

DOLO EVENTUAL EN DELITOS NO CONSUMADOS: ¿QUÉ PROPONE LA CORTE SUPREMA CHILENA EN EL “CASO CATRILLANCA” Y EL “CASO DE LOS DISPAROS EN REÑACA”?

SCS ROL N° 16945-2021 SCS ROL N° 134189-2020

CRISTÓBAL IZQUIERDO SÁNCHEZ¹

RESUMEN: lo resuelto por la Corte Suprema en los emblemáticos casos de “Reñaca” y “Catrillanca” revela una importante divergencia doctrinaria y jurisprudencial sobre la compatibilidad entre los delitos no consumados y el dolo eventual. Mientras que en el primer fallo se descarta la punibilidad general del homicidio frustrado y tentado cometidos con dolo eventual, con base en una falaz interpretación del artículo 7° inciso 3° del Código penal, en el segundo se afirma la compatibilidad entre dolo eventual y delitos de imperfecta ejecución, con una solución que, pese a ser acertada, carece de argumentos convincentes.

PALABRAS CLAVE: dolo eventual, dolo directo, delitos no consumados, tentativa, frustración.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Descripción inicial del “Caso Reñaca” 3. Descripción inicial del “Caso Catrillanca” 4. Comentario a las sentencias que resolvieron el “Caso Reñaca” y el “Caso Catrillanca” 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con una diferencia cronológica algo inferior a tres meses, la Corte Suprema chilena (CS, en adelante) resolvió de modo contradictorio dos casos que alcanzaron una importante notoriedad pública y que serán comentados: el “Caso Reñaca” y el “Caso Catrillanca”. A pesar de que ambos casos tuvieron impacto mediático, la opinión pública no parece haberse hecho cargo de la importante divergencia

¹ Profesor de Derecho Penal Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. cristobal.izquierdo@uc.cl

doctrinaria y jurisprudencial que respalda uno y otro fallo. Simplificada al máximo, la divergencia mencionada radica en que la CS, al conocer del “Caso Reñaca”, descartó la punibilidad general del homicidio frustrado y tentado cometidos con dolo eventual, por considerar que los delitos dolosos no consumados requieren necesariamente de dolo directo según dispone el artículo 7° inciso 3° del Código penal al requerir “hechos directos” tanto para la tentativa, como la frustración. No obstante lo anterior, pocas semanas después la misma corte sostuvo, al conocer ahora del “Caso Catri llanca”, que se ajustaba a nuestro derecho –nuevamente aludiendo al artículo 7° inciso 3° del Código Penal (CP, en adelante) y su requisito de “hechos directos”– que el autor fuera condenado por un delito de homicidio frustrado cometido con dolo eventual.

2. DESCRIPCIÓN INICIAL DEL “CASO REÑACA”

El “Caso Reñaca” se refiere a los hechos juzgados por la sentencia de la Corte Suprema el 17 de febrero de 2021 (causa Rol N° 134189-2020) que resolvió un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado de iniciales J.M.C. El fallo de la CS acogió parcialmente la nulidad por decisión de la mayoría de los ministros que conocieron del recurso y anuló la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TJOP, en adelante) de Viña del Mar en lo que dice relación con las condenas de J.M.C. como autor de un homicidio frustrado y de un homicidio tentado². En la sentencia de reemplazo, la corte decidió no condenar a J.M.C. como autor de los delitos recién mencionados, sino como autor de los delitos consumados de lesiones corporales simplemente graves y de daños simples. El motivo fundamental por el que la CS descartó las condenas del TJOP descansa en la influyente y bien demarcada línea jurisprudencial y doctrinal que sostiene la insuficiencia del dolo eventual como elemento subjetivo que permita condenar por delitos de imperfecta ejecución, sea en sus variantes de tentativa o frustración. Se observa este criterio judicial en el considerando 18 de la sentencia, donde la CS señaló:

² La CS no alteró la condena del TJOP de Viña del Mar a J.M.C. como autor del delito (consumado) de disparo injustificado de un arma de fuego.

“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, solo 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”³.

¿Dónde encontró la CS el fundamento para supeditar la punibilidad de la tentativa y la frustración a la constatación del dolo directo? En el artículo 7° inciso 3° del Código penal que define tanto la tentativa, como la frustración requiriendo para la primera que el autor inicie o dé “principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”. La CS viene a decir que las expresiones legales “hechos directos” no son otra cosa que conductas subjetivamente encaminadas a la consecución de una finalidad delictiva, esto es, acciones intencionalmente destinadas a cometer un determinado delito (dolo directo). El siguiente paso argumental consiste en sostener la ausencia de diferencias subjetivas entre la tentativa y la frustración (tienen en común el dolo de consumir) de modo tal que todo delito no consumado doloso requiere siempre y necesariamente el dolo directo. Así se lee en el considerando 18°: respecto 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”.

Los hechos que interesa conocer en el fallo que resolvió el “Caso Reñaca” se encuentran en el considerando 2° de la sentencia de nulidad:

“el 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 descen-

³ Fallos de la Corte Suprema en la misma línea: sentencia de 24 de septiembre de 2007, causa Rol N° 1.719-2007 y sentencia de 24 de octubre de 2012, causa Rol N° 6.613-2012.

diera a efectuar bailes o movimientos físicos. Hasta allí llegó (J.M.C.), a bordo de una camioneta (...), 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 (L.V.A.), 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, (J.M.C.) 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 (...) conducido por (D.M.A.) y en el que también viajaba (N.P.C.), impacto que alcanzó el móvil señalado en su parte delantera izquierda, resultando ambos ocupantes ilesos”.

El fallo de la CS en el “Caso Reñaca” no propuso argumentos sobre el motivo por el que el dolo directo, y solo él, constituye el elemento subjetivo imprescindible para la tentativa y frustración punibles. Podría decirse que ese esfuerzo explicativo no fue considerado necesario debido a la fuerza del criterio jurisprudencial nacional que requiere dolo directo para todo delito doloso de imperfecta ejecución. Como expresan acertadamente Olave y Mañalich, la corte se limitó a verificar si acaso concurría o no en el caso el “ingrediente subjetivo” (dolo directo)⁴ que ella entiende como factor imprescindible de la tentativa y la frustración punibles como tales. Según este modo de proceder, la sola constatación de que el autor había realizado con dolo eventual los homicidios (frustrado y tentado) que el TJOP de Viña del Mar atribuyó al condenado, llevaron a la CS a negar ambos delitos y apreciar delitos de lesiones.

⁴ MAÑALICH, Juan Pablo y OLAVE, Alejandra (2021): “Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena”, *Revista Discusiones*, vol. 27: p. 172.

3, DESCRIPCIÓN INICIAL DEL “CASO CATRILLANCA”

El 5 de mayo de 2021 la CS⁵ rechazó el recurso de nulidad que buscaba impugnar la sentencia del TJOP de Angol⁶ que resolvió el “Caso Catrillanca”. Los hechos realizados contra la víctima que resultó muerta, y que da nombre al caso, son los mismos que interesa aquí analizar, solo que se refieren a otra víctima, el menor de edad de iniciales M.A.P.C. quien, junto a Catrillanca, se encontraba en el tractor contra el cual disparó repetidamente el condenado A.M. Tales disparos fueron calificados por el TJOP de Angol como hechos constitutivos de un delito de homicidio simple frustrado realizado con dolo eventual. La CS, al rechazar el recurso, hizo suyo el criterio aplicado por el TJOP según el cual el dolo eventual constituye un elemento subjetivo suficiente para la punibilidad de delitos dolosos no consumados (tentados y frustrados). Los hechos probados fundamentales que la CS y el TJOP de Angol tuvieron en cuenta para dictar sus respectivos fallos se encuentran en el considerando trigésimo de la sentencia de la CS:

“que, como se expresó *ut supra*, la motivación trigésimo octava asentó que Alarcón Molina “se trataba de un funcionario de Carabineros y que además tiene la calidad de especialista por la función que cumple la unidad en la cual prestaba sus servicios, Grupo de Operaciones Especiales, por lo que se trata de una persona habituada al manejo de armas de fuego y que conoce que solo debe utilizarla en casos determinados”, quien “disparó a lo menos 7 veces, según se pudo establecer por los peritos balísticos que analizaron las vainillas encontradas en el lugar, las que compararon con las marcas que dejaba su arma en las vainillas cuando se dispara, demuestra una clara intención en el uso del arma de fuego”, teniendo “perfecta conciencia que el dirigir su arma y disparar hacia el tractor donde se encontraban dos personas podía causarles la muerte, esto por el medio que decidió utilizar para su fin y la cantidad de veces que disparó, a lo que debe sumarse que el resultado normal de usar un arma de fuego en contra de una persona es que se le pro-

⁵ “Caso Catrillanca”. Sentencia de 5 de mayo de 2021, causa Rol N° 16.945-2021 de la Corte Suprema.

⁶ “Caso Catrillanca”. Sentencia de 28 de enero de 2021, causa RIT N° 80-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol.

voque la muerte”, lo cual permite responder afirmativamente a la interrogante planteada en el motivo anterior, esto es –y tal como lo concluyó el fallo en estudio– el haberse ejecutado su accionar, al menos con dolo eventual, lo que debe llevar a descartar que los sentenciadores hubiesen incurrido en el yerro atribuido por el articulista, siendo irrelevante para alterar lo concluido la presunta desviación del proyectil atribuida por la recurrente, pues dicha circunstancia no altera la representación del actuar ya analizada”.

En el considerando 32° la CS sienta una de las premisas de su argumento, ahora, en favor de la realización de delitos dolosos no consumados con dolo eventual:

“que, en lo que respecta al segundo motivo subsidiario de nulidad propuesto por la defensa de Alarcón Molina, respecto a que, en su concepto, no puede configurarse el delito de homicidio en un grado de desarrollo imperfecto mediante el dolo eventual, debe considerarse 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”.

A continuación, en el considerando 33° la CS califica como cuestión dogmática y dependiente “de la regulación específica de cada ordenamiento” el problema de la realización con dolo eventual de una tentativa o frustración y, de paso, menciona cómo la doctrina ha estudiado el modo en que penalistas de diversos países, atendiendo a sus respectivos Códigos penales, se han mostrado a favor de la posible realización de delitos no consumados con dolo eventual⁷⁻⁸.

⁷ El considerando 33° del voto de mayoría del “Caso Catrillanca” es casi igual al (una copia parcial, la verdad, del) considerando 5° del voto de minoría del “Caso Reñaca” en que el Ministro Brito y el Abogado Integrante Munita se manifestaron a favor de la tentativa y frustración con dolo eventual.

⁸ La CS, citando lo expuesto por Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal, señala que los términos de la definición legal de la tentativa en muchos países de nuestra cultura jurídica inclinan a la mayoría de los penalistas extranjeros a admitir la tentativa con dolo eventual, suponiendo que el hecho consumado también la acoja. Así sería el caso de los Códigos de Alemania, Italia, España y Argentina. Especial es el caso de Argentina, donde existen defensores de la compatibilidad, pese a que el Código transan-

El considerando 34° entra de lleno en la cuestión relativa a la posibilidad de cometer con dolo eventual en Chile una tentativa o frustración de delito.

“Que, en el caso de Chile, [...], no parece difícil reconocer la relevancia típica de la tentativa con dolo eventual, “pues en el dolo eventual el agente, aunque el resultado no sea seguro, ni querido de primera fila, también principia la ejecución del delito directamente, por hechos exteriores” (Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 899). [...] 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, p. 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 con grado de desarrollo imperfecto, sea en general, sea en ciertos supuestos, uno de los cuales es indudablemente el del tipo básico del homicidio (artículo 391, número 2°, del Código Penal), que puede cometerse con todas las formas del dolo y muchas de culpa también (véase, en extenso, Politoff, Sergio. *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 156-164)”⁹.

El fallo de la CS en el “Caso Catrillanca” contó con el voto disidente del Ministro Llanos quien, en lo pertinente al dolo en los delitos no consumados, sostuvo que la jurisprudencia constante de la CS ha venido exigiendo dolo directo tanto para la tentativa, como la frustración de delitos. Afirmó, una vez más, que el delito tentado y frustrado en nada se diferencian en el plano subjetivo y

dino define la tentativa como el inicio de la ejecución con el fin de cometer un delito determinado.

⁹ Considerando prácticamente idéntico al considerando 6° del voto de minoría (favorable a la tentativa y frustración con dolo eventual) de la sentencia que acogió la nulidad en el “Caso Reñaca”.

que ambos requieren dolo directo, pues una y otra forma de delito incompleto exigen “hechos directamente encaminados a la consumación”, lo cual requiere dolo directo¹⁰.

4. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS QUE RESOLVIERON EL “CASO REÑACA” Y EL “CASO CATRILLANCA”

Ambas sentencias tienen en común haber sostenido la configuración del dolo eventual como elemento subjetivo presente en el obrar de los respectivos autores condenados. En uno y otro caso, parece correcto el modo en que los correspondientes tribunales orales y la CS sostuvieron que los autores no persiguieron con intención deliberada la provocación de la muerte de las respectivas víctimas (se descartó correctamente el dolo directo), sino que obraron con dolo eventual de homicidio. En el plano fáctico, ambos casos coinciden en que sus autores dispararon más de una vez hacia vehículos situados a una distancia considerable donde se encontraban las víctimas que, en lo que interesa comentar aquí, no murieron a consecuencia de los disparos¹¹. En definitiva, en ambas sentencias la CS sostuvo el carácter deliberado de los disparos, la ausencia de una intención de matar y la configuración de un dolo eventual de homicidio respecto de víctimas que, solo en uno de los casos resultó muerta.

Por otra parte, ambas sentencias se adscriben en la ya claramente delineada orientación jurisprudencial chilena que concibe el dolo como un elemento de naturaleza psíquica que “ocurre” en la mente del autor al momento de la realización delictiva¹². Esta concepción del dolo entronca con la afirmación judicial, presente en ambos fallos, de que el dolo es un factor que se prueba durante el proceso penal mediante indicios¹³. Otro elemento común a los dos casos, es su inscripción en

¹⁰ “Caso Catrillanca” (2021). Considerando 1° del voto de minoría.

¹¹ En el “Caso Catrillanca” la víctima apellidada de este modo sí murió, pero su fallecimiento constitutivo de un delito consumado de homicidio cometido con dolo eventual no interesa a este trabajo.

¹² VAN WEEZEL, Alex (2020): “Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal”, Revista de Ciencias Penales, vol. XLVII, N° 2: pp. 48 y siguientes.

¹³ Considerando 16° “Caso Reñaca” y considerando 30° “Caso Catrillanca” (implícitamente). En relación con este aspecto procesal probatorio resulta pertinente aludir a la interesante discusión que se ha planteado entre LONDOÑO, Fernando (2020): “Tres

la muy dominante consideración de que el dolo siempre y en todos los casos es el resultado de la conjunción de un binomio que reúne un elemento cognoscitivo y otro elemento volitivo, de modo tal que se distinguen las diversas formas del dolo tripartito en función de su diferente configuración del elemento volitivo¹⁴.

Nuestra doctrina ha indagado en los motivos que llevarían a la CS a requerir, sostenidamente en el tiempo, dolo directo para la tentativa y frustración. Sobre este particular, considero particularmente clara la explicación de Londoño quien señala: a) que la CS entiende las expresiones “hechos directos” del artículo 7° inciso 3° como una alusión a un elemento o valor de naturaleza subjetiva que solo se satisface por el dolo directo, ya que la sola idea de un intento –común a la tentativa y la frustración– reclama intencionalidad; b) sería la menor intensidad volitiva del dolo eventual la que impide considerar colmada, en el plano subjetivo, las exigencias del artículo 7°¹⁵; c) abonaría además el rechazo al dolo eventual como elemento subjetivo suficiente de la tentativa y frustración el peso o influencia de determinados penalistas nacionales partidarios de esta opinión (Etcheberry, Cury, Labatut, Bustos y Künsemüller)¹⁶; d) finalmente, ahora en un plano teórico-dogmático, es plausible sostener que la CS ha mantenido de modo constante, como ocurre en el voto mayoritario del “Caso Reñaca”, que el dolo eventual es insuficiente para la tentativa y frustración debido a la consideración de que el dolo directo con sus características intencionales (el autor busca o persigue realizar el delito) corresponden al paradigma de la idea de dolo o, mejor, su forma básica. Si se asume lo anterior, y además se enfatiza la distancia valorativa entre el dolo eventual y el directo al subrayar el menor compromiso volitivo presente en el dolo eventual, se genera un clima propicio al rechazo del dolo eventual como

peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de femicidio frustrado”, A. Perin (edit.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp. 422 y siguientes –por una parte– y el posicionamiento débilmente adscriptivista de MAÑALICH Y OLAVE (2021), pp. 172 y siguientes.

¹⁴ IZQUIERDO, Cristóbal (2021): “El dolo no intencional en la Jurisprudencia superior chilena (1900-2018)”, *Revista de Política Criminal*, vol. 16, N° 32: p. 901; VAN WEEZEL, Alex (2021): “Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, N° 1: p. 192.

¹⁵ LONDOÑO, Fernando (2016): “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, vol. XLIII, N° 3: p. 103.

¹⁶ LONDOÑO (2016), p. 105.

elemento suficiente para los delitos dolosos no consumados¹⁷. Finalmente, todo indica que el menor desvalor de resultado (únicamente peligro) en los delitos tentados y frustrados reclamaría una exigencia de dolo directo como expresión de un fuerte desvalor de acción que, tratándose de dolo eventual, no supliría de modo suficiente el déficit de desvalor de resultado, como sí lo hace el dolo directo.

Pese a que el voto de minoría del “Caso Reñaca”¹⁸ y el de mayoría del “Caso Catrillanca”¹⁹ manifiestan que es posible cometer delitos dolosos no consumados mediante dolo eventual, no entregan argumentos que expliquen satisfactoriamente esta compatibilidad. En lo sucesivo, me referiré conjuntamente al voto minoritario del “Caso Reñaca” y el de la mayoría del “Caso Catrillanca” como los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos”. Se echa en falta en ellos una explicación contundente tomando en cuenta la permanente opinión contraria de la misma corte. No obstante esta deficiencia argumentativa, sí entregan algunos elementos que demarcan lo que la CS plantea en materia de delitos incompletos y su comisión con dolo eventual. En los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” se explica que la tentativa no es un delito autónomo, sino un tipo dependiente de otra figura delictiva situada en la Parte especial. A partir de lo anterior, se sostiene que se ve limitada la posibilidad de que un determinado delito doloso se cometa en tentativa o frustración con dolo eventual cuando el delito en la Parte especial requiere dolo directo o algún otro elemento subjetivo, caso en el cual el tipo de la tentativa y la frustración deberán también requerir esa misma forma de dolo y/o elemento subjetivo adicional. Como ya se adelantó, en los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” se manifiesta que la posibilidad de que se cometa un delito doloso no consumado con dolo eventual depende de la legislación de cada país y de que el delito correspondiente pueda ser realizado con esta clase de dolo. En lo que respecta a la cabida de la tentativa o frustración con dolo eventual en Chile, son idénticos el considerando 6° del voto de minoría del “Caso Reñaca” y el 34° del voto

¹⁷ LONDOÑO (2016), pp. 111-112.

¹⁸ “Ministerio Público con J.M.C.”. Sentencia de 17 de febrero de 2021, causa Rol N° 134189-2020 de la Corte Suprema. Considerandos 5° y 6°.

¹⁹ “Caso Catrillanca” (2021). Considerandos 32° a 34°.

de mayoría del “Caso Catrillanca”, que se refieren a las expresiones legales “hechos directos” del artículo 7° inciso 3° 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 [...]”²⁰.

Los considerandos que se acaban de transcribir otorgan una muy discutible importancia a la preferencia legislativa chilena por las expresiones “hechos directos” en desmedro de (como alternativa descartada) “acciones directas”, entendiendo estas últimas acciones como conceptos marcados por una fuerte carga subjetiva e intencional. En los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” se explica que la definición legal chilena no debe ser comprendida como una exigencia de acciones intencionalmente orientadas a la consumación de un delito, sino como una exigencia de idoneidad de las conductas realizadas para cometer el delito correspondiente. Mientras Londoño cataloga gráficamente de “camaleónica”²¹ la interpretación “subjetivista” de la CS de las expresiones legales “hechos directos”, Mañalich y Olave²² critican esta subjetivización calificando la explicación de la CS de “falaz” y constitutiva de una genuina “tergiversación” del artículo 7 inciso 3° rechazan que los “hechos directos” sean equivalentes a una exigencia de “hechos directamente encaminados a la consumación” (así lo propone la CS). Ambos autores plantean que los “hechos directos” deben ser entendidos como una cláusula de demarcación entre el inicio de una tentativa y los actos preparatorios aún no ejecutivos²³. Por mi parte no considero especialmente problemático identificar “hechos directos” con “hechos directamente encaminados a la consumación”. Lo falaz de la argumentación de la CS radica, a mi juicio, en limitar los “hechos directos” constitutivos de tentativa a

²⁰ El destacado es del autor.

²¹ LONDOÑO (2016), pp. 120-122.

²² MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 176.

²³ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 176.

los que se han realizado con dolo directo, esto es, con la intención de consumir. Lo anterior no se desprende, y en esto coincido con Olave y Mañalich, del texto legal del artículo 7 inciso 3° CP.

Dejando de lado la cuestión de si se interpretaría en nuestro país de modo diverso el artículo 7 del Código penal si este hablara de “acciones directas” (nada parece apuntar en esta dirección), corresponde plantearse si los argumentos (idénticos) que se proporcionan en los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” son suficientes y satisfactorios. A mi entender, no. Pese a celebrar las soluciones a las que arriba la CS en las argumentaciones ahora analizadas, y considerarme entre el grupo que admite en Chile que los delitos dolosos no consumados pueden cometerse con dolo eventual, los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” no aportan una explicación convincente. Lo anterior, lamentablemente, impide presagiar que de ahora en adelante la CS decidirá de conformidad con este criterio favorable a la tentativa y frustración con dolo eventual en el futuro.

Una explicación satisfactoria referida al núcleo del problema que aquí se ha analizado a partir de la comparación entre los casos “Reñaca” y “Catrillanca” es la propuesta de Mañalich²⁴. Este autor nacional, a diferencia de los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” propone una explicación sobre el modo en que debe ser interpretadas las expresiones legales “hechos directos” del artículo 7° inciso 3° y la manera en que el dolo eventual permite sostener la configuración de un delito doloso no consumado.

Mañalich señala que los “hechos directos” deben ser interpretados como “una exigencia de *inmediatez-de-acción*, en el sentido de que solo puede reconocerse como iniciada una tentativa si el agente, de acuerdo con su representación de las circunstancias, se encuentra en una situación en la que pueda ejecutar la acción que habría de realizar el tipo (Mañalich 2019a, pp. 828 ss., 832 ss.)”²⁵. A diferencia de la CS, entiende Mañalich que la tentativa y la frustración difie-

²⁴ Aunque cuenta con trabajos previos entre los que destaco “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?” MAÑALICH, Juan Pablo (2017): pp. 171-182, lo fundamental de su planteamiento se encuentra en su reciente trabajo conjunto con Olave, en MAÑALICH Y OLAVE (2021).

²⁵ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 176.

ren en el plano subjetivo. El elemento distintivo (de naturaleza subjetiva, según entiendo) de la tentativa es la “resolución al hecho”, elemento que sería superfluo requerir para la frustración, pues en esta el autor, desde su representación, ha completado una acción que “tendría que haber sido suficiente para hacer relevantemente probable la consumación del delito”²⁶. La “resolución al hecho” es exigida para la tentativa como “criterio de compensación” de su carácter inacabado, a diferencia de la frustración en la que la conducta se ha realizado por completo²⁷.

Si lo comprendo bien, para Mañalich la “resolución al hecho” consiste en una forma de intencionalidad –la intención de realizar una conducta con un determinado objetivo–, que no se corresponde con el dolo directo o dolo intencional. Desde su perspectiva, a quien dispara dudando si apunta a un espantapájaros o a un ser humano y, no obstante esa duda, dispara intencionalmente al blanco al que se ha propuesto alcanzar, se le debe atribuir la “resolución al hecho” porque su intención es la de disparar al blanco. Este ejemplo académico planteado por Olave junto a Mañalich ilustra, a mi juicio, con claridad meridiana el modo en que la intención (como “resolución al hecho”) no constituye dolo directo, ya que el autor no busca intencionalmente matar a la víctima, sino disparar al blanco en circunstancias en las que duda de si dicho blanco corresponde a un ser humano o un espantapájaros²⁸. En la propuesta de estos autores, de forma muy convincente a mi entender, se explica el modo en que la tentativa es perfectamente compatible con el dolo eventual²⁹. Para esta explicación, junto a la “resolución al hecho” ya aludida, debe incorporarse la noción de “creencia predictiva”. En la tentativa con dolo eventual al autor le es atribuible una intención de realizar un determinado comportamiento (“resolución al hecho”) y –sobre la base de indicadores de dolo homicida³⁰– una “creencia predictiva” de que lo que está comenzando

²⁶ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 177.

²⁷ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 179.

²⁸ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 178.

²⁹ Argumento extensible a la frustración, aunque en esta la “resolución al hecho” resulte ser innecesaria en atención a la completa realización de la conducta delictiva, siempre según la representación del autor.

³⁰ Las diferencias entre indicadores de dolo y los indicios de dolo, MAÑALICH Y OLAVE (2021), pp. 172 y siguientes.

a hacer, si llega a completarlo, habrá generado eventualmente un riesgo concreto de muerte para un ser humano³¹.

Asumiendo la propuesta de Mañalich, tanto en el “Caso Reñaca”, como en el “Caso Catrillanca” las conductas de los autores manifestaron una intencionalidad (“resolución al hecho”) de realizar disparos hacia vehículos en los que sabían que había personas, siendo correcto atribuirles la “creencia predictiva” de que lo realizado parcial o completamente generaría eventualmente un riesgo concreto de muerte de las víctimas que sobrevivieron a los disparos. Bajo estas consideraciones, y de modo plenamente compatible con nuestra legislación (artículo 7º inciso 3º del Código penal), las conductas realizadas con dolo eventual constituyeron delitos no consumados, punibles como tales.

Para finalizar, una valoración explícita: la línea jurisprudencial presente en los “argumentos de la CS favorables al dolo eventual en delitos imperfectos” es acertada, en cuanto que reconoce la posibilidad de cometer delitos dolosos no consumados (tentativa y frustración) con dolo eventual. Siendo lo anterior un motivo de celebración, no lo es la carencia de una argumentación de la CS que convenza sobre la compatibilidad entre el dolo eventual y los delitos de imperfecta ejecución. Es recomendable que la CS en el futuro proponga una explicación convincente sobre este particular para conocer con claridad las razones que la han llevado a sostener que los delitos tentados y frustrados pueden ser cometidos con dolo eventual.

5. CONCLUSIONES

La Corte Suprema ha sido históricamente partidaria de la incompatibilidad entre el dolo eventual con los delitos no consumados. Tal postura ha sido recogida en múltiples fallos dictados por la Corte entre los que se encuentra el “Caso Reñaca” que acogió mayoritariamente la incompatibilidad entre el dolo eventual y los delitos cometidos en fases imperfectas de ejecución.

Sin perjuicio de otros elementos de juicio, el principal argumento a favor de la insuficiencia del dolo eventual deriva de la interpre-

³¹ MAÑALICH Y OLAVE (2021), p. 179

tación de las expresiones “hechos directos” del artículo 7° inciso 3° del Código Penal como una exigencia de dolo directo, por cuanto se requerirían “hechos directamente encaminados a la consumación”. Pese a la adopción habitual de este criterio por la CS, es innegable que en el escenario nacional se ha abierto paso a la afirmación de la compatibilidad entre el dolo eventual y los delitos no consumados. Tal compatibilidad ha sido reconocida, al menos como “declaración” jurisprudencial, en el voto de minoría del “Caso Reñaca” y el voto de mayoría del “Caso Catrillanca”.

Pese a que el voto de minoría del “Caso Reñaca” y el de mayoría del “Caso Catrillanca” afirman acertadamente la posibilidad de cometer delitos no consumados con dolo eventual, ambos fallos adolecen de un déficit argumentativo al no proponer razonamientos satisfactorios sobre el modo en que una tentativa y frustración de delito pueden ser realizadas con dolo eventual en el marco de nuestra legislación penal.

BIBLIOGRAFÍA

- IZQUIERDO, Cristóbal (2021): “El dolo no intencional en la Jurisprudencia superior chilena (1900-2018)”, *Revista de Política Criminal*, vol. 16 N° 32: pp. 898-930.
- LONDOÑO, Fernando (2016): “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, vol. XLIII, N° 3: pp. 95-130.
- LONDOÑO, Fernando (2020): “Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de femicidio frustrado”, A. Perin (edit.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp. 413-436.
- MAÑALICH, Juan Pablo y OLAVE, Alejandra (2021): “Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena”, *Revista Discusiones*, vol. 27: pp. 165-184.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017): “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 27: pp. 171-182.

- VAN WEEZEL, Alex (2020): “Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, N° 2: pp. 43-72.
- VAN WEEZEL, Alex (2021): “Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 27, N° 1: pp. 190-209.