



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
ESCUELA DE POSTGRADO

**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Escuela de Postgrado**

**Magíster en Derecho, con Mención en Derecho Penal**

**IX Versión**

**“EL DOLO EN LOS DELITOS EN SU ETAPA DE FRUSTRADOS, ANÁLISIS  
JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA C-19008-17.”**

**CAROLINA SYLVIA CASTILLO NAVIA**

**RUT: 13.930.247-8**

**Profesor Guía: Myrna Villegas Díaz**

**Santiago, Enero de 2020**

## **RESUMEN**

Este trabajo tiene por objetivo examinar la problemática asociada al dolo eventual en los delitos frustrados, con base en la discusión que se generó en torno a la sentencia de la Corte Suprema C-19008-2017, en virtud del cual se condenó al imputado por el delito de lesiones graves gravísimas. Ante ello, procede a juicio de la autora de este informe la pena de femicidio frustrado, puesto que se considera que el condenado ejecutó los hechos ilícitos que se le imputan con dolo eventual, título de imputación subjetiva suficiente para el delito de homicidio. Siguiendo la teoría de la tentativa acabada e inacabada, se estima suficiente el sustento mínimo de la responsabilidad jurídica para los tres grados delictuales, lo que puede finalmente modificar la sanción correspondiente, sin que aquello obligue la procedencia de dolo directo.

**PALABRAS CLAVE:** Nábila Rifo; dolo eventual; delito frustrado; tentativa acabada; y análisis jurisprudencial.

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	4
<b>1. CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES SOBRE EL CASO PARTICULAR QUE DA ORIGEN A LA SENTENCIA C-19008- 017.</b>	6
1.1 ANTECEDENTES DE HECHO QUE DAN ORIGEN A ESTE CASO EN PARTICULAR.	7
1.2. <i>HISTORIA JURÍDICA DEL CASO QUE DA ORIGEN A LA SENTENCIA.</i>	8
1.3 <i>LOS RECURSOS INTERPUESTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE COYHAIQUE.</i>	12
<b>2. CAPÍTULO II: EL DOLO EN EL ITER CRIMINIS.</b>	15
2.1. DOLO, DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, CLASIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA DE SUS REQUISITOS EN RELACIÓN CON EL DELITO EN SU CARÁCTER DE FRUSTRADO.	18
2.2 <i>ITER CRIMINIS, DELITOS EN SU CARÁCTER DE FRUSTRADOS Y SU RELACIÓN CON EL DOLO, TANTO DIRECTO COMO EVENTUAL.</i>	23
<b>3. CAPÍTULO III: COMENTARIOS ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA</b>	28
3.1. <i>FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL VOTO MAYORITARIO. ALCANCE JURÍDICO DEL MISMO.</i>	28
3.2 <i>FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL VOTO MINORITARIO. ALCANCE JURÍDICO DEL MISMO.</i>	33
<b>4. CONCLUSIÓN</b>	36
<b>5. BIBLIOGRAFÍA</b>	39

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el fenómeno del feminismo como movimiento social se ha instalado en el imaginario colectivo; en ese contexto, el ámbito jurídico también se ha visto bastante influenciado, hecho que se puede vislumbrar en la materialización de la Ley N°20.480 del año 2010, que introdujo modificaciones al Código Penal, estableciendo el delito de femicidio en el artículo 390 de dicho cuerpo normativo. Cabe destacar, que la figura existente en el mencionado artículo se trataba del delito de parricidio, y la misma norma con la modificación en comento incluye como sujeto pasivo del mencionado delito a quien ha sido cónyuge o conviviente del autor, teniendo en dicho caso el delito el nombre propio de femicidio.

Finalmente, tal como se desprende de la discusión parlamentaria y de lo señalado por la doctrina, es necesario señalar que, si bien el delito de parricidio y el delito de femicidio detentan la misma pena, no es menos cierto que la existencia de este último tiene como objetivo considerar las estadísticas de ocurrencia de este injusto, con el objeto de realizar políticas públicas acordes a dicha realidad. En ese sentido, la Defensoría Penal Pública ha señalado que el fundamento de la Ley N°20.840 radica “en beneficiar a las mujeres, pues finalmente se tendrán cifras reales respecto a la totalidad de los casos en que son víctimas de la violencia doméstica y de muerte a consecuencia de ello”<sup>1</sup>. De esta forma podemos afirmar que la violencia contra la mujer es un fenómeno criminal, que el legislador pretende enfrentar a través de la Ley, por lo cual en el contexto descrito anteriormente es que ocurre la situación de hecho con interesantes consecuencias jurídicas que se pretenden analizar.

El bullado caso de Nábila Rifo, una mujer víctima de violencia intrafamiliar por parte de su pareja, quien en un acto irracional le extrae sus globos oculares, siendo este último condenado por la Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, como autor del delito de femicidio en su grado de frustrado. La Corte Suprema conociendo de dicho

---

<sup>1</sup> Castillo, A. (2011). *El delito de femicidio*. Defensoría Penal Pública, N°1 (pp. 21). <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/index.asp?param=0%A5%A6kW%5D%D8%9E%89q%92%97%88%8EX%B0%9Cp%ABe%99%99%96%A5%7C%A3gl%95&Op=4>

fallo, en virtud de un recurso de nulidad presentado por la defensa del imputado, determina revocar parcialmente la sentencia, sustituyendo la calificación jurídica de femicidio frustrado, por lesiones simplemente graves, ello por haber desaparecido el dolo homicida por parte del autor. Sin embargo, un interesante voto minoritario del ministro Sr. Milton Juica, rechaza lo anterior, por la naturaleza del daño provocado. Ambos fundamentos jurídicos serán desarrollados durante el presente trabajo, con la finalidad de establecer si es necesario dolo directo o dolo homicida para la calificación jurídica del delito en su grado de frustrado, o si como proponemos basta con la existencia de dolo eventual, a simple vista pareciere que las exigencias jurídico-penales parecen ser muy altas para los delitos en su grado de frustrados, en el sentido de que solo falta la existencia del resultado concreto, sin perjuicio de parecer haber sido buscado por su autor.

La hipótesis que será comprobada en este trabajo dice relación con que, para este caso, procede la pena de femicidio frustrado, puesto que se considera que el condenado ejecutó los hechos ilícitos con dolo eventual, título de imputación subjetiva suficiente para el delito de homicidio.

## **1. CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES SOBRE EL CASO PARTICULAR QUE DA ORIGEN A LA SENTENCIA C-19008- 017.**

Como ya señalamos precedentemente, el fenómeno del feminismo se ha tomado la agenda país, en virtud de la lamentable reiteración de ataques violentos y sexuales en contra de un número considerable de mujeres. Debido a lo anterior, el crimen en contra de Nábila Rifo conmocionó enormemente a la opinión pública, tomándose por semanas y meses portadas de distintos medios de comunicación, en atención a la gravedad de los hechos ocurridos. Recordemos que la víctima en cuestión fue brutalmente agredida por su pareja, quien además de golpearla en reiteradas ocasiones, le arrancó los ojos, dejándola completamente ciega.

Nábila Rifo, la víctima que da origen a la sentencia que se comentará en extenso, tenía 29 años al momento del ataque; nacida y criada en Coyhaique, es madre de 4 hijos, los cuales prácticamente no poseen relación con su padre. La víctima durante su niñez vivió con su madre y su padrastro; este último la agredió desde niña, hecho que provocó que Nábila creciera en un ambiente violento, llegando a normalizar dicha conducta.

Todos estos antecedentes dieron origen a un juicio que fue transmitido prácticamente por cadena nacional, siendo muy comentados todos sus aspectos y expuestos al escrutinio público tanto la víctima, como el imputado. Sin perjuicio de ello, son dichos antecedentes los que permiten entender la ocurrencia del fenómeno de la violencia de género al caso en particular, como a nivel general. Concluye el caso en cuestión, desde una perspectiva jurídica, con la dictación de una sentencia definitiva por la Corte Suprema, que para efectos de este trabajo tiene elementos de análisis muy interesantes en relación a los conceptos de dolo directo o dolo eventual y los delitos en su grado de frustrados.

## 1.1 ANTECEDENTES DE HECHO QUE DAN ORIGEN A ESTE CASO EN PARTICULAR.

La historia de Nábila Rifo en este punto se remonta a sus 19 años, época de su vida en la que encuentra trabajo en restorán “El Bohemia”, lugar donde conoce al imputado Mauricio Ortega, comenzando con el tiempo una relación amorosa, de la cual nacen dos niños.

La víctima de la causa rol C-19008-2017 de la Corte Suprema, relató a un medio de comunicación los primeros hechos de violencia sufridos por ella en manos de su pareja ocurrieron durante su relación de pololeo. Tales antecedentes constan en la causa, donde se indica que existió tanto violencia física, como psicológica; incluso, en cita textual se señala: “me pegó una cachetada, me trató mal y me insultó, y dijo “ese hijo no es mío, quizás con quién te fuiste a acostar”.<sup>2</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que interesa al desarrollo de este trabajo, es necesario enunciar aquellas circunstancias del hecho que tomó en consideración el máximo tribunal al momento de dictaminar la correspondiente sentencia definitiva, las cuales se expresan en el considerando sexto de la sentencia del juez a quo, señalando la misma expresamente: “Que la sentencia impugnada, en sus considerandos 16° y 84°, dio por establecidos los siguientes hechos:

Hecho N°1: “El día 5 de junio de 2015, en horas de la mañana, Mauricio Orlando Ortega Ruiz llegó hasta el domicilio ubicado en calle Ensenada N°306, de su ex conviviente doña N.M.R.R., portando un hacha con la cual comenzó a golpear la puerta principal del inmueble y al no poder abrirla, se dirigió a la parte posterior del domicilio, rompiendo la puerta de la cocina a hachazos, ingresando al inmueble sin la voluntad de su dueña, siendo calmado por un hermano de la víctima que estaba en el lugar, quien logró que el imputado se retirara de la casa”. Este hecho fue calificado como delito de violación de morada ejecutado con violencia, previsto y sancionado en el artículo 144 inciso 2° del Código Penal.

Hecho N°2: “En la madrugada del día 14 de mayo de 2016, Mauricio Orlando Ortega Ruiz se encontraba al interior de su domicilio ubicado en calle Lautaro N°1030

---

<sup>2</sup> Matus, A. (2017). *Los nuevos ojos de Nábila*. Revista Paula 18(5). Recuperado de <http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/los-nuevos-ojos-nabila/#>. Consulta: 10 de marzo de 2019.

de Coyhaique en compañía de un grupo de personas entre las que se encontraba su conviviente doña N.M.R.R. con quien tiene dos hijos en común de iniciales K.O.R. de 4 años y M.O.R de 3 años. Debido a la ingesta alcohólica, se inició una discusión entre ambos donde el imputado se descontroló, la insultó, amenazó y agredió, lo que provocó que alrededor de las 06,00 hora la víctima N.M.R.R. huya del lugar por calle Lautaro hacia el oriente siendo seguida por el imputado Mauricio Orlando Ortega Ruiz, quien luego de cruzar calle Monreal le dio alcance procediendo a golpearla en reiteradas oportunidades en la cabeza con dos trozos de concreto que portaba en sus manos causándole lesiones consistentes en fractura occipital derecha, fractura de macizo facial en arco cigomático y piso órbita derecha; trauma auricular derecho que requirió cirugía de reconstrucción; y lesiones contuso cortantes en cabeza, rostro y extremidades, que le provocaron compromiso de conciencia shock hipovolémico y riesgo vital, para acto seguido, retirarse del lugar y volver casi inmediatamente sobre la víctima, procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico y causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista. Estos hechos fueron calificados como delitos de femicidio, en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, y de lesiones graves-gravísimas, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 397 N°1 del Código Penal”<sup>3</sup>.

El foco de este trabajo estará puesto en estas consideraciones, en virtud de las cuales la Corte sentenció que la golpiza propinada por el condenado en contra de la víctima, consistente en una repetición de golpes dados en su cabeza con dos trozos de concreto, no podría resultar punible a título de femicidio frustrado.

## **1.2. HISTORIA JURÍDICA DEL CASO QUE DA ORIGEN A LA SENTENCIA.**

Si bien ya mencionamos los hechos que dan origen a la sentencia en comento, es menester reiterar dichos antecedentes, en ese sentido cabe señalar que son varios los delitos que se le imputan a Mauricio Ortega, sin embargo, nos detendremos sólo

---

<sup>3</sup> CHILE. Sentencia de la Corte Suprema. 2017. Causa N°19008-2017, Resolución N°341664, (pp.9-10).

en uno de ellos, que en palabras del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique fue descrito de la siguiente manera:

“Hecho 2: “En la madrugada del día 14 de mayo de 2016 el imputado don Mauricio Orlando Ortega Ruiz se encontraba al interior de su domicilio ubicado en calle Lautaro N°1030 de Coyhaique en compañía de un grupo de personas entre las que se encontraba su conviviente doña N.M.R.R. con quien tiene dos hijos en común de iniciales K.O.R. de 4 años y M.O.R de 3 años (...) debido a la ingesta de alcohol, en ese lugar se inició una discusión entre ambos donde el imputado la insulta, la amenaza, se descontrola y la agrede, lo que provoca que alrededor de las 06:00 horas de la mañana la víctima N.M.R.R. huya del lugar por calle Lautaro hacia el oriente siendo seguida por el imputado Mauricio Orlando Ortega Ruiz, quien luego de cruzar calle Monreal le dio alcance, procediendo a golpearla en reiteradas oportunidades en la cabeza y tronco con dos trozos de concreto que portaba en sus manos, causándole las siguientes lesiones: fractura occipital derecha, fractura de macizo facial en arco cigomático y piso órbita derecha, trauma auricular derecho que requirió cirugía de reconstrucción, múltiples lesiones contuso-cortantes en cabeza, rostro y extremidades.

Todas estas lesiones provocaron compromiso de conciencia shock hipovolémico y riesgo vital. Después de golpear a la víctima, el imputado se retira del lugar volviendo casi inmediatamente sobre ella y procedió a introducir un elemento cortopunzante en sus ojos, removiendo ambos globos oculares, cortando el nervio óptico y causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista. Producto de las lesiones provocadas a la víctima ésta resultó con riesgo de muerte, que de no mediar atención médica oportuna hubiere fallecido, lo que se evitó por la intervención de equipos médicos del SAMU y Hospital Regional de Coyhaique”<sup>4</sup>

El Ministerio Público, se apegó a la tesis de la existencia de dos momentos en el hecho; si bien dio cuenta de las diversas pruebas que en su momento asentaron la existencia de femicidio frustrado, consideró la extracción de ojos un hecho diferente, que no puso en riesgo de muerte a la paciente. A continuación, describió las pruebas periciales y testimoniales que dieron cuenta que la extracción de los ojos fue un hecho distinto a la agresión que casi le quitó la vida a la víctima, haciendo hincapié en

---

<sup>4</sup> CHILE. Sentencia del Tribunal Oral En Lo Penal de Coyhaique. 2017. Causa RIT N°1–2017 y RUC N°1600462017-1, (pp. 4-5).

aquellas pericias que señalaron que las fracturas pudieron provocar a lo sumo una luxación de ojos. Además, hizo referencia a los testigos menores de edad, quienes dieron cuenta de haber observado dos momentos distintos, lo cual permitió al Ministerio Público concluir que el hecho fue realizado de manera independiente y con dolos distintos, una de quitar la vida y otro de mutilar, que en sí mismo no busca la muerte, sino que privar de manera permanente el uso de un órgano apto para provocar un sentido. Asimismo, se señala que la mutilación no es una agravante, que incluso pudiera compensarse con otra atenuante, siendo un delito independiente y reiterado, pues requiere de dos acciones distintas; de lo contrario, la extracción de ojos, acaecida en el segundo momento no tendría importancia, pues ya se consumó el delito<sup>5</sup>. De lo recientemente mencionado, queda establecido que la fiscalía consideró que los hechos mencionados debían ser considerados como dos delitos distintos, con dolos diferentes; sin perjuicio de ello, tanto el tribunal, como la Corte Suprema no adhirieron a esta posición y consideraron el hecho como un solo delito.

Por su parte, la defensa señaló que “el lugar del acusado no corresponde a Mauricio Ortega; no es posible reemplazar los testimonios de los adolescentes que vieron golpear esa mañana a la víctima, una y otra vez hasta dejarla inconsciente; quienes dijeron enfáticamente que los trozos con que se golpeó a la víctima fueron recogidos en otro sentido, que fueron golpeados por otra persona que no era el acusado, dando cuenta que era una persona 100% distinta”<sup>6</sup>; en ese sentido la defensa apuntó directamente a los hechos, esbozando la posibilidad de que un tercero hubiera actuado y no el imputado, tesis que fue rechazada, quedando establecido que quien actuó fue Mauricio Ortega. Ante ello, no nos detendremos en lo esgrimido por la defensa, ya que no se vincula al punto jurídico trascendente.

Dentro de los múltiples medios probatorios, el Tribunal, con la finalidad de tener convicción de los hechos acusados por la fiscalía y querellantes, además de los testigos, peritos, y por sobre todo las declaraciones de la propia víctima y del imputado, en su considerando ochenta y uno de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal, esgrimió: “que, el cuarto antecedente probatorio en que se basó el Tribunal para formar su convicción condenatoria, fue que los dos trozos de concreto encontrados junto a la víctima con sangre y cabello de N.M.R.R., que por sus

---

<sup>5</sup> Ibid. (pp. 9).

<sup>6</sup> Ibid. (pp. 13).

características, tener sangre de la ofendida y ser encontrados junto a ella, sin duda fueron los instrumentos empleados en la agresión, como ya se razonó anteriormente, además de tener similares características morfológicas y de composición que los trozos levantados del patio del domicilio del acusado. Más aún, si uno de ellos tenía elementos filamentosos, correspondientes a pelo de perro de similares características a los encontrados en uno de los bloques con que se agredió a la ofendida, según se acreditó en el numeral 43° de esta sentencia, incluso si, según relató a modo de ejemplo el suboficial mayor Roberto Andrés Gutiérrez Riquelme, no fueron encontrados alrededor del lugar donde fue encontrada la víctima elementos de similares características, resultando en este punto insuficiente la pericia del cientista criminalístico Juan Francisco Pulgar Castillo, en cuanto señaló que encontró un elemento de similares características en un sitio eriazo aledaño al lugar de los hechos, puesto que dicho hallazgo lo hizo al menos un mes y medio después de la fecha de la agresión”<sup>7</sup>. De esta forma, el tribunal tuvo por establecido que el imputado atacó a la víctima causándole las mencionadas lesiones y posteriormente extrajo sus glóbulos oculares; en virtud de ello, el Tribunal condena a Mauricio Ortega por dos delitos diferentes, en calidad de autor de un delito de femicidio, en grado de frustrado y en calidad de autor de un delito de lesiones graves-gravísimas, por lo cual se ciñó a la tesis de la existencia de dos momentos diferentes en el hecho y no lo consideró como continuidad del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del Tribunal tuvo un voto minoritario que optó por calificar los hechos mencionados en el punto dos de la acusación, como delito de mutilación y no de homicidio frustrado, ya que estimó que hubo dolo de lesionar y no de matar por parte del autor del delito. El voto se basó en la lógica de que la víctima tenía múltiples lesiones, además de la imposibilidad de utilizar el sentido de la vista, considerando el delito en grado de consumado; el delito, entonces, se desarrolló en dos momentos: “decimos continuado porque la resolución criminosa del autor indica que hubo unidad de acción, pese a los sucesivos comportamientos fácticos. La propia acusación describe dos momentos: el sujeto agrede, se retira, yéndose hacia el oriente y regresa, para continuar su acción lesionadora, para luego irse, huyendo del lugar hacia el mismo sector; el bien jurídico afectado es el mismo, la integridad corporal o la salud de la persona, sin que tenga relevancia que el tipo

---

<sup>7</sup> Ibid. (pp. 183-184).

delictivo sea diferente, como en este caso, en que están presentes las lesiones graves y las lesiones mutiladoras, que tienen distintas penas. En este caso el victimario fraccionó su actuar, primero golpeando a la víctima con un trozo de hormigón en la cabeza, repetidamente, hasta hacerla perder la conciencia. Acto seguido, procede a la enucleación de ambos ojos. En la práctica esta conducta se sanciona aplicando la pena mayor del delito más grave, que es la mutilación. Entre estos delitos existe un vínculo de continuidad, dado por el propósito único del autor: arrancarle los ojos”<sup>8</sup>.

En ese mismo sentido, el voto minoritario señala que “estimo caprichoso dar a estos hechos la fisonomía jurídica de homicidio frustrado, ya que la dinámica delictual es clara, tendente, sin lugar a dudas, a causar un daño corporal. La muerte, fue percibida por los facultativos Rosmanich y Solari, como, potencialmente mortal, es decir, que podría suceder. Este último agregó, que de no haber recibido los socorros especializados en forma oportuna la afectada hubiese fallecido en un tiempo no mayor a doce horas”<sup>9</sup>.

Insiste el juez del tribunal a quo que “el supuesto femicidio frustrado es un albur, nunca se probó que haya sido la intención del autor. No hay cómo retratar esta voluntad de matar en hechos externos y objetivos”<sup>10</sup>.

### ***1.3 LOS RECURSOS INTERPUESTOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE COYHAIQUE.***

Ante la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, la defensa interpuso un recurso de nulidad, en virtud de lo establecido en el artículo 373 Letra a) del Código Procesal Penal, el que señala la posibilidad de declarar nulidad toda vez que en cualquier etapa del procedimiento se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ibid. (pp. 235).

<sup>9</sup> Ibid. (pp. 236).

<sup>10</sup> Ibid. (pp. 238).

<sup>11</sup> Código Procesal Penal, Artículo 373 Letra a).

De esta forma, la defensa denunció la infracción al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República: el debido proceso legalmente tramitado y el derecho a guardar silencio, principio presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Código Procesal Penal. Fundamentó la defensa su recurso argumentando que el tribunal dio sustento a la sentencia dando pleno valor probatorio a la acción de funcionarios policiales, que se desarrolló fuera del marco constitucional y legal que regula su actuar.

En subsidio de lo anterior, invocó la causal contemplada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal. El primero de los mencionados artículos señala que es motivo absoluto de nulidad: “e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”<sup>12</sup>. Por su parte, el artículo 342 del Código de Procesal Penal indica que la sentencia definitiva contendrá: “c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”<sup>13</sup>.

Explica el recurrente que el tribunal tuvo por establecido que hubo dos momentos o grupos de lesiones, y al condenarlo por un delito de femicidio frustrado y por un delito de lesiones graves gravísimas, existe un concurso material con el primero de los delitos señalados, lo cual infringe dos principios de la lógica, esto es, el principio de no contradicción y el principio de razón suficiente.

Finalmente, el recurrente, subsidiariamente interpuso el recurso de nulidad, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que expresa, que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: “b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”<sup>14</sup>. Se esgrime que la sentencia recurrida sanciona un hecho punible como dos delitos diferentes, con dos penas distintas, y que al tratarse de un solo hecho debe tener una sola calificación

---

<sup>12</sup> Ibid. Artículo 374 Letra e).

<sup>13</sup> Ibid. Artículo 342 Letra c).

<sup>14</sup> Ibid. Artículo 373 Letra b).

jurídica; en ese sentido, el error radica, a juicio del recurrente, en no valorar el hecho como una unidad natural de acción.

De esta forma, los fundamentos principales de la defensa se sustentan principalmente en aspectos de forma.

La Corte Suprema, en su considerando octavo, rechaza la causal principal del recurso, por no haber reclamado dicha infracción en su oportunidad procesal correspondiente, y agrega en el considerando siguiente: “que, sin perjuicio de lo anterior, bastante ya para rechazar la causal principal del recurso, no está de más advertir que los hechos sobre los que ésta se construye ni siquiera pueden catalogarse como una infracción “sustancial” a la garantía del debido proceso que se denuncia como conculcada”<sup>15</sup>. De esta forma, la Corte Suprema descarta una eventual infracción al debido proceso, en virtud de que el interrogatorio del imputado se desarrolló ante la policía, pero posteriormente ante la Fiscalía Local, y finalmente ante el mismo Tribunal; así, siendo concordante las 3 declaraciones, no es posible configurar una lesión a los derechos fundamentales del imputado. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, no profundizaremos mayormente en este aspecto, al no ser de interés para el objeto de este trabajo.

Respecto al primer y segundo fundamento subsidiario de nulidad, esto es, la omisión de alguno de los requisitos propios de la sentencia, y la exposición de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas, la misma Corte Suprema de forma reiterada ha señalado que “la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, ya que la motivación de la sentencia válida la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado, sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Este proceso, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y exponer tomas de posición sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adquirida”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> CHILE. Sentencia de la Corte Suprema. 2017. Causa N°19008-2017, Resolución N°341664, (pp.14).

<sup>16</sup> Ibid. (pp.26).

La Corte razona en el sentido de que no basta con plantear, por parte del recurrente un resultado razonable de los hechos a su juicio, es decir, una versión distinta de los mismos hechos, sino que lo que tiene que probar la defensa es que la prueba no es posible desprenderla, sin vulnerar las reglas de la sana crítica. Para graficar el carácter extraordinario de recurso de nulidad, nuestro máximo tribunal expresa que: “el recurso no se hace sino un detallado y extenso análisis de cada uno de los medios de prueba que estima erróneamente valorados, planteando en cada caso una conclusión fáctica que propone como más coherente y concordante con el contenido del mismo medio de prueba que analiza cómo con el resto de las probanzas, pero en ningún caso logra demostrar en verdad la objetiva vulneración de alguna regla de la sana crítica, pues ello supondría que la conclusión de los jueces resultase inaceptable o inadmisibles por ser absurda e ilógica, cuestión que está lejos de apreciarse en la especie (...)”<sup>17</sup>.

De esta forma en simples palabras, la Corte expresa que, no basta con no estar de acuerdo con las conclusiones a las que llega la sentencia por la valoración de la prueba, sino que, es necesario que las mismas transgredan las reglas de la sana crítica, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo cual no ocurre en la comentada resolución judicial. Más bien, lo que hace el recurrente es valorar la prueba, olvidando que dicha valoración es una cualidad privativa de la propia magistratura, antecedentes por los cuales el recurso no prosperó en el sentido solicitado por la defensa.

Finalmente, la Corte Suprema se hace cargo del tercer vicio subsidiario de nulidad; cabe recordar que en este punto plantea el recurrente la existencia de una unidad de natural acción, y por tanto, debe ser condenado con una pena única y no con dos penas distintas, como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

## **2. CAPÍTULO II: EL DOLO EN EL ITER CRIMINIS.**

Entenderemos el iter criminis como “El conjunto de acontecimientos desde que se verifica la primera acción ejecutiva y la consumación o posterior agotamiento del

---

<sup>17</sup> Ibid. (pp.32).

delito”<sup>18</sup>, el Código Penal lo regula en sus artículos 7, 8 y 9. Cuando la Ley describe los diferentes delitos lo hace por regla general observando al sujeto activo que realiza la actividad típica, siendo determinante el alcance del resultado para determinar la sanción. Para el caso en análisis, la Corte Suprema interpreta que el imputado no tuvo la intención de matar a la víctima, por lo cual lo sancionó por el delito consumado de lesiones graves gravísimas, desechando la interpretación del Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique que lo había penado por el delito de femicidio frustrado. Aquí justamente descansa la discusión jurídica de este trabajo, es decir, para nuestro máximo tribunal el delito de femicidio en su grado de frustrado es incompatible con el dolo eventual como criterio de imputación subjetiva.

De lo dicho, parece evidente que el injusto debe tener una mayor sanción en su grado de consumado, sin embargo, es importante considerar el fundamento de la punibilidad de los delitos en sus grados de frustrados o tentados. La doctrina ha realizado dicha labor, distinguiendo entre teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Las primeras “parten del supuesto que los comportamientos típicos merecen castigo exclusivamente cuando lesionan o ponen en peligro un bien jurídico<sup>19</sup>”, es decir, exige que efectivamente la acción típica, ponga en peligro un bien jurídico digno de protección, en caso contrario no será una acción castigable. Por otra parte, las teorías subjetivas establecen una sanción contra los delitos en su grado de tentados o frustrados, ya que la misma “importa una rebelión contra el orden normativo<sup>20</sup>”, es decir, el fundamento radica en la protección de la sociedad en su conjunto. Finalmente, la teoría mixta alude a una sanción basada en la conducta rebelde del individuo que provoque una conmoción en el ordenamiento jurídico; “es una tesis ecléctica, donde la tentativa se pena por ser voluntad rebelde, pero donde el merecimiento de la sanción queda sujeto a circunstancias objetivas, como la provocación de una pérdida de confianza efectiva del orden normativo<sup>21</sup>”.

Adherimos a la última de estas teorías, en el sentido que efectivamente no se ha producido el daño, pero el autor ha intentado todo para que se produzca, y con el objeto de proteger a la sociedad toda, debe ser castigado como si el resultado se

---

<sup>18</sup> Politoff, S., Matus, JP., y Ramírez, C. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. 2° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 367).

<sup>19</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 263).

<sup>20</sup> Ibid. (pp. 264).

<sup>21</sup> Ibid. (pp. 265).

hubiese producido, ya que, esa era la intencionalidad del autor, al margen de no haber obtenido por circunstancias externas a sí mismo.

En el plano normativo, el artículo 7 inciso segundo del Código Penal, al referirse a los delitos en su grado de frustrados señala que, “hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”<sup>22</sup>, de esta forma en los delitos frustrados, el sujeto activo puso todo de su parte para obtener el resultado, pero por razones externas y ajenas a su voluntad no alcanzó el mismo. Por tanto, si bien la Corte Suprema, apoyada por la opinión mayoritaria de la doctrina, establece que el dolo debe ser directo para los delitos frustrados, omite “la específica regulación del femicidio en cuanto variante nominativa de parricidio, plasmada en el artículo 390 del Código Penal, remitiéndose a una consideración general acerca de las formas de dolo que son compatibles con la tentativa y la frustración, en los términos del ya referido artículo 7 del Código Penal”<sup>23</sup>.

Es dable destacar que la Corte Suprema, como sostiene Mañalich, no toma en consideración la regulación específica de punibilidad del femicidio como tipo penal, al momento de establecer la incompatibilidad entre dolo eventual y el femicidio frustrado, entendiéndose que este último es una variante del parricidio, sino que, para sostener la incompatibilidad entre ambos preceptos jurídicos, únicamente se aboca a analizar los tipos de dolos con que se ejecutó el hecho ilícito. Por tanto, esta regulación específica de la que hablamos como forma de punibilidad del femicidio, está contemplado en el artículo 390 del Código Penal, (donde la corte tampoco hace mención) y esto radica en que los hechos obrados por parte del ejecutor del delito, hayan sido con conocimiento de las relaciones personales que lo vinculan con la víctima.

Podríamos establecer entonces que el tipo penal de femicidio se configura con la agresión del sujeto, más el conocimiento de tener un vínculo con la víctima, y aun cuando no haya tenido la intención de causarle la muerte como su principal y único propósito, la agrede aceptando las consecuencias de la posible muerte de la víctima.

---

<sup>22</sup> Código Penal, Artículo 7.

<sup>23</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), (pp. 171-182), Santiago-Chile, (pp. 2).

Por tanto, en los hechos, se dan todos los presupuestos del tipo penal, en grado de ejecución frustrado puesto que habiendo realizado todo lo necesario para que el ilícito ocurriera, este por causas externas a su voluntad no logra el objetivo, aceptando con ello la posible concurrencia de muerte de la víctima (dolo eventual).

Pero aun así, pese a todo lo anteriormente dicho, actualmente parte importante de la doctrina continúa centrándose, únicamente, en la exigencia del dolo directo para la imputación del delito en los distintos grados de ejecución en específicamente en su grado frustrado que es aquel que nos atañe en este trabajo, pareciendo ser indiferente el objetivo para cual fue hecho el tipo penal a fin de proteger un determinado bien jurídico.

## **2.1. DOLO, DEFINICIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, CLASIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA DE SUS REQUISITOS EN RELACIÓN CON EL DELITO EN SU CARÁCTER DE FRUSTRADO.**

Considerando que el dolo es uno de los elementos jurídicos relevantes en la discusión que nos convoca, y que es motivo de discrepancia entre lo sostenido por el Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique y la Corte Suprema, es que corresponde tratar dicha institución en profundidad.

El dolo no se encuentra definido en nuestro Código Penal, ha sido trabajo de la doctrina generar una definición de dolo propia para materias penales, así podemos constatar la existencia de un sin fin de definiciones, que para efectos de este trabajo sólo mencionaremos aquellas que consideramos más influyentes. Garrido Montt, por ejemplo nos señala que “dolo es la conciencia (o conocimiento) y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito<sup>24</sup>”; por su parte Enrique Cury indica que “el dolo es directo cuando el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico<sup>25</sup>”; por otra parte Maurach expresa que “dolo es la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo<sup>26</sup>”; en el mismo sentido antes mencionado Welzel nos dice “el dolo es la voluntad de acción orientada a la realización del hecho penal<sup>27</sup>”. Finalmente, Politoff, Matus y Ramírez señalan que, “en definitiva, corresponde al contenido del querer de una acción, en el sentido del derecho penal: a) la misma acción querida; b) las

---

<sup>24</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 75).

<sup>25</sup> Cury, E. (2004). *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 3ª Edición, Santiago-Chile, (pp. 310).

<sup>26</sup> Maurach R. (1994). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Astrea, Buenos Aires, (pp. 303).

<sup>27</sup> Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Alemán*, Roque de Palma, Buenos Aires, (pp. 95).

consecuencias que se persiguen con esa acción, y c) los efectos secundarios que el hechor acepta como inherentes a la realización del hecho típico”<sup>28</sup>. Así las cosas, los autores siguen fundamentalmente una línea de pensamiento, en el sentido de establecer que el elemento volitivo radica fundamentalmente en la idea de querer realizar la acción típica, no es una mera casualidad, sino que es del todo intencional.

Cabe destacar que la doctrina nacional mayoritaria ubica el dolo en la tipicidad, al señalar que éste es libre valorativamente y no supone un juicio de culpabilidad, de esta manera es posible que el sujeto actúe dolosamente, aunque exista respecto de él alguna causal de eximente de responsabilidad. En este sentido, como teoría finalista del delito, se entiende que cualquier conducta de una persona se mueve por una voluntad exterior, por una finalidad específica, que no puede omitirse en el momento de valorar el hecho delictivo, así el enfoque está dado por el desvalor de la acción, es decir, por el reproche en el comportamiento del autor, que puede ser a título de dolo o de culpa. Por otra parte, existen autores que consideran que el dolo debe ubicarse en la culpabilidad, agregando un elemento valorativo, la conciencia de que el sujeto actuó contrario a derecho, es decir, reconoce la ilicitud de su actividad y aun en esas circunstancias obra queriendo causar el mal del hecho típico. Para efectos de lo que se desea demostrar en este trabajo, analizamos el dolo desde la teoría finalista, que ubica el dolo en la tipicidad.

El artículo 2° del Código Penal señala que: “Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito sólo si hay culpa en quien las comete”, en este sentido, importaría considerar el dolo como valorativamente neutro y por tanto, estaría incluido el dolo eventual como una forma de dolo igual que las demás, permitida como criterio de imputación subjetiva respecto de toda clase de delitos, salvo excepciones.

De acuerdo a la tesis tradicional, el dolo requiere de dos elementos: por una parte es necesaria la concurrencia de un elemento intelectual, es decir, el conocimiento de lo que se hará, y por otra parte un elemento volitivo, esto es, querer realizarlo. El primer de ellos, el elemento cognitivo, “exige al sujeto activo que conozca todas las características materiales que conforman la acción descrita por el tipo, tanto

---

<sup>28</sup> Politoff, S., Matus, J.P., y Ramírez, C. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Edición 2. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, (pp. 272)

las descriptivas como las normativas<sup>29</sup>, de esta forma el autor deberá conocer la actividad ilícita que pretende desarrollar, el curso causal de su acción y los efectos que provocará en el mundo exterior. Por su parte el elemento volitivo, “se extiende a la decisión de lograr el objetivo, de emplear los medios escogidos y de llevarlo a cabo en todas sus etapas en la forma prevista<sup>30</sup>, es decir, de realizar íntegramente lo planificado, lo cual puede resumirse en querer el resultado típico, en ese sentido es suficiente que el autor sepa que si realiza dicha actividad típica el resultado se producirá.

El dolo además tiene clasificaciones, que es necesario considerar para la finalidad de este trabajo, las cuales descansan sobre la base de la intensidad del querer en el resultado típico y a posteriori de la mayor o menor seguridad que existe en cuanto a la concreción de las consecuencias buscadas por el autor de la acción típica, antijurídica y culpable.

Primero encontramos el dolo directo, que es la intención (o propósito), es la “persecución dirigida a un fin” del resultado típico<sup>31</sup>. En el dolo directo aquello que pretende el sujeto activo, coincide con el resultado de la acción realizada, siendo algo secundario la mayor o menor posibilidad con que el sujeto se represente el éxito de su acción<sup>32</sup>. De esta manera, “es seguro que, cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible”<sup>33</sup>

Por otra parte, existe el dolo de consecuencias seguras o necesarias, también denominado dolo directo de segundo grado, en este caso el sujeto no persigue el resultado que se representa como necesario o inevitable aparejado a la consecución del fin que persigue, es decir, existe una alta probabilidad que sobrevenga la consecuencia no deseada. En términos de Roxin, el dolo directo de segundo grado “abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero

---

<sup>29</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4º edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 76).

<sup>30</sup> Ibid. (pp. 77).

<sup>31</sup> Roxin, C. (1999). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, Madrid, (pp. 415 y 417).

<sup>32</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4º edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 79).

<sup>33</sup> Roxin, C. (1999). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, Madrid, (pp 418).

de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente”<sup>34</sup>.

Finalmente, dentro de las denominaciones clásicas encontramos el dolo eventual, pero considerando la importancia del desarrollo de este tipo de dolo para el presente trabajo, es que continuaremos con clasificaciones de dolo de menor importancia, para finalmente enfocarnos en el mencionado tipo de dolo.

En primer lugar, entre estas clasificaciones menos comunes, está el dolo alternativo: “el autor quiere una determinada acción, pero ignora cuál de los tipos legales va a realizar, esto es, quiere uno u otro de los resultados”<sup>35</sup>. Esta tipología es similar al dolo de las consecuencias seguras, en el sentido que prevé más de un resultado, esperando alcanzar cualquiera de estos, y que por circunstancias ajenas a su voluntad se producirá uno de ellos. En segundo lugar, encontramos el dolo específico, que ocurre “cuando la voluntad se orienta a una finalidad especial contenida en una finalidad general que persigue el delincuente”<sup>36</sup>.

Como mencionamos anteriormente, nos detendremos en el dolo eventual. La doctrina ha definido el dolo eventual como aquella situación en que “el sujeto si bien no persigue el resultado ilícito, se le representa como mera posibilidad de su acción, no obstante, la lleva a cabo sin adoptar medidas para evitarlo”<sup>37</sup>. Como se sostendrá en el presente trabajo, en el caso discutido existe dolo eventual respecto del delito de femicidio frustrado, dado que el autor, sin tener la intención de matar a la víctima, acepta la posibilidad de que sus actos puedan causarle la muerte al momento de agredirla, y dicha imputación subjetiva sería suficiente para que se configure el tipo penal en el delito frustrado de femicidio.

Debemos considerar que clásicamente surge la pregunta, si quien ha deseado su actuar, el cual tiene la característica de ser lícito en sí mismo, y se representó una posibilidad ilícita, *¿actúa dolosamente respecto de las consecuencias alcanzadas o más bien se acerca al concepto de culpa?*. Esta cuestión es absolutamente trascendente, principalmente porque las penas de los delitos culposos son más bajas

---

<sup>34</sup> Ibid, (pp. 423).

<sup>35</sup> Politoff, S., Matus, J.P., y Ramírez, C. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Edición 2. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, (pp. 280).

<sup>36</sup> Ibid. (pp. 281).

<sup>37</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 80).

que las de los delitos dolosos. En ese sentido, en el caso particular que conocemos, la calificación jurídica de la Corte Suprema modificó de forma fundamental la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, al considerar que no hubo dolo en un delito frustrado, al no haberse alcanzado el resultado de muerte.

Retomando la naturaleza del dolo eventual, es fundamental considerar la delimitación adecuada entre esta clase de dolo y la culpa consciente o también llamada culpa con representación. En esta última “hay previsión del resultado típico al ejecutar la acción, pero la posición psicológica del sujeto es diversa a la que actúa con dolo eventual; en la culpa nunca el que actúa queda indiferente ante la eventualidad de un resultado típico, siempre lo rechaza”<sup>38</sup>, en ese sentido, el sujeto actúa con una actitud de rechazar el posible daño, a diferencia del dolo eventual, que el sujeto se representa el resultado típico, lo sabe, lo conoce, y aún así ejecuta el acto, consciente del daño que eventualmente podría producir, sin realizar alguna acción para impedirlo, lo cual es la línea divisoria entre el dolo directo, dolo eventual y la culpa consciente. Es por ello, que la separación del dolo y la culpa, en este caso la culpa consciente o representada, se delimitan específicamente y así lo entendió la Corte Suprema al momento de dictar la sentencia que da origen a este trabajo: la ausencia de dolo directo, configurándose de esta forma un delito distinto al establecido por el Tribunal Oral en lo Penal; en ese mismo sentido lo ha establecido la doctrina: “quien produce conforme a un plan un resultado típico, realiza un tipo de delito distinto que quien no ha incluido en sus cálculos el resultado y lo produce por negligencia o ligereza”<sup>39</sup>

Finalmente, es menester mencionar que no solo existe diferencia de injusto, sino también de culpabilidad, lo cual se traduce en la diferente sanción de las conductas, “pues quien decide - aunque sea sólo para un caso eventual - en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía - aunque sea negligente- en la no producción del resultado”<sup>40</sup>, por ello es fundamental en relación al caso a analizar en este trabajo, considerar la calificación jurídica que realizó la Corte Suprema, estableciendo la existencia de un delito de lesiones graves, eliminando el delito de femicidio frustrado, por no haber existido dolo directo, sin

---

<sup>38</sup> Garrido Montt, M. (2013). *Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 4ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, (pp. 80).

<sup>39</sup> Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, (pp. 426).

<sup>40</sup> Ibid. (pp. 427).

perjuicio de que evidentemente existe la presencia de dolo eventual, atendida la acción realizada por el imputado.

## ***2.2 ITER CRIMINIS, DELITOS EN SU CARÁCTER DE FRUSTRADOS Y SU RELACIÓN CON EL DOLO, TANTO DIRECTO COMO EVENTUAL.***

Retomaremos el iter criminis en relación fundamentalmente con el dolo eventual, en ese sentido, reiteramos lo antes señalado, tanto la definición doctrinaria, como la legal establecida en el artículo 7 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester recordar que, en los delitos frustrados el autor debe haber realizado todos los actos que dentro de su curso natural darían como resultado la consumación del delito, de forma que el agente ha realizado todo lo posible para conseguir el resultado, y por razones ajenas a su voluntad no ha podido alcanzar el resultado esperado.

Para el desarrollo de este punto, se deben relacionar los delitos frustrados con los delitos en su grado de tentativos, considerando que una parte importante de la doctrina establece que existen similitudes importantes, es por ello que recogeremos la teoría de la tentativa acabada, considerado en el derecho chileno como delito frustrado. En ese sentido, la teoría antes mencionada en relación a los delitos tentados acabados, ha establecido doctrinariamente dos vertientes, una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada y otra de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce, en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada.

Es en virtud de lo anterior que, una parte de la doctrina ha entendido que el delito tentado acabado es igual al delito frustrado, debiendo hacerse por tanto extensivo sus efectos; por su parte, la tentativa inacabada sería el delito tentado propiamente tal. En este último punto no nos adentraremos, en virtud de que no es el

objetivo de este trabajo. Esta distinción de la tentativa acabada - delito frustrado- y la tentativa inacabada -delito tentado- no existe en el Código Penal Chileno, sin embargo, la doctrina nacional sí ha realizado la mencionada distinción indicando que, “una tentativa acabada equivale a que, no habiendo el hecho alcanzado la consumación, en su perpetración el hechor haya puesto “de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume”, tal como reza el inciso 2º del artículo 7 del Código Penal. Como contrapartida, es justamente la falta de acabamiento de aquello que la ley denomina, sin más, tentativa”<sup>41</sup>, es decir, en el primero de los casos nos encontramos ante un delito frustrado, y en el siguiente en uno tentado.

En virtud de lo anteriormente mencionado, la dificultad de la distinción antes señalada radica en la procedencia del dolo, y más específicamente del dolo eventual; en ese sentido, para efectos de este trabajo consideraremos que el dolo eventual será suficiente desde un punto de vista normativo para un delito en su grado de frustrado.

La Corte Suprema sostiene en la sentencia en comento un punto de vista del que se desprende que, resulta incompatible la forma de punibilidad que es propia de la tentativa en los términos del artículo 7º del Código Penal, con el dolo eventual, lo que dice relación con la jurisprudencia y opinión dominante en este tema en Chile. En este sentido, autores como Cury, Labatut, Etcheberry sostienen que la tentativa acabada solo puede cometerse con dolo directo, dado que el artículo 7º del Código Penal exigiría que el principio de ejecución se lleve a cabo “*mediante hechos directos*”, lo que significaría que ellos deberían estar encaminados a la consumación del delito, situación solo compatible con la concurrencia de dolo directo.

Esta postura mayoritaria se fundamenta, por una parte, en argumentos positivo-dogmáticos consistente “en una determinada interpretación de la exigencia del inciso 3º del artículo 7º del Código Penal, atribuyendo valencia subjetiva a la voz hechos directos”<sup>42</sup> en los términos en que sostiene Cury: “El tenor literal del artículo 7º de nuestro Código exige que el comienzo de ejecución del crimen o simple delito tenga lugar por hechos directos, es decir, orientados o dirigidos directamente a la consumación del ilícito, característica que sólo puede emanar de un acto cometido con

---

<sup>41</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp. 4).

<sup>42</sup> Londoño, F. (2016). *Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?*, Revista de Ciencias Penales 93(3), (pp.103).

una intención que apunta al resultado, con dolo directo”<sup>43</sup>. Por otra parte, se fundamenta en argumentos dógmático-a priori, atingente a la naturaleza de la tentativa y el dolo eventual, consistente en una “determinada concepción dogmática de la tentativa (de su faz subjetiva) y del dolo eventual, subrayándose la incompatibilidad (ontológica, lógica o semántica) entre -por una parte- la idea de “intento” (Cury), “búsqueda del hecho típico” (Cury), “persecución de una meta” (considerando 5º SCS-2007), “voluntad finalista” (Etcheberry) o “direccionamiento hacia un objetivo” (SCA San Miguel 2000) y -por otra parte- la “mera aceptación” de dicho objetivo (como factor volitivo del dolo eventual).”<sup>44</sup> De ésta pre concepción del dolo eventual se entrevé una menguada entidad con el plano volitivo.

Tal como lo sostiene Mañalich: “La consideración decisiva para desechar la tesis favorecida por la corte, de modo tal de favorecer, en cambio, la tesis de la suficiencia del dolo eventual concierne a la relación en que se encuentran las categorías de delito tentado y delito frustrado, por un lado, y la de delito consumado, por otro. Lo primero que es necesario advertir aquí es que la calificación de un hecho potencialmente punible como ejemplificativo de alguna de esas tres categorías sólo es posible ex post. Esto se sigue de que sólo ex post resulta constatable la consumación de un delito, en circunstancias de que para la constitución de un delito tentado o un delito frustrado es conceptualmente necesaria su falta de consumación, lo cual —por implicación— sólo puede ser constatado ex post”<sup>45</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema, entendió que el imputado al atacar a la víctima y golpearla con piezas de concreto actuó con dolo homicida, lo cual hubiese sido calificado de dolo directo, en el caso que se hubiese alcanzado el resultado, lo cual permite presumir fundadamente que nuestro máximo tribunal hubiese estado dispuesto a validar una condena por femicidio consumado, en caso de que la víctima hubiese llegado a morir a consecuencia de los golpes recibidos, “pero si la decisión de generar el correspondiente riesgo concreto de muerte para otra persona, es idéntica en caso de que ese riesgo no llegue a realizarse en la efectiva muerte de esta persona, entonces es difícil explicar que a quien se ha representado estar

---

<sup>43</sup> Londoño, F. (2016). *Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?*, Revista de Ciencias Penales 93(3), (pp.103).

<sup>44</sup> Ibid. (pp.103).

<sup>45</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp. 5).

condicionando suficientemente la muerte de esa otra persona no se le pueda dirigir un reproche por haberse comportado de un modo que, de haberse efectivamente realizado el riesgo que aquél se representó estar creando, lo habría llevado a dar muerte a esa otra persona”<sup>46</sup>.

Claramente es imposible castigarlo por un delito consumado, ya que, efectivamente el resultado no se produjo, sin embargo, es para casos como el comentado que existen las figuras de los delitos tentados y frustrados, de esta forma si el dolo eventual es suficiente para los delitos consumados, también deberá serlo para los que no alcanzaron dicho estado, es decir, “el presupuesto mínimamente suficiente para la constitución de la respectiva falta personal, que a su vez pueda sustentar una atribución de responsabilidad jurídico-penal, es exactamente el mismo tratándose de un posible delito consumado y de un posible delito tentado, a saber: una creencia predictiva cuya adscripción pueda dar lugar a una imputación a título de dolo eventual”<sup>47</sup>, como ya hemos dicho en este caso, hacemos símil los conceptos de delito frustrado y tentado, en razón de la teoría de los delitos tentados acabados e inacabados explicada anteriormente.

Según señala el profesor Mañalich, en el caso en cuestión, nos encontramos que el actuar del agente, en cuanto a la satisfacción (más o menos probable) de la descripción que especifica el respectivo género de comportamiento antinormativo, por un lado, y la falta de satisfacción objetiva de esa misma descripción a través de su comportamiento, por otro, se traducen en que el autor actuó con un dolo homicida, ya que así lo entendieron nuestros tribunales de justicia, y la no obtención del resultado, permite perfectamente entender que existe un delito de femicidio en su grado de frustrado, sin la necesidad de establecer una figura normativa distinta, como lo hizo, la Corte Suprema, castigando finalmente por un delito de lesiones en su grado de consumado, ya que, estas mismas lesiones se encuentran perfectamente contempladas en el delito de femicidio frustrado, por tanto, lo anteriormente señalado hace pensar que nuestro máximo tribunal, omitió la discusión tanto en el plano objetivo como en el subjetivo que se produce en la relación de dolo eventual - delitos frustrados.

---

<sup>46</sup> Ibid. (pp. 5).

<sup>47</sup> Mañalich, JP. (2017). *La Tentativa De Delito Como Hecho Punible. Una Aproximación Analítica*, Revista Chilena derecho, volumen 44(2), (pp. 461–493). Santiago-Chile, (pp. 486).

Como se mencionó anteriormente, el dolo requiere dos momentos o dos son sus elementos, uno intelectual y uno volitivo. El primero, es decir el conocimiento de lo que se hará, y el segundo, querer realizarlo. Si, como se planteó anteriormente, la Corte Suprema, entendió que el imputado al atacar la víctima y golpearla con piezas de concreto actuó con dolo homicida, “es necesario desestimar, en cuanto radicalmente implausible, la sugerencia de que la posterior extracción de los globos oculares de la víctima, por parte del condenado, sería retrospectivamente indicativa de que, al golpearla con los trozos de concreto, éste no habría actuado con dolo directo de homicidio. Según la corte, para afirmar que el condenado pudo regresar al lugar donde había ya golpeado brutalmente a la víctima con la presunta intención de producirle su muerte, habría que atribuir a aquél una especie de “desdoblamiento psicológico”. Pues tal “nueva intención la de golpear, herir o maltratar [...] implica, necesariamente, el querer la supervivencia de la víctima” (considerando 61).

Esto es, a todas luces, un error.”<sup>48</sup> Por un lado implicaría asumir que el imputado tiene los conocimientos suficientes para representarse con precisión que la golpiza con trozos de concreto no tuvo un impacto en la víctima como para darle muerte, y que la posterior extracción de globos oculares la hizo propiciando a que no existan cortes más profundos, o de nervios vitales o un posible desangramiento, indicativo de querer la supervivencia de la víctima. Por otro lado, es “perfectamente concebible, por ejemplo, que quien ya ha subrepticamente introducido una sustancia letal en el organismo de otra persona pueda, en el ínterin, maltratar o lesionar corporalmente a esa misma persona, sin que esto pueda llegar a ser indicativo de que, al suministrarle la sustancia, el primero no haya tenido el propósito de matar a la segunda persona”<sup>49</sup>. Es por lo tanto de toda lógica concluir que el imputado se representa como consecuencia de sus hechos la posibilidad de la muerte de la víctima, siendo forzado colegir de su comportamiento el querer la supervivencia de la víctima, como observa el voto disidente del Ministro Juica en el considerando octavo:

---

<sup>48</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp.7).

<sup>49</sup> Ibid. (pp.4).

“el citado artículo 7º exige que el autor haga todo lo necesario “para” que el delito se consume y no “hasta” que el delito se consume”<sup>50</sup>

### **3. CAPÍTULO III: COMENTARIOS ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA**

#### **3.1. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL VOTO MAYORITARIO. ALCANCE JURÍDICO DEL MISMO.**

Como hemos señalado anteriormente, el último de los argumentos del recurso de nulidad es la existencia de una unidad de acción y, por tanto, la procedencia de un solo delito y en consecuencia una sola calificación jurídica a los dos hechos ya largamente descritos en estas páginas. Siguiendo esa misma línea de ideas, la defensa del imputado esgrime que, “bajo el supuesto de que no hubo el dolo homicida que requiere la figura del femicidio frustrado -sino sólo de lesionar-, plantea la calificación del hecho único como delito de lesiones graves gravísimas o mutilación de miembro importante”<sup>51</sup>, es decir, sostiene que, al existir ausencia de dolo de matar, el agresor solo actuó con dolo eventual, y dicho dolo sería con el homicidio frustrado o tentado.

Evidentemente en esta parte nos alejamos de lo señalado por la defensa del imputado, por las razones que antes hemos expuesto, y también de lo que señala la Corte Suprema, como veremos más adelante. Nuestro máximo tribunal, debe previamente determinar cuando existe unidad de acción, en ese sentido, establece que, “mientras la noción de unidad de delito es exclusivamente jurídica, pues viene dada por el sentido de los tipos legales, la de unidad de hecho se refiere principalmente a un conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión espacio-temporal”<sup>52</sup>, por lo cual, siguiendo el criterio de temporalidad, existen múltiples hechos, punto determinante al cual adherimos: consideramos que son dos hechos distintos, con comienzos y finales diversos, pero sobre todo con intención diversa, y por consecuencia con dolo distinto. Cabe señalar que la tanto la defensa, como la Corte Suprema discuten la unidad o no de acción

---

<sup>50</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp.4).

<sup>51</sup> CHILE. Sentencia de la Corte Suprema. 2017. Causa N°19008-2017, Resolución N°341664, (pp.40).

<sup>52</sup> Ibid. (pp.45-46).

principalmente para determinar si existe un concurso de delito y con ello establecer la pena correspondiente al imputado, lo cual escapa a los objetivos de este trabajo, por ser una materia de larga discusión en el derecho penal.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que es importante esclarecer es si en palabras de la defensa, la ausencia de dolo o sólo dolo eventual excluye la frustración y la tentativa de femicidio, al ser incompatibles con ésta y exigir necesariamente dolo directo. Al respecto, indica la corte que, “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”<sup>53</sup>. Por tanto, reconoce que la calificación del elemento subjetivo por naturaleza lo determinara el tribunal oral conforme a la prueba rendida en juicio, es decir, en base a los antecedentes de hecho, que por regla general, la Corte Suprema no puede ni debe conocer, atendido que la prueba no se rinde ante el máximo tribunal nacional.

El argumento de la Corte Suprema lo indica en su considerando quincuagésimo cuarto, señalando que “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, el delito frustrado -estado de desarrollo alcanzado por el delito de femicidio según el fallo- requiere dolo directo en el agente, ya que esta etapa 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”<sup>54</sup>, y agrega en su considerando quincuagésimo sexto, “que la sentencia recurrida afirma en el considerando 87° que ambos delitos se ejecutaron “de manera dolosa”, es decir, no encuadra específicamente en aquella categoría psicológica-normativa -dolo directo- la voluntad

---

<sup>53</sup> Ibid. (pp.55).

<sup>54</sup> Ibid. (pp.57).

que guió al encartado y, por ende, no expresa las razones por las que el fallo implícitamente habría optado por ella y no por dolo eventual”<sup>55</sup>.

Efectivamente la Corte no se equivoca al señalar que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que los delitos en su carácter de frustrados o tentados requieren sólo dolo directo. Cabe recordar que como hemos señalado, existe dolo eventual, cuando el autor reconoce como una posibilidad el resultado típico, y por lo mencionado por todos los intervinientes en ese caso, el imputado actuó a lo menos con dolo eventual, puesto que si bien la Corte no consideró los argumentos de la fiscalía como suficientes para probar la intención de matar, sí fue posible probar, gracias al testimonio de los intervinientes en el proceso, que el autor jamás consideró la posibilidad de prestarle auxilio a Nábila, por ende, estaba consciente de que existía la posibilidad de que la víctima falleciera si no recibía la ayuda adecuada.

La Corte Suprema omite el análisis de dolo eventual, puesto que el juez a quo se orienta a buscar sólo la presencia de dolo directo homicida, lo cual evidentemente si hubiera podido ser demostrado no existiría duda alguna de la procedencia del delito de femicidio en el grado de frustrado. En ese sentido, como señala el profesor Mañalich, el dolo eventual es suficiente tanto para los delitos en su grado de consumado como para los delitos tentados y frustrados, ya que el sustento mínimo de la responsabilidad jurídica es la misma para los tres grados delictuales, tal como hemos mencionado anteriormente en virtud de la teoría de los delitos en grado de tentados, tanto acabados como inacabados.

En razón de lo anterior, se debe destacar que la Corte omitió que es posible distinguir los delitos frustrados y tentados en base a la denominada tentativa acabada e inacabada, tesis que si bien es desconocida por nuestro Código Penal, sí ha sido recogida por la doctrina; siguiendo con esa visión de pensamiento se debe esclarecer que si el hechor se representa la idea de que alcanzará un resultado típico y antijurídico, pero no logra consumar el mismo por razones ajenas a su voluntad e intereses, estaremos en presencia de un delito frustrado a título de dolo eventual, ya que él mismo tenía la idea y el conocimiento de que podría llegar al resultado y, sin embargo, no logra dicho objetivo, por lo cual no se le puede castigar por un delito consumado, pero si por el carácter de frustrado. En ese sentido, sería un error de

---

<sup>55</sup> Ibid. (pp.58).

interpretación pensar en la obligatoriedad de dolo directo para catalogar un delito como frustrado, ya que, como la misma Corte Suprema ha expresado, para establecerse aquello se dependerá fundamentalmente de la prueba que se rinda en la instancia respectiva, es decir, se le exige a la víctima acreditar la presencia de dolo directo, para el castigo de un delito en su grado de frustrado, sin perjuicio de la dificultad probatoria de la misma, sin que baste probar el dolo eventual.

En este sentido, estimamos que el imputado toma una decisión contra el bien jurídico, el que se ve claramente visualizado en aquel segundo acto en el cual para nosotros viene en intentar concretar su siempre intención de matar a la víctima. La afirmación de quién con su comportamiento actúa con dolo eventual *se decide por la posible lesión de un bien jurídico*: “Considera Roxin que debe afirmarse dolo eventual (es decir decisión por la posible lesión del bien jurídico) cuando concurren en un supuesto los fenómenos ya conocidos de *tomar en serio el riesgo y de conformarse o resignarse con él*. Sin embargo – y ahí radica la clave de su planteamiento- desde el punto de vista de Roxin conceptos como *tomar en serio o conformarse con*, no pueden considerarse elementos del concepto de dolo, sino sólo indicios especialmente evidentes de la concurrencia de este, es decir, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de un bien jurídico en la actuación del sujeto.

56

Aparecen en los hechos claramente los indicios que permiten llevar a cabo un “juicio de inferencia” a partir de las diversas circunstancias de hecho, que puedan conformar un cúmulo de prueba indiciaria o circunstancial, que lleva a determinar que el acusado realizó una acción idónea para provocar la muerte de la víctima “revestida de una intencionalidad homicida” (considerando quincuagésimo tercero).

Sin embargo, la corte hace suya como concepción de dolo la teoría volitiva, en circunstancias que aparece de manifiesto que el dolo, el que se analiza según los indicios del caso, es de índole cognitivista. Desde ese punto de vista, se puede decir que, el autor pudo evitar el resultado en el momento decisivo de la realización del tipo puesto que no había nada que se lo impidiera.

Lo que interesa es un concepto cognitivista, que entiende el dolo como una representación cualificada de las circunstancias, congruente con la idea de que la

---

<sup>56</sup> Ragués, R. (2002). *El dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Edición I, Barcelona, (pp. 61).

imputación subjetiva lo que hace es comprobar la satisfacción de ciertos criterios de evitabilidad. Porque para una concepción volicionista, el autor hizo todo para la realización del tipo o aceptó la producción del resultado o asintió a la realización del resultado o consintió la producción del resultado o fue indiferente frente a la realización del tipo. En el fallo la Corte entendió que este elemento, esta aceptación, este consentimiento o asentimiento, no era posible de ser inferida de las circunstancias objetivamente dadas.

Como señala el profesor Mañalich, cabe agregar también, que la Corte confunde la exigencia de dolo directo con una exigencia de consumación del delito, ello principalmente porque la determinación de un delito en su grado de consumado, frustrado o tentado, siempre será posteriormente a los hechos, por lo cual sigue siendo procedente el dolo eventual, es por ello que, para la constitución de delito frustrado conceptualmente es necesario su falta de consumación, “Aquí es importante reparar en que la Corte asumió que, el condenado habría propinado los golpes con las piezas de concreto actuando con “dolo homicida” (cons. 53), el cual no habría alcanzado a ser constitutivo de dolo directo. Esto quiere decir que la Corte comprendió como correcta la adscripción al condenado de dolo eventual de homicidio —con relevancia para la imputación del correspondiente femicidio — en referencia a la aplicación de esa misma golpiza”<sup>57</sup>.

Por lo tanto, si la Corte estaba dispuesta a condenarlo por un delito de femicidio consumado, hace pensar que el reproche debe ser similar si generó un riesgo para la víctima imputable a título de dolo eventual, suficiente para calificarlo de femicidio frustrado, por tanto lo que dé lugar para una imputación a título de delito en su grado de consumado tiene que dar lugar también para aquella que presenta la existencia de una posible responsabilidad por un delito tentado o frustrado, y siendo el dolo eventual suficiente para el delito en su grado consumado, también tendría que serlo para un delito tentado o frustrado, radicando la diferencia de los mismos en la pena correspondiente<sup>58</sup>; de esta forma, reafirmamos no estar de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema, sin perjuicio de ello, uno de sus ministros tampoco lo estuvo, redactando un voto minoritario que desarrollaremos en las líneas siguientes.

---

<sup>57</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp.5).

<sup>58</sup> Ibid. (pp. 5).

### **3.2 FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL VOTO MINORITARIO. ALCANCE JURÍDICO DEL MISMO.**

Por su parte el ministro Sr. Milton Juica redactó un voto minoritario en el que manifestó estar en desacuerdo con lo establecido por el voto de mayoría de la Corte Suprema, sosteniendo que en el caso discutido existe femicidio frustrado con dolo directo.

El ministro Sr. Milton Juica sostiene que: “dado que el fallo asienta que el autor no sólo aceptaba la muerte de la ofendida que se representaba como una posibilidad de su ataque, lo que permitiría sostener el dolo eventual, sino derechamente que ese resultado era el “propósito” de su actuar, pues obró con “intencionalidad homicida”, tal subjetividad no puede sino ser la de dolo directo y, por ende, no se equivoca el fallo impugnado al calificar consiguientemente los hechos como femicidio frustrado”<sup>59</sup>. Continúa esgrimiendo que, “la sentencia en parte alguna afirma que el hechor “abandona” el dolo homicida de la primera acción -los golpes con un elemento contundente-, que esa voluntad se haya extinguido, o que se desistiera del delito iniciado, de manera que haya pasado a ser “sustituido” el dolo de matar por un dolo de lesionar cuando se efectúa la extracción de los globos oculares, sino que lo que establece el fallo es algo muy diverso, esto es, que con esta segunda parte de la agresión, el autor ya no tiene el “propósito de privarle la vida” a la víctima, sino precisamente “extraer ambos ojos de la víctima”, por lo que se trata de acciones con “finalidad diferente”, donde la segunda acción requiere un dolo específico”<sup>60</sup>.

Lo que propone esta opinión jurídica, radica en que al establecer que el hechor actuó con dolo directo en el primer ataque, esto es, denominado hecho número uno, jamás cambió ese dolo en el segundo ataque, y considerando que así lo entendió el tribunal a quo, en razón de las pruebas aportadas en dicha instancia, no existe argumento para la magistratura de la Corte Suprema para variar ello, por lo cual actuando con dolo directo debe ser condenado por el delito de femicidio en su grado de frustrado, ya que, no alcanzó el resultado esperado.

---

<sup>59</sup> Ibid. (pp.68).

<sup>60</sup> Ibid. (pp.69-70).

En otras palabras, el voto minoritario de la Corte Suprema sostiene que los golpes ejecutados en la cabeza de la víctima con un elemento contundente fueron realizados con dolo directo homicida porque el autor tenía la intención o propósito de matar a la víctima, y que dicho dolo no cambia al ejecutar la segunda parte de la agresión consistente en extraer los globos oculares, además indica que corresponde a femicidio frustrado porque finalmente la víctima no murió, pese a que podría haberlo hecho de no mediar el socorro de terceros. Así, a diferencia de lo que sostengo en este trabajo, el ministro Sr. Juica entiende que no existe dolo eventual en este caso, porque no hay una mera aceptación de la muerte como posibilidad tras el ataque, sino que existe una acción dirigida directamente a la obtención del resultado de muerte.

El voto minoritario de la sentencia se hace cargo de la discusión que este trabajo ha planteado, sosteniendo “cuando la ley señala en el artículo 7° del Código Penal que el autor debe poner de su parte todo lo necesario para que el delito se consume, en caso alguno importa exigir que si el agente se encontraba en condiciones de ocasionar la muerte de la víctima de manera inmediata, no pueda entonces postergar o diferir ese resultado en el lapso que implique el desenlace de los mecanismos, procesos o circunstancias planificadas con el objeto de alcanzar la muerte pero en un momento posterior a su acción, como ocurrió en la especie. En efecto, aun cuando en este caso al acusado pudo haber seguido golpeando a la víctima hasta darle muerte -en vez retirarse y volver después a extraerle los ojos-, pues tal actividad pudo haberse ejecutado y logrado el resultado aun antes del arribo de terceros, el que haya preferido dejarla agonizando y, en ese estado, además privarla de su visión, para que fueran “los procesos naturales” los que “hicieran colapsar el organismo de la víctima” (como lo fija el fallo), no importa que no haya buscado la muerte -o que abandonara o desistido de ese objetivo- ni, menos, que no hiciera todo lo necesario para causarla, pues se dio también por demostrado que sin la intervención médica posterior, aquel resultado sí se habría alcanzado, postular lo contrario implicaría, en definitiva, dejar sin aplicación la figura del homicidio frustrado”<sup>61</sup>.

Concordamos con esta opinión en sentido de que, no parece lógico considerar que el imputado abandonó la intención homicida al ejecutar el hecho número dos (extraer los globos oculares de la víctima), ya que atendida la gravedad de la lesión,

---

<sup>61</sup> Ibid. (pp.71).

no aparece en en su actuar algún una especie de desistimiento, sino más aún, aparece su intención de concretar la muerte de la víctima. No es posible deducir de su actuar que el autor hay realizado un análisis en el cambie su intención, más tomando en cuenta que después de la mencionada extracción permite que la víctima se desangre en el piso, en circunsntancias de que, como se acreditó en el juicio, en unas horas más y sin atención médica moriría, por lo tanto, “la tentativa en cuestión tendría que entenderse acabada, y en tal medida no susceptible de desistimiento pasivo, con total independencia de cuán próximo o lejano en el tiempo hubiese parecido el acaecimiento de la muerte así presuntivamente condicionada, de acuerdo con la representación que de ello haya tenido el hechor”<sup>62</sup>.

Siguiendo con esa idea de pensamiento, el artículo 7 del Código Penal, exige que el autor haga todo lo necesario para el delito se consume, y no hasta que el delito se consume, es decir, no es obligatorio el resultado como la lógica lo indica, ya que en caso contrario estaríamos ante un delito consumado, perdiendo aplicación real y práctica el delito en su grado de frustrado lo que es ajeno a todo raciocinio. En el caso que se discute “los hechos fijados en el fallo permiten calificar el delito de femicidio como frustrado por haber puesto de su parte el acusado todo lo necesario para la consumación del delito y, de ese modo, el posterior surgimiento de una voluntad de lesionar en nada afecta la calificación de un delito cuya acción homicida ya estaba concluida (...)”.

El delito que se le debió imponer al autor de la agresión con un trozo de concreto y posterior extracción de los globos oculares de la víctima, Nábila Rifo, es el de femicidio en su grado de frustrado, atendido que el condenado actuó en ambos casos, con dolo a lo menos eventual, ya que si bien no alcanza el resultado de muerte, lo cual impide condenarlo por un delito consumado, el propio iter criminis del delito de femicidio, no impide que con la sola procedencia del dolo eventual se alcance el delito de frustrado, en base a lo contenido en la teoría de los delitos frustrados-tentados acabados o inacabados.

---

<sup>62</sup> Mañalich, JP. (2017). *¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017*, Revista de Estudios de la Justicia (27), Santiago-Chile, (pp.6).

Que si bien, no se pudo establecer por parte del Tribunal Oral en lo Penal, al momento de la valoración de la prueba rendida en juicio, que existió dolo directo por parte del autor de causarle la muerte a la víctima, si realizó su acción con un tipo de dolo, y este a lo menos sería eventual en la figura de femicidio frustrado, porque cuando el sujeto ejecuta la acción ilícita habiéndose ejecutado todo lo necesario para que su objetivo inicial ocurriera, éste conocía y aceptaba la posible concurrencia de muerte de la víctima.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Hemos establecido primeramente que, en atención a la teoría de los delitos tentados acabados e inacabados, donde los primeros corresponden a los delitos frustrados, mientras que los últimos se refieren a los delitos tentados, y al margen de que el Código Penal desconozca la mencionada clasificación, la misma puede sustentarse en términos de lo esgrimido en el artículo 7 del Código Penal y tal como sostiene Mañalich, cuando el hecho perpetrado no se alcanzó a consumir aun cuando el sujeto hizo todo de su parte para que el crimen o simple delito se consuma, la falta de acabamiento o consumación es lo que se denomina delito frustrado, que se traduce en dar principio a la ejecución del crimen o simple delito a través de “hechos directos”.

De esta manera la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria sostiene que el principio de ejecución debe llevarse a cabo con “hechos directos”, esta expresión significa que ellos solo pueden estar encaminados a la consumación del delito y por consiguiente la tentativa sólo puede cometerse con dolo directo.

A contrario sensu, según la teoría que se sostiene en este trabajo, la referida expresión “hechos directos”, no implica la exigencia de un dolo directo dado que el principio de ejecución ha de referirse al dolo del tipo respectivo, el que puede satisfacerse con cualquier clase de dolo, directo o eventual.

Por otra parte, como hemos sostenido a lo largo de este trabajo consideramos que el dolo eventual es suficiente, tanto para los delitos en su grado de consumado como para los delitos tentados y frustrados, ya que, el sustento mínimo de la

responsabilidad jurídica es la misma para los tres grados delictuales, lo que cambia es solo la sanción que se establece para las mismas, es decir, el reproche es el mismo por el actuar, pero variará la pena impuesta para cada acto principalmente por el resultado.

Así las cosas, y a partir de lo que hemos escrito a través en estas líneas, podemos indicar que el delito que se le debió imponer al autor de la agresión con un trozo de concreto y posterior extracción de los globos oculares de la víctima, Nábila Rifo, es el de femicidio en su grado de frustrado, atendido que el condenado actuó en ambos casos, con dolo a lo menos eventual, ya que si bien no alcanza el resultado de muerte, lo cual impide condenarlo por un delito consumado, el propio iter criminis del delito de femicidio, no impide que con la sola procedencia del dolo eventual se alcance el delito de frustrado, en base a lo contenido en la teoría de los delitos frustrados-tentados acabados o inacabados.

Que si bien, no se pudo establecer por parte del Tribunal Oral en lo Penal, al momento de la valoración de la prueba rendida en juicio, que existió dolo directo por parte del autor de causarle la muerte a la víctima, si realizó su acción con un tipo de dolo, y este a lo menos sería eventual en la figura de femicidio frustrado, porque cuando el sujeto ejecuta la acción ilícita habiéndose ejecutado todo lo necesario para que su objetivo inicial ocurriera, éste conocía y aceptaba la posible concurrencia de muerte de la víctima.

Finalmente podríamos establecer que el tipo penal de femicidio se configura con la sola agresión del sujeto, quien tiene conocimiento de tener un vínculo personal con la víctima, y aun cuando no haya tenido la intención de causarle la muerte como su principal y único propósito, éste la agredió, en ambos hechos, aceptando las consecuencias de la posible muerte de la víctima producto del ataque, actuando por tanto con dolo eventual. Al no producirse la muerte, el delito se encuentra en grado de frustrado, porque habiendo realizado todo lo necesario para que el ilícito ocurriera, este por causas externas a su voluntad no logra el objetivo.

Pero aun así, pese a todo lo anteriormente dicho, actualmente parte importante de la doctrina continúa centrándose, únicamente, en la exigencia del dolo directo para la imputación del delito en los distintos grado de ejecución en específicamente en su grado frustrado que es aquel que nos atañe en este trabajo, pareciendo ser indiferente

el objetivo para cual fue hecho el tipo penal a fin de proteger un determinado bien jurídico.

Se analiza que la sentencia de la Corte, siendo fiel a la doctrina mayoritaria, a la Ley Chilena y al texto de la definición de tentativa que ella nos da decide en pos de una política criminal estimando que ampliar las posibilidades de castigo a través de una vía interpretativa, puede aumentar desmesuradamente el campo de aplicación de Jus Puniendi Estatal. Cuestión que se aleja completamente del ejercicio de la correcta aplicación de justicia, como se pudo demostrar en este trabajo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO, A. (2011), “El delito de femicidio”, Defensoría Penal Pública, N°1.
- CÓDIGO PENAL
- CÓDIGO PROCESAL PENAL
- COUSO, J., HERNÁNDEZ, H. (2011) CÓDIGO PENAL COMENTADO. LIBRO PRIMERO. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, SANTIAGO DE CHILE.
- CURY, E. (2004). Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Edición 3°, Santiago de Chile.
- GARRIDO MONTT, M. (2013). Derecho penal parte general: nociones fundamentales de la teoría del delito. Tomo II, 4° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- LEY N° 20.066, Que establece ley de violencia intrafamiliar.
- LONDOÑO, F. (2016). “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, Revista de Ciencias Penales 93, N° 3, pp. 95-130.
- MAÑALICH, JP. (2017). “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N°19008-2017, de 11 de julio de 2017”, Revista de Estudios de la Justicia N° 27, pp. 171-182, Santiago de Chile.
- MAÑALICH, JP. (2016). “¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?”, Revista de Estudios de la Justicia N° 25, pp. 247-258, Santiago de Chile.
- MAÑALICH, JP. (2017). “La Tentativa De Delito Como Hecho Punible. Una Aproximación Analítica”, Revista Chilena derecho, volumen 44, N° 2, pp. 461 – 493. Santiago de Chile.
- MATUS, A. (2017). “Los nuevos ojos de Nábila”. Reportajes y entrevistas, Revista Paula 18 de mayo de 2017. <http://www.paula.cl/reportajes-y-entrevistas/los-nuevos-ojos-nabila/#>
- MAURACH R. (1994). Derecho Penal Parte General. Editorial Astrea, Buenos Aires,

- POLITOFF, S., MATUS, JP., y RAMÍREZ, C. (2006). “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General”. 2° edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- RAGUÉS, R. (2002). “El dolo y su prueba en el proceso penal”, José María Bosch (editor)- 1ª edición, Barcelona.
- ROXIN, C. (2006). “Derecho Penal Parte General Tomo I” – Segunda Edición – Editorial Civitas, Madrid.
- SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, C-19008-2017.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE COYHAIQUE, causa RIT N° 1–2017 y RUC N° 1600462017-1.
- Van Weezel, A. (2011). El dolo eventual como espacio de discrecionalidad. Doctrina y Jurisprudencia Penal, N°7, p.23-52.
- VILLEGAS, M. (2012). “El delito de maltrato habitual en la Ley N°20.066 a la luz del derecho comparado”, Revista Polít. crim. Vol. 7, N°14 (diciembre), Art. 2, pp. 276 – 317.
- WELZEL, H. (1956). “Derecho Penal Alemán”, Roque de Palma -Editor-, Buenos Aires.