

DOLO EVENTUAL Y DELITOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN (TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN)

JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ*
Universidad Alberto Hurtado

I. HECHOS ACREDITADOS

El segundo considerando del fallo de la Corte Suprema, rol N° 134189-2020 del 17 de febrero de 2021, que comentaré brevemente en estas líneas, transcribe los hechos que se han dado por probados por parte del tribunal inferior. Así, se expresa: “[e]l día 10 de noviembre de 2019, siendo alrededor de las 17:00 horas, se desarrollaba una manifestación pública masiva, en el sector céntrico de Reñaca, en Viña del Mar. En ese contexto, en la intersección de avenidas Ignacio Carrera Pinto y Borgoño, un grupo de manifestantes realizó bloqueos parciales de la calzada, controlando el paso de los vehículos a condición de que una persona (una por cada móvil) previamente descendiera a efectuar bailes o movimientos físicos. Hasta allí llegó John Macarewich Cobin, a bordo de una camioneta marca Mahindra, P. P. U. HB-GF15, la que conducía. El grupo ubicado en el lugar intentó detener su móvil, lo que el acusado evitó acelerando el motor. Sin embargo, unos metros más allá de la referida esquina, por la calle Ignacio Carrera Pinto, se detuvo, extrajo una pistola marca Sig Sauer, serie N° 40806, calibre .40, inscrita a su nombre, sin autorización de porte, con la puerta del conductor del vehículo entreabierta y sin bajarse de la cabina, disparó hacia un grupo de manifestantes, impactando a Luis Villegas Ahumada, provocándole una herida por proyectil de arma de fuego en muslo izquierdo de carácter grave, que tarda en sanar dos a tres meses con similar tiempo de incapacidad laboral... Hecho lo anterior, John Macarewich Cobin reanudó la marcha del móvil por la misma vía, para volver a detenerse a aproximadamente cien metros más allá, esta vez descendiendo del vehículo, para realizar dos disparos, uno de ellos dirigido al vehículo marca Hyundai, P. P. U. RR7385, conducido por Daniel Molina Meza y en el que también viajaba Nieves Pinto Campos, impacto que alcanzó el móvil señalado en su parte delantera izquierda, resultando ambos ocupantes ilesos... Luego de lo anterior, John Macarewich Cobin, volvió a subirse a la camioneta marca Mahindra singularizada, reanudó

* Profesor de Derecho Penal. Correo electrónico: jmodelell@uahurtado.cl.

su marcha, disparando simultáneamente, por cuarta vez, el arma de fuego, esta vez en dirección hacia la playa [sic]”.

II. DOLO COMO CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD

La sentencia de la Corte Suprema sostuvo la incompatibilidad entre el dolo eventual y el delito de imperfecta realización (tentativa y frustración, según la terminología del Código Penal)¹. Argumenta la Corte que el Tribunal de Juicio Oral acreditó el dolo directo, necesario para el castigo de la tentativa según aquella, mediante argumentos propios del dolo eventual. Independientemente de si el Tribunal inferior fundamentó correctamente la concurrencia del dolo directo, el núcleo de la sentencia de la Corte Suprema radica precisamente en la necesidad del llamado dolo directo para el castigo de un delito imperfecto. Al ratificar esta línea interpretativa, el máximo Tribunal parte de la clásica distinción entre el dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual. A su vez, en varios considerandos del fallo analizado se evidencia que la Segunda Sala de la Corte Suprema entiende el dolo como un elemento psicológico conformado por el “conocimiento” y la “voluntad (querer)”, de los intervinientes en el delito, sobre los hechos típicos. En este sentido, la sentencia comentada utiliza, entre otras, expresiones como las siguientes: “[...] ha declarado esta Corte, reconociendo que los *elementos antes mencionados del dolo –cognitivo y volitivo–* deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio [...]” (considerando decimosexto, cursivas mías); “[...] al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con *intención o propósito de lograr la consumación del ilícito...* (considerando décimo octavo, cursivas mías); “[...] Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una *voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal [...]*” (considerando decimoctavo, cursivas mías); “[...] lo que descarta la existencia de *intencionalidad* en el actuar del referido encartado [...]” (considerando vigésimo segundo, cursivas mías)². Sin embargo, es en el considerando décimo noveno de la sentencia donde la Corte confirma de forma elocuente que, según su interpretación, el dolo implica *conocer y querer* los hechos: “[...] siempre es

¹ Sobre el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de este tópico en Chile ver LONDOÑO, Fernando, “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLIII, N° 3 (2016), pp. 101 y ss.

² Como bien se afirma, la “intención” equivale psicológicamente a “querer”. Por todos, COBO, Manuel; VIVES, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch (1999), p. 631.

oportuno citar a Carrara, quien ya a mediados del siglo XIX sostenía que en la tentativa no es admisible otro dolo que el directo o determinado. Explicaba que el sujeto debe dirigir con explícita voluntad el acto externo hacia el resultado criminoso. Debemos estar seguros –decía el maestro– de que quería matar y no sólo herir, cuando en realidad hirió y no mató [...] Entre los autores italianos contemporáneos puede citarse a Fiandaca y Musco, quienes apuntan que la tesis según la cual la tentativa y el dolo eventual son incompatibles, además de ser sostenida por la doctrina mayoritaria, ha ido afirmándose cada vez más en la jurisprudencia reciente. Por requerirse voluntad ‘intencional’ es forzoso excluir la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual [...] Las reflexiones precedentes, provenientes tanto del pensamiento penal del siglo XIX como representativas de la dogmática actual, son sin duda transmisibles a la estructura de nuestro criollo delito frustrado, etapa del *iter criminis* que es desconocida en la mayoría de los códigos penales modernos”.

Llama poderosamente la atención que esta forma de entender el contenido del dolo contradice abiertamente una sentencia no muy lejana de la propia Segunda Sala de la Corte Suprema, que concibió el dolo como puro conocimiento de los hechos descritos en el supuesto legal. Así, sostuvo en sentencia del 18 de octubre 2018 (rol N° 19053-18), lo siguiente: “[...] el dolo ha de ser concebido sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo, es decir, ya no se trata de un conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento’ [sic] (Ragués i Valles, Ramón, ‘Consideraciones sobre la prueba del dolo’, *Revista de Estudios de la Justicia* - N° 4 - Año 2004, pp. 13). La conceptualización reseñada adquiere importancia en la perspectiva de la prueba del conocimiento que tenía el sujeto de ciertas y determinadas circunstancias que configuran el ilícito por el que se le encausa, es decir, se trata de verificar la ocurrencia de hechos que en su conjunto conduzcan a establecer el conocimiento y no la voluntad o aspecto subjetivo” (considerando decimotercero)³.

III. DOLO EVENTUAL: “ACEPTACIÓN” COMO “QUERER”

Dado que la Corte Suprema vuelve a concebir el dolo como conocer y querer los hechos, surge la cuestión sobre la definición del dolo eventual partiendo de

³ Por cierto, sorprende que en el considerando decimosexto de la sentencia comentada en estas líneas, la Corte Suprema cite la obra de Ragués en lo relativo a la prueba del dolo, obviando el concepto de dicho elemento subjetivo del cual parte el mencionado autor.

dichas premisas⁴. Como es conocido, de la mencionada forma de entender los elementos del dolo (conocimiento y voluntad) se desprende la llamada *teoría del consentimiento*, según la cual habrá dolo eventual cuando el agente se representa el hecho posible y acepta de antemano su ocurrencia (que no necesariamente sucederá)⁵. En este caso, la aceptación del hecho posible representa el correlativo del “querer” propio del dolo⁶. La teoría del consentimiento acude a la fórmula hipotética de v. Hippel que expresa: “¿[c]ómo se habría comportado el autor, si hubiese sabido con seguridad que con el resultado perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado [...] existe *dolus eventualis*; en caso contrario, imprudencia consciente”⁷. Esa aceptación del hecho eventual ha sido catalogada por la doctrina como “desprecio hacia el bien jurídico”, en el sentido de que ante la hipotética realización de la lesión del bien jurídico el autor no la evitaría⁸. Sin embargo, resulta obvio que el “desprecio hacia el bien jurídico” pudo haber fallado. Dicho de otra manera, el suceso previsto por el autor, y cuya eventual ocurrencia previamente acepta, podría no llegar a realizarse realmente. En efecto, no hay que olvidar que lo “eventual” en el denominado “dolo eventual” es precisamente el hecho representado más que el dolo como tal⁹. En razón de ese carácter contingente, el hecho podría no ocurrir¹⁰. Piénsese en el caso de los conductores de autos que hacen una “carrera suicida”, acordando de antemano no detenerse en los semáforos con señal roja que autoriza el paso de peatones, sin importarles el arrollamiento de estos, hecho fatal que no sucede porque ninguna persona atra-

⁴ Considero que el análisis de la sentencia de la Corte Suprema debe hacerse admitiendo su punto de partida: que el dolo es un elemento psicológico conformado por el conocimiento y voluntad de los hechos descritos en el tipo. Si dicho concepto de dolo es o no válido desde un punto de vista dogmático en modo alguno será objeto de este breve comentario.

⁵ MODOLELL, Juan Luis, *Derecho penal. Teoría del delito*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (2014), p. 98.

⁶ En este sentido, GIMBERNAT, Enrique, “Acerca del dolo eventual” en, del mismo autor, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Tecnos (1990), p. 251. No es casual que la primera acepción del verbo “aceptar” que da el Diccionario de la RAE es la siguiente: “Recibir *voluntariamente* o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga” (cursivas mías).

⁷ GIMBERNAT, ob. cit., p. 246. Dicha teoría “va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido” (GIMBERNAT, ob. cit., p. 251).

⁸ MODOLELL, ob. cit., p. 99.

⁹ Así, MODOLELL, ob. cit., pp. 98; 101 y ss.

¹⁰ La RAE define el adjetivo “eventual” como aquello “sujeto a cualquier evento o contingencia”.

viesa la calle en el preciso momento del paso de los vehículos, o bien porque lo hicieron segundos después de los autos referidos.

IV. IMPUNIDAD DEL DELITO IMPERFECTO CON DOLO EVENTUAL

La discusión central sobre la sentencia comentada sería entonces si el hecho ejecutado con dolo eventual (entendido de la forma descrita) sin resultado producido, quedaría impune o pudiera castigarse a título de tentativa o frustración. La respuesta del fallo comentado es diáfana. Así, aparte del mencionado considerando decimonoveno, se expresa: “[h]asta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo, por ende, el dolo eventual. Al respecto, puede citarse a los autores Labatut, Etcheberry y Cury, sin perjuicio de reconocer la existencia de pareceres discrepantes, como ocurre entre nosotros con los profesores Novoa y Garrido Montt. *Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido*” (considerando décimo octavo, cursivas mías). Igualmente, se afirma: “[q]ue de lo antes expuesto y razonado es posible colegir que no obstante que los juzgadores de la instancia fundamentaron de manera aparente la construcción del elemento subjetivo del tipo penal del homicidio declarando la existencia de dolo directo, *aparece como evidente que sus razonamientos discurren sobre la base del dolo eventual, el cual –como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte– es de suyo incompatible con etapas de desarrollo imperfecto del delito de homicidio*, llevando razón el recurrente porque las acciones que conformaron los dos primeros hechos atribuidos al acusado, por no estar acreditado el dolo directo del autor, no debieron calificarse como constitutivos de los ilícitos de homicidio en grado de frustrado y de tentativa, respectivamente, *iter criminis* con los que otra forma de dolo no es compatible, configurándose, en cambio, respecto del primero de los hechos atribuidos al encartado el delito de lesiones graves propiamente tales, contemplado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal” (considerando vigésimo segundo, cursivas mías).

En consecuencia, según la tesis de la Corte Suprema el castigo de un delito ejecutado con dolo eventual dependería (parafraseando a Welzel y su justificación para ubicar el dolo en el tipo) de que el disparo “dé o no en el blanco”. Dicha forma de dolo únicamente se castigaría en caso de que el delito llegara a consumarse. Como esta solución pareciera insostenible desde un punto de vista lógico, un sector de la doctrina penal sostiene la compatibilidad de la

forma clásica de entender el dolo eventual (conocimiento y aceptación del posible hecho) con el delito imperfecto¹¹. En casos semejantes los problemas pudieran ser de naturaleza probatoria, en el sentido de determinar cuál fue el hecho eventual no sucedido pero aceptado previamente por el autor. Sin embargo, se trata de dos figuras perfectamente compatibles. En este sentido, expresa el voto disidente del Ministro Haroldo Brito y el abogado integrante Diego Munita: “[...] Conviene recordar que el dolo de la tentativa es el mismo dolo de la consumación, como quiera que la tentativa no es un delito en sí mismo, sino forma imperfecta de un delito determinado, un tipo dependiente de otro autónomo, que yace en la Parte especial. En consecuencia, si el hecho, en su forma consumada, requiere dolo directo o algún elemento subjetivo de lo injusto, la tentativa (y, con mayor razón, también el delito frustrado) tendrá que ser emprendida por el autor con los mismos dolo y finalidad o tendencia interna” (quinta consideración).

V. ¿DOLO EVENTUAL COMO CATEGORÍA SUBJETIVA DISTINTA AL DOLO?

La conclusión a que arriba la Corte Suprema en la decisión estudiada podría basarse en la creencia de que el dolo eventual, en su sentido tradicional, no es realmente una especie de dolo¹², o constituye una modalidad subjetiva menos grave que el dolo directo¹³. Como afirmé antes, pareciera pasarse por alto que en el dolo eventual, lo “eventual” es el hecho, por ejemplo el resultado en un delito de resultado, no el dolo como tal: la *aceptación* de la ocurrencia de aquel es igual a la *voluntad* que lo persigue directamente. En tal sentido, podría afirmarse que la diferencia entre el dolo directo y el eventual, en el

¹¹ Por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch (2015), pp. 451 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch (2016), pp. 242-82. En Chile, por ejemplo, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), tomo II, p. 352.

¹² Como bien expresa Londoño, las opiniones sobre el dolo eventual giran en torno a aceptarlo “como categoría de imputación con plena “carta de ciudadanía” junto al dolo directo” (ob. cit., p. 97).

¹³ En este sentido, considera Bustos Ramírez que el dolo eventual constituye un grado menor en el aspecto subjetivo del delito doloso, una especie de “culpa con un elemento subjetivo del injusto” (*Manual de Derecho Penal. Parte general*, con la colaboración de Hernán Hormazábal, Barcelona: PPU (1994), p. 291; “Política Criminal y dolo eventual” en, del mismo autor, *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU (1987), pp. 253 y ss.). Sobre la crítica a esta opinión de Bustos, MODOLELL, ob. cit., pp. 100 y ss.

sentido tradicional de este, se basa fundamentalmente en la probabilidad de la realización del hecho representado y *aceptado* por el autor¹⁴. Por otro lado, la Corte Suprema igualmente pudiera ser presa de la confusión entre el dolo eventual y la culpa consciente, que le conduciría a razonar de la siguiente manera: dado que la imprudencia (consciente o inconsciente) no es punible en grado de tentativa, lo “lógico” sería que tampoco lo fuese cuando dicho intento se ejecuta con dolo eventual.

Desde mi punto de vista, si la Corte Suprema hubiese sido consecuente con el concepto de dolo como conocimiento, sostenido en la sentencia de 2018 citada *supra*, no debería haber dudado en admitir la posibilidad del delito imperfecto con un dolo de eventual resultado, ya que el análisis subjetivo se circunscribiría a la simple representación del riesgo, sin necesidad de la descrita “aceptación” de la lesión del bien jurídico¹⁵. Pero, en todo caso, aun dentro de una visión tradicional del dolo como conocimiento y voluntad es perfectamente admisible la posibilidad de un dolo eventual en un delito imperfecto (tentado o frustrado).

VI. LA EXPRESIÓN “HECHOS DIRECTOS” (ARTÍCULO 7º DEL CÓDIGO PENAL)

Adicionalmente, en la conclusión sobre la incompatibilidad entre el dolo eventual y el delito imperfecto sostenida por la Corte Suprema, pareciera influir igualmente la interpretación que ella hace del artículo 7º del Código Penal. Al respecto, en el citado considerando décimo octavo de la comentada sentencia se afirma: “según constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, tanto el delito frustrado como la tentativa, requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del *iter criminis* no se diferencia en nada –en el plano subjetivo– de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración... Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido”.

¹⁴ En este sentido, MODOLELL, ob. cit., p. 102.

¹⁵ Igualmente, si se piensa en una “creencia predictiva cuya adscripción pueda dar lugar a una imputación a título de dolo eventual” de los delitos consumado y tentado (MAÑALICH, Juan Pablo, “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2 (2017), p. 484).

Según esto, la frase del artículo 7° del Código Penal que consagra la concurrencia de la tentativa “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por *hechos directos*”, implica a su vez un dolo directo en el autor. Desde mi punto de vista, la sentencia confunde los aspectos objetivo y subjetivo del tipo de imperfecta realización. En efecto, si bien el comienzo de ejecución implica actos directos con relación al tipo delictivo, con dicha expresión se hace alusión a la inmediatez, requisito objetivo esencial para determinar el comienzo de ejecución del delito¹⁶.

La anterior opinión pareciera adoptarse en el voto disidente suscrito por el Ministro Haroldo Brito y el Abogado Integrante Diego Munita, el cual expresa: “La clave del problema está en la inteligencia del período “*hechos directos*”, del artículo 7° del Código penal. Obsérvese que el texto no reza “*acciones directas*”, eventualidad en que la fórmula denotaría una mira u objetivo en el autor (lo cual, empero, tampoco sería sinónimo de dolo directo, como enseña Zaffaroni). La ley pide dirección en los hechos, esto es, que las acciones externas del agente, los medios de ejecución empleados y el objeto material vayan o estén dispuestos en el sentido de consumir un delito; en otras palabras, que sean idóneos para el efecto, según razona Jorge Mera Figueroa (Código Penal Comentado, Parte general, obra dirigida por Jaime Couso y Héctor Hernández, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pág. 159). Siendo así, se comprende que un grupo apreciable de penalistas chilenos –Eduardo Novoa Monreal, Mario Garrido Montt, Jaime Náquira Riveros, Sergio Politoff Lifschitz, Juan Enrique Vargas Viancos, entre otros– consideren factible el dolo eventual en el delito imperfecto, sea en general, sea en ciertos supuestos...” (sexta consideración)¹⁷.

En cuanto al tipo de frustración, la ley exige que el delincuente ponga “de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume”. Este requisito debe interpretarse en el sentido de que el interviniente en el delito culmina todos los actos necesarios para la consumación del delito o crimen, pero esta no se realiza por algo ajeno a él. No obstante, ¿significa la expresión “hacer todo lo necesario” que el autor persiga “directamente” la consumación del hecho punible? En absoluto, basta que el autor cese su actividad y deje el eventual resultado en manos del azar. Por lo tanto, la frase “hacer todo lo necesario” también traduce un elemento de naturaleza objetiva.

¹⁶ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, traducción de la undécima edición alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1993), p. 224; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, traducción y notas de Diego Luzón, Javier de Vicente, Miguel Díaz y José Manuel Paredes, Madrid: Civitas (2014), tomo II, p. 466-102; MODOLELL, ob. cit., pp. 160 y ss.

¹⁷ Sobre los variados usos de la expresión “*hechos directos*” consagrada en el referido artículo 7° del Código Penal ver LONDOÑO, ob. cit., pp. 121 y ss.

VII. EL DOLO EN EL DELITO CONSUMADO, TENTADO Y FRUSTRADO

Igualmente, vale la pena hacer una breve alusión a la segunda parte del referido considerando décimo octavo del fallo analizado, según la cual el dolo de la tentativa y de la frustración es similar. Al respecto, el dolo (como “conocer” y “querer”) en la tentativa requiere que el autor conozca y quiera lo que hasta ese momento ha realizado y, adicionalmente, la voluntad de continuar el hecho hasta su consumación¹⁸. Pero esta afirmación en modo alguno implica que el dolo deba ser “directo”, ya que basta la aceptación de la consumación posible mas no segura. Por lo tanto, en la tentativa propiamente dicha (tentativa inacabada) lo único “directo” sería la decisión de continuar el hecho hasta su consumación, pero esta última podría ser eventual, en el sentido de que no necesariamente ocurrirá.

Por su parte, el dolo en el delito frustrado es totalmente igual al del tipo consumado de resultado¹⁹. Pareciera obvio que, desde el punto subjetivo, no haya diferencia alguna si el autor dispara y acierta, o si yerra su objetivo. La única discrepancia radica precisamente en la ocurrencia o no del resultado. En efecto, al haber cesado el autor la ejecución del delito haciendo todo lo necesario para su consumación, el resultado material dependerá totalmente del azar, por lo tanto el dolo termina con la culminación de la conducta. Y ello obviamente no varía en el tipo consumado de resultado material. Recuérdese que la frustración solo cabe en delitos de esta clase, es decir, en aquellos que requieren para su perfeccionamiento un hecho distinto a la propia conducta del autor cuya realización no se confunde con esta, delitos donde la consumación se realizará por sí sola una vez que la actividad del autor haya concluido²⁰. Este mismo razonamiento cabe con relación al dolo eventual, el cual en modo alguno cambia en función de que el azaroso resultado llegue o no a producirse. También el dolo eventual termina con la cesación de todos los actos necesarios para la consumación, de allí la insostenible impunidad de un delito frustrado ejecutado con dicho elemento

¹⁸ MODOLELL, ob. cit., p. 162. En el mismo sentido, COBO; VIVES, ob. cit., pp. 727 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez y Vicente Valiente, Barcelona: Reppertor (2015), p. 363-76; POLITOFF, Sergio, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 150 y ss.

¹⁹ MODOLELL, ob. cit., p. 163; MIR PUIG, ob. cit., pp. 363 y ss. 77.

²⁰ Al respecto, por todos, MODOLELL, ob. cit., p. 163; CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2011), p. 565; VARGAS, Tatiana, *Manual de Derecho penal práctico*, Santiago: AbeledoPerrot-Thomson Reuters (2011), p. 290; MERA, Jorge, “Comentario al artículo 7º”, en Couso, Jaime; Hernández, Héctor (dirs.), *Código penal comentado*, Santiago: AbeledoPerrot-UDP (2011), tomo I, p. 161.

subjetivo. Precisamente, es en este supuesto donde se aprecia con mayor claridad la compatibilidad entre el delito imperfecto y el dolo eventual. En consecuencia, resulta cuesta arriba explicar que un delito frustrado requiera necesariamente dolo directo para su castigo, pero no así el delito consumado, el cual admitiría el dolo eventual.

Acudiendo nuevamente a la agudeza de Hans Welzel, aunque en un contexto diferente, podemos concluir que en modo alguno el dolo eventual concurre (y se castiga) según el tiro acierte o no en la diana.

I. CORTE SUPREMA DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Homicidio simple frustrado y tentado, y disparo injustificado de arma de fuego. I. Elementos del dolo deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio. Conclusión de que el hechor obró con dolo homicida al perpetrar las agresiones, no permite por sí sola tener por configurados los delitos que se le atribuyen. II. Tanto el delito frustrado como la tentativa requieren dolo directo en el agente. Fases imperfectas de ejecución del delito excluye el dolo eventual. III. Argumentos considerados por los sentenciadores descartan la existencia de un dolo directo y reafirman la concurrencia de uno de carácter eventual. Improcedencia de calificar los ilícitos como constitutivos de los ilícitos de homicidio en grado de frustrado y de tentativa si no se acredita el dolo directo del autor. Recalificación de los delitos como lesiones graves propiamente tales y delito de daños. IV. Determinación de la pena

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos de homicidio simple frustrado y tentado, y disparo injustificado de arma de fuego. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte Suprema acoge parcialmente el recurso de nulidad penal deducido y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

Tipo: Recurso de Nulidad (Acogido)

Tribunal: Corte Suprema

Rol: 134189-2020, de 17 de febrero de 2021

Partes: Ministerio Público con John Macarewich Cobin

Ministros: Sr. Haroldo Brito C., Sr. Leopoldo Llanos S., Sr. Juan Manuel Muñoz P. y Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sra. María Cristina Gajardo H.

DOCTRINA

1. *Definir si en una determinada conducta el agente obra o no conociendo y queriendo el resultado derivado de su acción u omisión, como paso previo a calificar la misma conducta como dolosa, culposa, o carente de culpabilidad –en conjunto a los demás aspectos volitivos que es necesario considerar para zanjar tal cuestión–, constituye un asunto de hecho que deben resolver los sentenciadores conforme a la valoración que realicen soberanamente de la prueba en el juicio. Así ha declarado el Máximo Tribunal, reconociendo que los elementos antes mencionados del dolo –cognitivo y volitivo– deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio, 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 –Ragués i Vallés–. En la especie los sentenciadores llevaron adelante el reseñado “juicio de inferencia” a partir de las diversas circunstancias de hecho que fueron fijando y concatenando sucesivamente y que pasaron a conformar un cúmulo de prueba indiciaria o circunstancial que condujo a dicho juicio, esto es, que el acusado realizó una acción idónea para provocar la muerte de las víctimas “revestida de una intencionalidad homicida”. Empero, la conclusión de que el hechor obró con dolo homicida al perpetrar las agresiones, no permite por sí sola tener por configurados los delitos que se le atribuyen (considerandos 16º y 17º de la sentencia de nulidad).*
2. *Respecto al reproche sobre la ausencia de dolo directo en el obrar del acusado, debe tenerse presente que según constante jurisprudencia de la Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, tanto el delito frustrado como la tentativa –grados de desarrollo alcanzados, según el fallo, por los ilícitos de homicidio atribuidos al acusado– requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del iter criminis no se diferencia en nada –en el plano subjetivo– de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, sólo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración. Hasta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo,*

por ende, el dolo eventual. Al respecto, puede citarse a los autores Labatut, Etcheberry y Cury, sin perjuicio de reconocer la existencia de pareceres discrepantes, como ocurre entre nosotros con los profesores Novoa y Garrido Montt. Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido (considerando 18° de la sentencia de nulidad)

3. *Los argumentos tenidos en consideración por los sentenciadores del grado para establecer la concurrencia del dolo directo en el obrar del acusado –esto es, que el hechor no sólo se representó el resultado de muerte al disparar en contra de los ofendidos, sino que además quiso su materialización–, son contradictorios con tal hipótesis, toda vez los mismos dan cuenta de aseveraciones que son propias de una conducta diversa de aquella que se pretendió configurar. Al efecto, y a modo de ilustración, cuando se alude a la “utilización de un arma de fuego”, se pone énfasis en que su uso “conlleva necesariamente un peligro altísimo”, y que “Un disparo con un arma de fuego, en posición de frente a otro sujeto, resulta ser un comportamiento idóneo, con altísima probabilidad, para alcanzar con un proyectil la caja torácica de un tercero, alguna arteria principal o su cabeza y con ello lesionar algún órgano vital que le cause la muerte”, dando cuenta con ello que el encartado debió a los menos representarse que el uso de un arma de fuego a corta distancia podía ocasionar la muerte del ofendido L.A.V., fundamento que por cierto es propio de un obrar con dolo indirecto. A la misma conclusión es posible arribar cuando se argumenta que “No se trataba de un principiante o un neófito en el temas de las armas, sino de una persona que tenía una vasta relación con las mismas. Por lo tanto, no parece posible ni probable que el acusado ignorase que el arma de fuego que tenía en sus manos, ya por sí muy peligrosa por su propia naturaleza, ésta lo fuese especialmente más debido a su alto calibre”, o cuando se sostiene –a propósito de haber disparado contra una masa densa de personas– que: “El disparar directamente a estos grupos, implicaba la posibilidad cierta de hacerle blanco a alguna persona. La alta densidad de personas implica mayor probabilidad de acertar en un tiro, ya que si no se acierta directamente en el blanco, podrá impactarse a alguien cercano o puesto en la línea de fuego”, argumentos todos que descartan la existencia de un dolo directo y reafirman la concurrencia en la especie de uno de carácter eventual. Luego, no obstante que los juzgadores de la instancia fundamentaron de manera aparente la construcción del elemento subjetivo del tipo penal del homicidio declarando la existencia de dolo directo, aparece como evidente que sus razonamientos discurren sobre la base del*

dolo eventual, el cual es de suyo incompatible con etapas de desarrollo imperfecto del delito de homicidio, llevando razón el recurrente porque las acciones que conformaron los dos primeros hechos atribuidos al acusado, por no estar acreditado el dolo directo del autor, no debieron calificarse como constitutivos de los ilícitos de homicidio en grado de frustrado y de tentativa, respectivamente, iter criminis con los que otra forma de dolo no es compatible, configurándose, en cambio, respecto del primero de los hechos atribuidos al encartado el delito de lesiones graves propiamente tales, contemplado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal (considerandos 21° y 22° de la sentencia de nulidad) Respecto del segundo hecho atribuido al acusado y que es materia del presente recurso –delito de homicidio, en grado de tentativa, en contra de D.M.M.–, es preciso señalar que la propia sentencia impugnada, estableció que luego que el imputado disparó e hirió a la víctima L.A.V., continuó su marcha en su vehículo, deteniéndose unos metros más adelante, descendiendo y disparando nuevamente, impactando, finalmente al vehículo Hyundai conducido por M.M. Ahora bien, es un hecho no discutido que, como consecuencia de este último disparo, el automóvil Hyundai sufrió daños, los que –de acuerdo a máximas de experiencia– exceden de cuatro unidades tributarias mensuales y no sobrepasan de cuarenta unidades de la misma naturaleza. Asimismo, es también un hecho del proceso que la conducta desplegada por el acusado tuvo lugar en una avenida de la ciudad de Viña del Mar, esto es, en un bien nacional de uso público. Desde un punto de vista subjetivo, y al igual que en el delito de lesiones graves, concurre dolo eventual por parte del encausado. Así las cosas, tal hecho debe ser calificado jurídicamente como el delito de daños previsto y sancionado en el primer inciso del artículo 487 del Código Penal, que estatuye: “Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, serán penados con reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales” (considerando 23° de la sentencia de nulidad)

4. *Los yerros constatados tienen influencia sustancial en lo dispositivo del fallo desde que el acusado fue condenado a cumplir por su responsabilidad en el Hecho N° I, a sufrir una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito de homicidio simple frustrado, en la persona de L.A.V., en circunstancias que la pena prevista para el delito de lesiones simplemente graves, calificación que correspondía tal hipótesis fáctica, es la de presidio menor en su grado medio. En lo tocante al segundo de los ilícitos atribuidos, y al no haberse acreditado la existencia de una actuación dolosa o culposa atribuible al acusado, el mismo debió ser absuelto. Así, la correcta aplicación de las normas antes estudiadas hubiese llevado a imponerle sólo*

una pena de presidio menor en su grado medio, como autor de los delitos de lesiones simplemente graves –respecto del primer hecho– y por el segundo ilícito que le fuere atribuido, la de reclusión menor en su grado mínimo, lo que pone en se evidencia el agravio causado al acusado con el yerro en comento (considerando 24° de la sentencia de nulidad)

Cita online: CL/JUR/31296/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 391, 397, 399, 487 del Código Penal; 297, 342, 373, 374 del Código Procesal Penal.