en el contexto de que los manifestantes se dispersaban alocadamente luego de que se diseminase gas químico en los alrededores. De tal forma, se reconoce, a lo menos, dolo eventual entendiéndose satisfecho el ámbito subjetivo del injusto.

Por tanto, podemos dar por acreditado el delito simple de violencias innecesarias. Ahora bien, antes de examinar el concurso con el cuasidelito de homicidio, resulta necesario revisar el delito calificado. Y, para ello, es fundamental reconocer que la revisión superficial del 330 CJM parece sugerir que el delito se califica por el mero acaecimiento de uno de los resultados previstos en los numerales correspondientes. Sin embargo, una lectura tal puede ser contraria al principio de culpabilidad ante la posibilidad de resultados lesivos conectados en forma (simplemente) azarosa con la conducta en análisis. Ello implicaría el establecimiento de una forma de *versari in re illicita* (“el que está en lo ilícito, debe cargar con todos los efectos de su conducta”), el cual debe ser tenido como inaceptable. Por tal razón, en forma unánime, la doctrina ha sostenido una exigencia de, por lo menos, imprudencia en los casos de delitos calificados por el resultado. Así, lo establece el mismo profesor Bascuñán, en la misma sección citada literalmente por la Corte Suprema (cons. 6º):

*“Interpretado el precepto conforme a la Constitución, los N.ºs. 1, 2, 3 y 4 in fine del art. 330 C.J.M. resultan ser tipos complejos, formados por un delito doloso (el empleo de violencias innecesarias) y un resultado más grave atribuible al menos a culpa del militar. Ello, salvo por el caso de la primera hipótesis del N.º 4, cuyo tipo corresponde al simple maltrato doloso”* (el énfasis es mío).<sup>12</sup>

De tal modo, ya establecido que la muerte del menor es imputable a título de imprudencia a MRMC no se hace difícil configurar el delito de violencias innecesarias calificado del N.º 1, esto es, cuando el resultado es la muerte de la víctima.

<sup>12</sup> BASCUÑÁN, Antonio, Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución (Materiales de Estudio, *Curso Derecho Penal II*, 2ª versión, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio 1998), p. 67.

La interpretación (implícita) que hace la Corte Suprema del art. 330 CJM supone exigir que cualquiera de los resultados indicados en los numerales respectivos deben ser cometidos a título de dolo. Sin embargo, ello no se condice con la descripción típica de la disposición: lo que indudablemente exige dolo es la comisión del delito simple de violencias innecesarias. Pero, en mi opinión, es claro que el legislador está estableciendo un incremento punitivo ante la producción de resultados más graves. Y conforme al principio de culpabilidad, una interpretación adecuada debe exigir imprudencia en la comisión de tales resultados. La exigencia de dolo respecto de dichos resultados es excesiva en atención a la descripción típica.

Ahora bien, la Corte Suprema se equivoca doblemente porque, por un lado, descarta las violencias innecesarias con resultado de muerte pues, sostiene, que MRMC carece del conocimiento y voluntad de causar la muerte del menor. Ello es erróneo por lo ya planteado. Sin embargo, además, no se percata de la procedencia –sin lugar a dudas– del delito de violencias innecesarias simple. De haber sido consistente en el argumento, la Corte debería haber castigado por las violencias innecesarias simples junto al cuasidelito de homicidio en concurso ideal.

La respuesta adecuada, empero, supone un concurso aparente entre el cuasidelito de homicidio y el delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, pues el injusto de este último subsume el injusto del primero. Ello se observa con facilidad al revisar nuestra interpretación del art. 330 CJM exigiendo, por lo menos, una conexión de imprudencia entre la conducta de violencias innecesarias y el resultado lesivo descrito en sus numerales. El marco penal abstracto, en conclusión, debía partir en el presidio mayor en su grado mínimo a medio, y no –como estableció la Corte– en la reclusión menor en su grado mínimo a medio.

#### CORTE SUPREMA

Santiago, catorce de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos N° 2142-2011 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, por sentencia de seis de mayo de dos mil catorce, a fojas 1795, se condenó a Miguel Ricardo Millacura Cárcamo, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de violencias innecesarias, causando muerte en la persona de Manuel Eliseo Gutiérrez Reinoso, que describe y sanciona el artículo 330 N° 1

del Código de Justicia Militar y a las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a la accesoria militar de separación del servicio, además se le condena a sesenta días de prisión en su grado máximo, como autor del delito de Violencia Innecesaria en la persona de Carlos Andrés Burgos Toledo, que describe y sanciona el artículo 330 N° 3 del Código de Justicia Militar, y a la accesoria común de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a la accesoria militar de suspensión del empleo militar.

Impugnándose ambas decisiones, la Corte Marcial, por sentencia de siete de mayo de dos mil quince, escrita a fojas 1932 y siguientes, modificó la calificación de los hechos y confirmó la sentencia declarando que el mencionado Millacura Cárcamo, queda condenado a la pena de cuatrocientos días de reclusión menor en su grado mínimo y a la accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, en su condición de autor del cuasidelito de homicidio en la persona de Manuel Gutiérrez Reinoso y a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, en su condición de autor del cuasidelito de lesiones menos graves en la persona de Carlos Burgos Toledo.

Contra ese fallo, el querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) a fojas 1943, la parte denunciante a fojas 1951 y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a fojas 1961, interpusieron recurso de casación en el fondo, el que se ordenó traer en relación por decreto de fojas 2009.

Considerando:

*Primero:* Que en conjunto los recursos de casación se fundan en la causal 2ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la contravención de los artículos 1º, 391 N° 2, 399, 490 N° 1 del Código Penal y 330 N°s. 1 y 2 del Código de Justicia Militar.

Se reclama en los libelos de casación la existencia de un error de derecho al afirmar que los hechos probados no son

constitutivos del delito de violencia innecesaria, establecido en el artículo 330 del Código de Justicia Militar.

Indican que de los hechos indiscutidos, aparece que el agente obró previendo o sabiendo al menos, que era posible con su actuar afectar la vida y salud de las personas, además de obrar fuera del marco jurídico.

Señalan que disparar una subametralladora mini UZI, en la ciudad en circunstancias que había gran cantidad de personas alrededor impide atribuir a esa conducta imprudencia o negligencia, ya que actuar de esa manera obedece, a lo menos, a dolo eventual, por cuanto se crea un riesgo no permitido o prohibido, cuestión para la cual por su entrenamiento —sr. Millacura Cárcamo— estaba en condiciones de discernir y prever, ya que no se debe olvidar que el sentenciado era carabinero, razón por la cual tiene un estándar de actuación por sobre el hombre medio, de manera tal que no puede hablarse en este caso de un delito imprudente, cuando se está frente a un delito funcionario especial donde no cabe la actuación negligente.

*Segundo:* Que son hechos que la sentencia de primera instancia declara como acreditados y probados los siguientes:

“Que el 25 de agosto de 2011, con motivo de un Paro Nacional convocado por la Central Única de Trabajadores, individuos desconocidos comenzaron a sacar rejas de protecciones de la autopista Vespucio Sur, a la altura de la pasarela peatonal que une las arterias de Avenida El Valle por el oriente y Amanda Labarca por el poniente de la

comuna de Peñalolén, lanzando estas rejas de protección a los rieles de la vía férrea del Metro de Santiago, a la Autopista y a la caletera de dicha arteria. Asimismo, colocaron barricadas que impedían el tránsito normal de vehículos por esas vías. A su vez, algunas personas causaban daños al Servicentro Copec, ubicado en la caletera de Américo Vespucio con Avenida El Valle, mientras que otros individuos habían encendido barricadas por la misma Avenida.

Ante este escenario, minutos después de las 23:00 horas, concurrió a prestar protección al servicentro Copec, el Z-4459 de la Subcomisaría “Peñalolén”, al mando de una Subteniente de Carabineros acompañada del cabo Eduardo Vargas Burgos y carabinero William Rodríguez Cuminao (conductor), quienes lo hicieron por la caletera oriente de Américo Vespucio, de norte a sur, esto es, contra el sentido del tránsito, sin embargo, al pasar por la intersección de calle Litoral fueron atacados por un grupo de personas que les lanzaban elementos contundentes, a la vez que se escuchaba detonaciones de armas de fuego, por lo que retrocedieron hasta calle Litoral, donde solicitaron cooperación a los demás dispositivos policiales en la población.

Pasados unos minutos, llegó a calle Litoral con caletera Américo Vespucio, el Z-4455 de la subcomisaría “Peñalolén” a cargo de un sargento 2º de Carabineros, acompañado del cabo 1º José Ramos Garcés y el cabo 2º Andrés Gallardo Velásquez (conductor), y luego de acordar con la subteniente aludida, los cursos de acción a seguir,

ambos vehículos policiales, esto es el Z-4459 y Z-4455, emprendieron rumbo al servicentro por la caletera oriente de Américo Vespucio, y producto de una rápida maniobra, lograron ingresar al establecimiento.

Una vez en el servicentro, descenden los funcionarios policiales de sus respectivos vehículos y comienzan a despejar las vías, mientras que, de la pasarela como también del costado poniente de Américo Vespucio, les lanzaban piedras y otros elementos contundentes, y al unísono se escuchaban algunas detonaciones de armas de fuego.

Mientras esto ocurría, a una cuadra de distancia hacia el oriente, el piquete a cargo del subteniente Cristóbal Carvacho Villarroel acompañado de cuatro efectivos policiales movilizados en el Z-4460 de la Subcomisaría “Peñalolén”, también acudieron al llamado de la subteniente ya referida, llegando al lugar por calle Florencia en dirección al norte, atravesando el vehículo policial en Avenida El Valle en diagonal hacia calle Península. Al percatarse el subteniente Carvacho, que los policiales que se encontraban despejando la vía de Américo Vespucio estaban siendo atacados con piedras, palos y fierros, a la vez que también escuchaba detonaciones de armas de fuego, y además, desde el oriente por Avenida El Valle, se acercaban otros individuos hacia el servicentro, disparó dos gases lacrimógenos, uno hacia el poniente en dirección a la pasarela peatonal y otro hacia el oriente por Avenida El Valle. Una vez realizada esta acción, permanecieron conteniendo

a las personas que se encontraban al oriente de esta última arteria.

En tanto, al servicentro Copec, llegó también el radiopatrullas RP-2900 a cargo del suboficial Luis Cárcamo Barría acompañado del cabo 1° Luis Uribe Leiva.

En los instantes que el subteniente Carvacho, lanzaba la primera lacrimógena, esto es, la dirigida a la pasarela de Américo Vespucio con Avenida El Valle, el sargento 2° a cargo del Z-4455, que en esos momento portaba la subametralladora UZI, serie N° 072, calibre 9x9 milímetros, y que se mantenía en esa intersección, se parapetó tras unos bloques de cemento que dividen la autopista con la caletería oriente, protegiéndose de los elementos que les eran lanzados desde ese lugar, decidieron prestar cobertura al personal que se encontraba despejando las vías, realizando a los menos dos disparos al aire; sin embargo, estos impactaron en la base inferior de la viga de la pasarela peatonal y por efecto rebote, uno de los proyectiles lesionó de muerte al menor Manuel Gutiérrez Reinoso y el otro, impactó en el hombro derecho a Carlos Burgos Toledo, provocándole lesiones de mediana gravedad.

De acuerdo a los informes periciales agregados a la investigación, la trayectoria descrita por los disparos fue levemente de norte a sur y de abajo hacia arriba, describiendo un ángulo de elevación respecto de la horizontal de 24° aproximadamente; sin embargo, a 16 metros aproximadamente desde donde se realizaron los disparos, estos impactaron en la base de la viga inferior

de la pasarela, rebotando y siguiendo la línea ascendente, direccionándolos hacia abajo, impactando uno de estos proyectiles balísticos en el menor Manuel Eliseo Gutiérrez Reinoso, causándole la muerte producto de una herida torácica, sin salida de proyectil, según informe de autopsia agregado a fojas 427 y siguientes, quien al momento del impacto transitaba por calle Amanda Labarca, a la altura del N° 4943 de la comuna de Macul, vía que desemboca en la caletería poniente de la Avenida Américo Vespucio. Asimismo, el otro proyectil impactó al civil Carlos Andrés Burgos Toledo, quien se desplazaba por la misma calle Amanda Labarca, unos 10 metros más adelante del occiso. Producto de este impacto de proyectil balístico, Burgos Toledo resultó herido en su hombro derecho, causándole lesiones de mediana gravedad, según consta del Informe de Lesiones emitido por el Servicio Médico Legal de fojas 426. Como se indicó, ambas personas al momento de ser alcanzados por los proyectiles balísticos, se desplazaban por calle Amanda Labarca en dirección al oriente. La víctima fatal se encontraba a 84 metros del Sargento Millacura quien efectuó los disparos y el herido a 73,3 metros de aquél, según lo concluido en el Informe Pericial Planimétrico de fojas 847 y siguientes. Asimismo, se pudo establecer que luego del rebote, los proyectiles continuaron su vuelo en el descenso por aproximadamente 59, 45 metros en el caso del que lesiona en el hombro a Burgos Toledo y de 69, 7 metros respecto del que lesiona de muerte a Gutiérrez Reinoso, según lo acreditado

en el informe pericial balístico agregado a fojas 852 y siguientes.

Los proyectiles extraídos tanto del cuerpo del occiso Manuel Gutiérrez Reinoso, como del lesionado Carlos Burgos Toledo salieron de la subametralladora UZI, calibre 9x19 mm, serie 072, según Informe Balístico de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, que rola a fojas 726 a 730 de autos”.

Tales acontecimientos se estimaron constitutivos del delito de violencia innecesaria, previsto y sancionado en el artículo 330 N°s. 1 y 2 del Código de Justicia Militar, según la sentencia de primera instancia, calificación que modifica el fallo en alza.

*Tercero:* Que la sentencia de primer grado en su considerando 6°, al analizar la declaración del condenado, precisa: “...sin embargo, durante la investigación no se pudo acreditar la racionalidad del medio empleado por el acusado para la defensa de los funcionarios que realizaban dicha labor. Por el contrario, instantes antes de ejecutar los disparos con la subametralladora UZI, el dispositivo a cargo del Subteniente Carvacho había hecho uso de disuasivos químicos hacia las personas que atacaban a los efectivos policiales que procedían en el lugar, lo que provocó que éstos se dispersaran, al menos mientras duraba el efecto lacrimógeno. En consecuencia, se acreditó que existían medios menos gravosos para disuadir a los manifestantes que lanzaban elementos contundentes a los agentes policiales, que el que usó el acusado...”.

*Cuarto:* Que la sentencia impugnada sostiene en su motivación 3° que

“Primeramente, es preciso apuntar que la dinámica y desarrollo de los acontecimientos dan cuenta de que existieron dos disparos efectuados por el agente, los que impactaron en la base de una pasarela situada en el lugar, de una forma tal que –tras ese impacto– los proyectiles desviaron su trayectoria original (de abajo hacia arriba) a un curso diferente (de arriba hacia abajo), hasta alcanzar a las personas que se encontraban en un extremo opuesto de la autopista, entonces, debe excluirse la posibilidad de dolo directo, porque ello importaría asumir que a los disparos quiso atribuirles esa trayectoria y resultados, es decir, que buscó herir a las personas afectadas de una manera que significaba previamente impactar la pasarela para luego alcanzarlas de rebote, lo que resulta inverosímil”.

En su considerando siguiente, indica que “la tesis alternativa consistiría en entender como probable que el agente se hubiera “representado” el resultado producido o de que, de manera diversa, actuara de un modo imprudente, lo que sitúa los hechos en plano fronterizo entre el dolo eventual y la culpa, a este respecto se torna necesario destacar ciertos extremos de los hechos asentados:

a) que, antes de realizar los disparos con su arma, el acusado se parapetó tras unos bloques de cemento que dividen la autopista del lugar de los hechos con la caletera próxima a ella;

b) que, desde esa posición, parapetado, prácticamente en cuchillas y en forma más bien paralela a la vía de tránsito peatonal (pasarela) el encausado efectuó

tales disparos con una inclinación de 24°, de abajo hacia arriba;

c) que, esa acción fue ejecutada en horas de la noche (después de las 23:00 horas) y en contexto de disturbios públicos; y

d) que los disparos impactaron inicialmente en la base de la pasarela.

Por la posición que adopta el hechor, la inclinación que asigna a los subametralladora (24°) y la trayectoria de los proyectiles –datos corroborados con los peritajes de fojas 846 a 906–, es posible concluir que esos disparos fueron efectivamente realizados “al aire”, porque de otra manera no se explica que los mismos hayan impactado en la pasarela, naturalmente, disparos ejecutados “hacia el aire” y en las condiciones destacadas, no son reveladores del propósito o deseo de impactar a alguna persona. En efecto el rebote y la trayectoria aludidos –que importan desvío causal–, no están dentro de los cálculos que puedan preverse razonablemente, al punto que sea factible asumirlos como probables y que aceptados como tales, el agente haya perseverado en su conducta, lo que permite descartar dolo eventual, con todo precisamente porque se trataba de un arma de las características señaladas (subametralladora UZI), que la misma fue usada en una zona urbana –con edificaciones, construcciones y presencia de personas–, amén de evitar su empleo, quien lo hiciera debió adoptar las precauciones necesarias, tales como situarse en un sector abierto que descartara o minimizara el riesgo, hasta anularlo, en lugar de sencillamente confiar en que no se produciría el resultado dañoso. Esta

falta de diligencia y cuidado comportan imprudencia necesaria.

*Quinto:* Que los hechos establecidos en la causa se encuentran determinados en el considerando tercero del fallo de primera instancia y los mismos resultan inamovibles, en cuanto no fueron alterados por el fallo que se revisa y que tampoco los mismos han sido materia de los recursos deducidos.

Que de esta forma, forzoso es concluir que para saber si nos encontramos en presencia o no de un delito de violencia innecesaria, se deben analizar los presupuestos del mismo y los motivos que llevaron al funcionario policial a utilizar la subametralladora UZI el día de los hechos.

*Sexto:* Que, el delito de violencia innecesaria se encuentra tipificado en el artículo 330 del Código de Justicia Militar y se define como “el militar que con motivo de ejecutar una orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencia innecesaria para la ejecución de los actos que debe practicar, será condenado:

1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;

2° Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;

3° Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y

4° Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.

Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado”.

Dicho delito se aplica a los funcionarios de Carabineros de Chile y se ha entendido por “violencias” la comisión de actos de agresión física o maltrato de obra y es menester que aquella sea empleada por el militar para vencer la resistencia opuesta a su actuación, pero es necesario que la misma sea “innecesaria”, es decir que para la ejecución del acto su empleo se haga sin motivo racional.

Así lo que se sanciona es el empleo de fuerza más allá de lo permitido, el exceso de ejecución, o cuando no sea necesario el uso de la fuerza por no presentar la persona en que se ejecuta resistencia de ninguna especie. Se exige, además, un elemento subjetivo que dice relación con el estado anímico del autor en orden a lo injusto de requerir que la violencia sea empleada sin motivo racional.

Don Antonio Bascuñán Rodríguez, en su obra “Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución”, Materiales de Estudio, curso de Derecho Penal II (parte especial), 2ª versión actualizada, Santiago, julio de 1998, en su página 67, párrafo quinto, señala: “Interpretado el precepto conforme a la Constitución, los N°s. 1, 2, 3 y 4 in fine del art. 330 N° C.J.M. resultan ser tipos complejos, formados por un delito doloso (el empleo de violencias innecesarias) y un

resultado más grave atribuible al menos a culpa del militar”. A continuación, en su página 68, párrafo segundo indica “En cuanto régimen de penalidad de la combinación dolo-culpa, el art. 330 establece para el militar una sanción considerablemente más severa que la que correspondería aplicar conforme el régimen común, ya que éste oscilaría entre el concurso ideal entre lesiones menos graves dolosas y homicidio o lesiones graves culposas, por un parte y la consunción de las vías de hecho y la punibilidad del delito culposo respectivo, por la otra parte”.

“Se trata, por tanto, agrega, de un delito progresivo, donde la culpabilidad está establecida en razón del dolo genérico, es decir, la conciencia de realizar el acto incriminado (utilización de violencia innecesaria)”.

*Séptimo:* Que desde el plano de la culpabilidad, como la causa de la agravación está determinada por la afectación al objeto sobre el cual la acción recae, ello requiere conciencia o conocimiento de la vulneración, de manera que resulta el mismo incompatible con la comisión culposa del hecho de que se trata (“Delito de Violencias Innecesarias en el Código de Justicia Militar”, Valdivieso Valdivieso Mario Arturo, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, p. 18, Universidad de Concepción, Escuela de Derecho).

*Octavo:* Que en el caso de marras no resulta posible sostener que el acusado, atento a la posición que adopta, la inclinación que da al arma, la forma en que



dispara, su expertiz y al lugar en que dispara, de acuerdo al informe balístico de fojas 846 a 906, haya querido el resultado que sufrieron las víctimas, las cuales no se encontraban en la pasarela hacia la cual disparó, de modo que naturalmente no ha existido dolo directo en su comisión, el que supone conocer y querer el resultado típico

*Noveno:* Que excluido el accionar con dolo directo, resulta necesario determinar si actuó con dolo eventual o culpa.

La delimitación entre dolo y culpa no presenta mayores dificultades cuando lo que se intente sea diferenciar al dolo directo (conocer y querer la realización del tipo) de la culpa (consciente o inconsciente); mientras aquel expresa una voluntad dirigida o enderezada en contra los bienes jurídicos ajenos, la culpa es expresiva de una escasa consideración (falta de respeto) para con dichos bienes, en el sentido que el autor, o bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta (culpa inconsciente), o bien representándose dicho peligro y continuando su acción con ligereza (culpa consciente). En estos casos, de todos modos, el autor no quiere (ni acepta como inevitable) la violación de la norma contenida en el tipo penal. El querer o no querer la realización del tipo se presenta así como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente. (“La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual”, José Miguel Zugaldía Espinar, A.D.P.C.P., 1986, p. 396; Santiago Mir Puig, Adiciones de Derecho español a la obra de Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de De-*

*recho Penal*, Parte General, Barcelona, 1981, tomo I, p. 429). No obstante, esa delimitación, marcada por el querer o no querer, no es útil cuando se está ante la situación en que el agente no busca el resultado como meta de su acción, (dolo directo), ni sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente, con seguridad, la producción de otro resultado que inclusive puede no desear (dolo directo de segundo grado o de consecuencias seguras), sino que, representándose como posible la realización del tipo –lo que también concurre en la imprudencia– se añade un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo, plus que en definitiva permita afirmar que la concreción del tipo ha sido incluida en o abarcada por la voluntad de realización del agente y de algún modo querida por él. (Zugaldía Espinar, op. cit., p. 397).

*Décimo:* Que, la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como “un conglomerado de hechos internos”– es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente 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 del proceso. (Ramón Ragües y Vallés, *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*, Universidad

Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 190).

Como apunta Diez Ripollés, 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”. (*Los Elementos Subjetivos del Delito, Bases Metodológicas*, Valencia, 1990, p. 32).

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 no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados “juicios de inferencia”. (Ragües y Vallés, op. cit., p. 238).

Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que “la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores”. (RDP, 1994, pág. 413)

Resulta interesante traer a colación los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sobre el punto: “...el Tribunal ha de valorar todas las circunstancias concurrentes para poder deducir el dolo eventual en una forma racional”. (STS,

30.05.1970); “la diagnosis ex post de todos los hechos y de todas las circunstancias concurrentes han de llevar a la conclusión de que el procesado aceptó la producción del resultado”. (STS, 20.04.1977); “...el juez, en el caso concreto, ha de realizar una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción de que el procesado actuó con dolo eventual”. (STS, 03.05.1982)

En consecuencia, no puede afirmarse la existencia del dolo eventual si falta la prueba de sus elementos, si lo que ha sido objeto de prueba sólo arroja dudas acerca de la intimidad psíquica del acusado –(*in dubio pro reo*)– (STS, 20.04.1977).

Este tribunal ha sostenido que un comportamiento subjetivo sólo admite una prueba indirecta, porque, como con innegable ironía puntualiza Baumann, “al dolo nunca nadie lo ha visto”, de suerte que la única forma de constatar su presencia es acudiendo a presunciones judiciales. (SCS, 16.05.2005, *RDJ*, t. CII, N° 1, enero-junio 2005, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 395 y ss.; SCS, 24.09.2007, *Gaceta Jurídica* N° 327, pp. 187 y ss.).

En nuestra doctrina, ante la duda sobre la concurrencia de dolo o culpa, se postula, por invocación del principio “*in dubio pro mitius*” (en caso de duda optar por lo menos gravoso), el decidirse por la culpa, a fin de no extender el ámbito del dolo eventual a costa de aquella. (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Santiago, 2003, op. cit., pp. 275 y siguientes).

*Undécimo:* Que los indicios reunidos en la indagación, no reúnen las exigencias establecidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, para arribar a la íntima convicción –exenta de toda duda razonable– de que el acusado, frente a la representación que se supone habría tenido de un resultado lesivo para la vida del occiso y las lesiones sufridas, actuó a todo evento, pasare lo que pasare, aceptando ese evento no buscado, baste para ello, recordar la posición que adopta, la inclinación que dio al arma (24°), que en esa dirección no había personas (que se entiende que disparó al aire), y que los disparos rebotaron, desviando su trayecto e impactando a personas que se encontraban a 84 metros y 73,3 metros, respectivamente, de distancia del lugar hacía el cual dirigió su armamento.

Es conveniente recordar, en este punto que, como puntualiza el profesor Enrique Cury, la aseveración de que el agente haya debido representarse las consecuencias que podían producir ciertas acciones de maltrato físico, implica sostener la previsibilidad del resultado ocurrido, no su auténtica previsión en el caso concreto; esta fundamentación basta para condenar a título de culpa inconsciente, jamás para estructurar el dolo eventual. (*Revista de Ciencias Penales*, T. 27, N° 3, pp. 260 y ss.). En esta dirección dos son los elementos que han de darse –explica José Antonio Sainz Cantero– (*Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, 1990 p. 59) para que estemos ante el dolo eventual: Uno, la representación del resultado típico como probable. Otro,

la aceptación del mismo por el sujeto para el caso que se produzca.

En consecuencia, la decisión más ajustada al mérito de los antecedentes y a una calificación jurídico-penal adecuada a la dificultad de pesquisar procesos internos y reservados del agente, con sus dudas subsecuentes, es la que se recoge en el fallo impugnado.

Que debe tenerse especialmente en cuenta, la disposición del artículo 456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza –sin restricciones– al juez penal, para dictar sentencia absolutoria si no arriba a la plena e íntima convicción de culpabilidad, requerida como supuesto previo –e imposible de sobrepasar arbitrariamente– para emitir una decisión de condena determinada. No cabe duda que tan razonable y garantista principio –“base general y superior a toda demostración jurídica” (Mensaje del Código de Procedimiento Penal)– permite que, en caso de vacilación sobre una específica forma o especie de culpabilidad, el juzgador pueda inclinarse por la que conduce a una respuesta penal menos aflictiva.

*Duodécimo:* Contribuye a desvirtuar la imputación de dolo eventual la circunstancia de no contarse con antecedentes que permitan avalar la posibilidad de que el acusado habría tenido de anticipar mentalmente la consecuencia dañosa de su actuar teniendo en consideración que los afectados no se encontraban en la pasarela hacia donde disparó sino que distantes de ella en una calle lateral, a bastante distancia y que pese a ello hubiera perseverado en su

acción peligrosa, no importándole lo que ocurriera.

Por el contrario, del mérito de la causa aparece que el acusado debió representarse la posibilidad de que su acción que crearía un riesgo para terceros, actuando con negligencia, al creer que con ello nada ocurriría, desatendiendo las condiciones del lugar en que se encontraba.

*Decimotercero:* Que, en consecuencia, el resultado dañoso del actuar del encausado, es decir, la muerte del menor Gutiérrez Reinoso y las lesiones provocada en la persona de Burgos Toledo, son el resultado de la imprudencia temeraria del acusado provocadas por el actuar imprudente del acusado, como lo estableció el fallo impugnado, en cuya dictación no se advierte infracción de ley toda vez que la posición que adopta el hechor, la inclinación que le asigna a la subametralladora (24º) y la trayectoria de los proyectiles, no revelan el deseo de impactar a alguna persona ni la satisfacción de este resultado.

Que, por las consideraciones precedentes y visto lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en el fondo interpuestos por el querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) a fojas 1943, la parte denunciante a fojas 1951 y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a fojas 1961, en contra de la sentencia de siete de mayo de dos mil quince, que rola a fojas 1932, la que en consecuencia, no es nula.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Brito y la abogada integrante señora Etcheberry, quienes fueron del parecer de acoger los recursos de casación en el fondo, por cuanto estimaron que los hechos declarados en el fallo se subsumen terminado tiene una correcta tipificación en el delito de violencias innecesarias, teniendo para ello presente:

1º Que el acusado reconoce haber salido a servicio portando un revolver marca Taurus calibre 38 y una subametralladora UZI, calibre 9x19 mm sin autorización y que se equivocó al dar el número de serie de la misma al momento del retiro de esta, y haber disparado en dos ocasiones en la intersección de la calle lateral oriente de Américo Vespucio con Avenida El Valle, en defensa de los funcionarios que despejaban la avenida Américo Vespucio de las barricadas y fogatas que habían sido instaladas por los manifestantes.

Sin embargo, tal como se estableció en el fallo de primer grado en su considerando sexto "...esta acción la realizó luego que se diseminara gas químico en contra de las personas que se manifestaban, las cuales, en razón de aquello, estaban dispersándose".

2º Que de acuerdo a los hechos demostrados no es posible afirmar que la violencia empleada por el acusado era la que forzosa e inevitablemente debía practicarse, por cuanto previo a su actuar la manifestación se había disipado mediante la activación de gas químico, por lo que no está demostrado que se haya enfrentado a una situación

que efectivamente puso en riesgo su vida o integridad, o la de alguno de sus acompañantes o de un tercero extraño, de manera tal que la acción por él desplegada, es decir, la utilización de la subametralladora UZI, no resulta ser necesaria para las condiciones y circunstancias que acontecían en ese momento y a esa hora de la noche.

3° Que Carabineros de Chile es una institución entrenada profesionalmente para controlar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuestos, lo que en este caso había acontecido, por lo que la utilización de la subametralladora UZI, no era necesaria ni racional para proporcionar defensa a otros funcionarios, toda vez que los manifestantes estaban dispersándose y por ende, deponiendo su actuar, como consecuencia de haberse usado gas químico con ese fin minutos antes de la acción del acusado.

4° Que, en los hechos que declara el fallo recurrido no se aprecia ningún acto que merezca el calificativo de culposo ya que su expertiz y los años de servicio que llevaba en la institución le permitían la posibilidad de anticipar las consecuencias dañosas de su acción, teniendo en consideración que al disparar el arma adoptó una posición determinada, que dio a la subametralladora una inclinación de veinticuatro grados, esto es un ángulo que obliga a descartar que disparó al aire, lo que también

revela la intención de dirigir su acción hacia el lugar en que se encontraban las aludidas personas, esto es a la pasarela donde estaban.

Si bien está acreditado el desvío de los proyectiles producto de haber estos impactado en la parte baja de la pasarela, para luego causar la muerte de Gutiérrez Reinoso y las lesiones a Burgos Toledo, tal circunstancia no disminuye la culpabilidad del funcionario policial, porque su actuación –disparar al grupo de manifestantes– inequívocamente fue desarrollada con voluntad y con la debida, al menos representación y aceptación del resultado lesivo, atendida la ya recordada expertiz en el uso de armas de esa clase.

5° Que, acorde a lo que se ha venido razonando, los hechos típicos, antijurídicos y culpables tenidos por acreditados en este proceso, son configurativos del delito de violencia innecesaria con resultado de muerte en la persona de Manuel Gutiérrez Reinoso y de lesiones de mediana gravedad a Carlos Burgos Toledo, previsto y sancionado en el artículo 330 N°s. 1 y 2 del Código de Justicia Militar, en los cuales le cupo participación de autor a Miguel Milla-cura Cárcamo, toda vez que satisfacen las exigencias precedentemente desarrolladas.

Que, en consecuencia, al calificar el hecho indagado como un cuasidelito de homicidio y como cuasidelito de lesiones menos graves, los sentenciadores infringieron aquella normativa, con influencia sustancial en lo resolutivo de su decisión, lo que, a juicio de estos disidentes, conduce a la anulación de

esta última, en la parte impugnada, razones por la que los disidentes fueron de opinión de acoger la pretensión de nulidad.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante señor Arturo Prado Puga, y de la disidencia, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., los Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Arturo Prado P. y el Auditor General del Ejército Sr. Waldo Martínez C.

Rol N° 7315-2015.