

Santiago, veinticinco de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RUC N° 2200339894-7 y RIT N° 30–2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, condenó a **Lucas de Lorenzo Menéndez Castillo**, a sufrir dos penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo cada una, la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure cada condena, sin costas, por su responsabilidad como autor de los delitos de robo con intimidación, en grado de ejecución consumado, previsto y sancionado en los artículo 436 en relación al 432 y siguientes del Código Penal, y homicidio en contra de funcionario de Carabineros de Chile en el desempeño de sus funciones en grado de tentativa, tipificado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, por los hechos acaecidos el día 08 de abril de 2022 en la comuna de Iquique.

En contra de la decisión condenatoria, la defensa del encartado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el 5 de julio pasado, disponiéndose la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Y considerando:

1°) Que el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado se apoya en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la errónea aplicación de los artículos 7 del Código Penal y 416 del Código de Justicia Militar, desde que los hechos asentados no pueden ser calificados como una conducta cometida con dolo directo sino únicamente con dolo



eventual, elemento subjetivo este último incompatible con la etapa de desarrollo imperfecto del delito de homicidio.

En consideración a lo anterior solicita se invalide de manera parcial la sentencia en la parte en la que condena por el delito de homicidio tentado, y se dicte en forma inmediata, pero por separado, sentencia de reemplazo, estableciendo la absolución de Menéndez Castillo por el delito de homicidio tentado cometido en contra de funcionario de Carabineros de Chile.

2º) Que los hechos que se han tenido por establecidos en la sentencia, son los siguientes: *“El 08 de abril de 2022 a las 18:00 horas aproximadamente el acusado Lucas Menéndez Castillo junto a otro sujeto, previamente concertados para sustraer especies, en calle Avenida Gómez Carreño con Salvador Allende de la ciudad de Iquique, se percatan que circulaba el vehículo marca Suzuki, modelo Swift, placa patente única FPST-37 conducido por la víctima de iniciales O.F.E.A, acercándose por ambos lados del vehículo y procediendo Lucas Menéndez Castillo a abordarlo por el costado del vehículo e intimidarlo gritándole “bájate, bájate, bájate” mientras realizaba gestos intimidándolo, logrado que O.F.E.A descendiera del vehículo, subiéndose como conductor Lucas Menéndez Castillo y su acompañante como copiloto, huyendo ambos del lugar.*

La víctima logra dar aviso de lo sucedido, logrando Carabineros ubicar el vehículo en las cercanías de “El marinero desconocido” en Iquique, lugar hasta donde llegó la patrulla compuesta por los funcionarios de Carabineros suboficial González Morales y el sargento Leonardo Mardones Cabezas, posicionando estos el vehículo policial con la finalidad de obstruir el paso del vehículo conducido por el acusado.



Luego, Lucas Menéndez para efectos de huir del lugar, dirige con velocidad el vehículo placa patente FPST-37 a un espacio que restaba al bloqueo de la patrulla, colisionando la puerta delantera del conductor del vehículo institucional, la cual se encontraba abierta, lo cual empujó la puerta del carro policial contra el marco del rodado, golpeando la pierna izquierda del sargento Leonardo Mardones, además de impactar en el foco trasero izquierdo del vehículo, ante esta situación el suboficial González efectúa dos disparos contra el vehículo Suzuki Swift naranja patente FPST-37. El sargento Mardones Cabezas resultó con dolor en la cara lateral de su pierna izquierda, lesiones de carácter leve.

Continuando la huida el acusado y su acompañante, siendo conducido el vehículo en todo momento por Lucas Menéndez Castillo, llega a la Avenida Circunvalación, lugar en que se encuentra con otra patrulla de Carabineros, donde el cabo segundo Víctor Daniel Silva Ávila, quien apuntando con su arma de servicio al vehículo y sus ocupantes, gritó "Alto Carabineros" haciendo caso omiso Menéndez Castillo, quien pudiendo prever que su acción podría ocasionar la muerte del funcionario dada la velocidad a la que conducía, continuó la conducción en dirección al funcionario Silva Ávila quien al ver su integridad en peligro efectuó un disparo en contra del vehículo, debiendo realizar una maniobra evasiva para evitar ser colisionado por Menéndez Castillo, huyendo el acusado y su acompañante hasta la población Jorge Inostroza, donde descendió del vehículo Menéndez Castillo siendo detenido en las cercanías del lugar, en tanto, su acompañante fue detenido al interior del vehículo en el asiento del copiloto".

Estos hechos fueron calificados como delitos de robo con intimidación, en grado de ejecución consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 en



relación con el artículo 432 y siguientes Código Penal, y homicidio en contra de funcionario de Carabineros de Chile en el desempeño de sus funciones en grado de tentativa, tipificado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, por los hechos acaecidos el día 08 de abril de 2022 en la comuna de Iquique.

3°) Que, aun obviando si el estudio del recurso formulado previamente requiere modificar los hechos asentados en el fallo, el mismo no puede prosperar desde que el error denunciado no es tal.

4°) Que, para resolver la impugnación efectuada por el recurrente, se dirá que el dolo de la tentativa es el mismo dolo de la consumación, como quiera que la primera 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 tendrá que ser emprendida por el autor con los mismos dolo y finalidad o tendencia interna (Ernst Mayer, Max. Derecho penal, Parte general, traducción de Sergio Politoff Lifschitz, revisada y prologada por José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 426).

5°) Que, con respecto a la compatibilidad del dolo eventual con la tentativa no es algo que se pueda zanjar en pura teoría o con arreglo a un sistema científico determinado (llámese causalista, finalista, funcionalista, normativista o como se quiera), sino que representa un problema dogmático, que depende de la regulación específica de cada ordenamiento jurídico.

En esto, 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. Jiménez de Asúa, en su Tratado de Derecho



penal (7 vols., Losada, t. VII, 2ª ed., Buenos Aires, 1970, pp. 896-903), repasa los Códigos de Alemania, Italia, España y Argentina, y glosa la mayoritaria doctrina que se pronuncia por la compatibilidad de dolo eventual y tentativa.

Es llamativo que existan defensores de esta postura incluso en la Argentina, pese a que el Código trasandino define la tentativa como el inicio de la ejecución con el fin de cometer un delito determinado. Un partidario de la tentativa con dolo eventual es Eugenio Raúl Zaffaroni, no obstante, su conocida adscripción a la teoría finalista de la acción (Tratado de Derecho penal, Parte general, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, t. IV, 1988, pp. 432-436).

6°) Que, en el caso de Chile, parecidamente a la fuente histórica española, 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 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, 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).

7°) Que, dado lo razonado en los motivos precedentes, no existe óbice que el delito de homicidio tentado en contra de funcionario de Carabineros de Chile imputado al recurrente haya sido perpetrado mediante dolo eventual, lo que lleva necesariamente a descartar el reproche denunciado por la defensa.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **Lucas de Lorenzo Menéndez Castillo** contra la sentencia dictada con fecha veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, en la causa RUC N° 2200339894-7 y RIT N° 30–2023, la que en consecuencia, no es nula.

Acordado con el voto en contra el Ministro Sr. Llanos, quien estuvo por acoger el recurso, anular parcialmente el fallo impugnado y dictar uno de reemplazo en la forma solicitada, por las siguientes consideraciones:

1.- Que, en cuanto al reproche formulado por la defensa relativo a la ausencia de dolo directo en el obrar del acusado, debe tenerse presente que 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, 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 (entre otras, SCS N°s 1.719-2007, de 24 de septiembre de 2007; 6.613-2012 de 24 de octubre de 2012 y 134.189-2020, 17 de febrero de 2021; concurriendo el disidente en este último fallo).

2.- Que, 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.

3.- Que, siempre es 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 (Carrara, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General. v. I, reimpresión, Temis, 1996, p. 255). 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 (Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. Derecho Penal, Parte General. Edición en español, Temis, 2006, pp. 470-471).

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.

4.- Que, de esa forma el yerro constatado tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo desde que el acusado fue condenado a cumplir por su responsabilidad como autor del delito de homicidio en contra de funcionario de Carabineros de Chile en el desempeño de sus funciones en grado de tentativa, en circunstancias que debió ser absuelto de ese cargo.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción de la Ministra Sra. Quezada y de la disidencia su autor.

Rol N° 106702-23.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., la Ministra Suplente Sra. Eliana Quezada M., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuaud, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.





TXLRXGNVNEQ

En Santiago, a veinticinco de julio de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

