

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17

Juan Pablo MAÑALICH

Universidad de Chile

Introducción

En un caso que involucraba un episodio de violencia machista cuya crudeza no ha dejado indiferente a la opinión pública, la Corte Suprema decidió, acogiendo en tal medida el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, revocar la condena por femicidio frustrado que, junto a otras dos condenas, una por violación de domicilio y otra por lesión grave gravísima en los términos del numeral 1 del artículo 397 del Código Penal, fuera pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique (el tribunal). Por decisión de mayoría, y en contra del parecer manifestado por el ministro Juica en su voto disidente, la Segunda Sala de la Corte declaró infundada la primera condena, sustituyéndola —a través de la correspondiente de reemplazo— por una condena por lesión corporal simplemente grave en los términos del numeral 2 del artículo 397 del Código Penal, quedando ésta añadida, entonces, a las dos condenas que no fueron objeto de anulación.

Son múltiples los aspectos del fallo de la Corte que ameritarían un escrutinio pormenorizado. En lo estrictamente concerniente al derecho sustantivo aplicable, cabría analizar, por un lado, el argumento ofrecido por la Corte para desechar la alegación, también hecha valer a través del recurso de nulidad, de que el comportamiento desplegado por el condenado haría sido constitutivo de una unidad delictiva, en la forma de una así llamada «unidad natural de acción», con lo cual tendría que haber sido desestimada la existencia de un concurso entre los pretendidos tres hechos punibles que fueran originariamente objeto de referencia de las respectivas condenas pronunciadas en su contra. Y también cabría indagar, por otro lado, en la falta de toda problematización, por parte de la Corte, de que las penas correspondientes a los dos delitos de lesión corporal por los cuales aquél fue en definitiva condenado —uno constitutivo de lesión corporal gravísima y otro de lesión simplemente grave— tuvieran que ser impuestas bajo el régimen de acumulación material previsto en el artículo 74 del

Código Penal, y no en cambio «jurídicamente acumuladas» con arreglo a alguno de los dos regímenes penológicos previstos en el artículo 351 del Código Procesal Penal, tratándose aquí —inequívocamente— de dos delitos «de una misma especie».¹ A este último respecto es posible especular que la Corte pudo haber asumido, sin más, que la aplicación de la regla del artículo 74 resultaba más favorable al condenado desde el punto de vista del posible otorgamiento futuro de una libertad condicional, en el entendido de que, de ese modo, la satisfacción del requisito del cumplimiento de la mitad de la condena habría de ser exclusivamente planteada respecto de la pena de 12 años y 180 días de presidio mayor en su grado medio, impuesta a consecuencia de la imputación del delito de lesión corporal gravísima, y no de la pena que resultaría de la aplicación de la respectiva regla del ya referido artículo 351 del Código Procesal Penal.

En lo que sigue, sin embargo, el análisis del fallo quedará estrictamente acotado al problema de la determinación y la comprobación de la forma de dolo que habría resultado mínimamente suficiente para sustentar la imputación de un femicidio en grado de frustrado.

¿«Dolo» de femicidio?

Para analizar si la determinación de la Corte resulta argumentativamente correcta, es importante comenzar enunciando las circunstancias de hecho que ella tuvo por establecidas, según lo resuelto por el tribunal:

Hecho número 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 306, de su exconviviente 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 segundo del Código Penal.

Hecho número 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 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 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 [sic] 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

1. En general sobre este último problema véase Mañalich (2015), con múltiples referencias ulteriores.

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» (considerando sexto).

El foco del comentario aquí ofrecido estará puesto en las consideraciones en virtud de las cuales la Corte entendió, en referencia al conjunto de circunstancias que configuran el así llamado «hecho número 2», 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. En lo fundamental esas consideraciones son reconducibles a la tesis de que, en los términos del artículo 7 del Código Penal, la forma de punibilidad correspondiente al así llamado «delito frustrado» es incompatible con el dolo eventual como criterio de imputación subjetiva.

Esta sola puntualización resulta ser de la mayor relevancia para calibrar adecuadamente el alcance del razonamiento plasmado en la decisión de mayoría. En contra de lo que pudiera haberse esperado, la Corte no vinculó la afirmación de la pretendida insuficiencia del dolo eventual para una punibilidad a título de femicidio frustrado a la específica regulación del femicidio, en cuanto variante nominativa de parricidio,² plasmada en el artículo 390 del Código Penal, sino 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. Más precisamente, la Corte no prestó atención a la cláusula contenida en el artículo 390 del Código Penal, según la cual una punibilidad a título de parricidio —y por implicación, a título de femicidio— depende de que el hechor haya obrado «con conocimiento de las relaciones» que lo ligan con la persona de la víctima, disposición a la cual un sector todavía relevante de la doctrina atribuye el efecto de una exigencia cualificada de dolo.³ Esto debe ser celebrado, en razón de que tal interpretación de la cláusula resulta sumamente problemática: que una punibilidad a título de parricidio exija que el autor esté al tanto de la relación que lo vincula, de manera típicamente relevante, con la víctima, no equivale en modo alguno a que el dolo eventual no pueda venir en consideración como criterio de imputación

2. Acerca de lo contraindicada que resulta semejante decisión sistemática, véase Mañalich (2016: 251 y ss.), con referencias ulteriores.

3. Véase al respecto, y críticamente, Ossandón (2010: 418 y ss.).

subjetiva, desde ya en lo tocante al grado de probabilidad del condicionamiento de la muerte de la víctima que debe acompañar la representación que aquél tiene de las circunstancias en las que actúa.

Pero aquí es necesario llamar la atención sobre un aspecto del problema que la Corte no llegó siquiera a tematizar, y que concierne a su implícita identificación del título de imputación subjetiva con relevancia para fundamentar una responsabilidad por femicidio, y en general por parricidio, como consistente en un *dolo de homicidio*.⁴ Esto supone abandonar la idea, sumamente extendida en la discusión doctrinal, de que habría tal cosa como un dolo de parricidio,⁵ para abrazar, en cambio, la tesis de que el parricidio constituye una especie de hecho punible cuyo carácter propiamente delictivo es enteramente reducible al del género del homicidio.

La versión más elaborada de un argumento a favor de esta última posición fue ofrecida por Binding (1922), a través de su estricta demarcación de las nociones de «delito» (*Delikt*) y «crimen» (*Verbrechen*), pudiendo esta última ser sustituida por la de «hecho punible».⁶ Así, y siguiendo a Binding (1922), mientras por «delito» cabe entender el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, por «hecho punible» habría que entender un delito o una conjunción de delitos que satisface las ulteriores condiciones de las cuales pudiera depender su punibilidad, fijadas por la correspondiente norma de sanción y por las reglas que la complementan.⁷ Con ello, de la individuación de la norma de comportamiento respectivamente quebrantada depende la identificación del correspondiente «género delictivo», cuya correspondiente extensión queda constituida por la totalidad de las instancias de quebrantamiento de esa misma norma.⁸ Que el autor de un parricidio quebrante (nada más que) la misma norma de comportamiento que el autor de un homicidio —a saber: la prohibición de matar a otro—, se traduce en que no cabe reconocer un dolo específico de parricidio diferente del dolo de homicidio, en la medida en que el dolo quede constituido por la representación de las circunstancias que fundamentan la antinormatividad y con ello el carácter específicamente delictivo del comportamiento que le es imputable, no extendiéndose a aquellas circunstancias de cuya efectividad pudiese depender, ulteriormente, la constitución del correspondiente hecho punible específicamente constitutivo de parricidio.⁹

4. Véanse especialmente los considerandos quincuagésimo noveno y sexagésimo del fallo.

5. Véase Politoff, Grisolia, Bustos (1993: 90 ss.); Ossandón (2010: 421).

6. La sustitución se orienta a evitar toda posible confusión asociada al hecho de que, legislativamente, por «crimen» se entienda un hecho punible de especial gravedad penológica, tal como sucede bajo el derecho chileno.

7. Binding (1922: 194 ss.); en detalle al respecto Mañalich (2014: 22 ss.).

8. Para este concepto de «delito-género» (*Gattungsdelikt*), véase Binding (1902: 5 s.; 1922: 190).

9. En referencia específica a la tipificación del «homicidio de ascendiente» bajo el § 215 del Código Penal Imperial alemán, véase Binding (1916: 977 ss., 981 s., 987 ss.).

A este último respecto, Binding (1916) observaba que el conocimiento —esto es, la representación acertada y adecuadamente adquirida—, por parte del autor, de la relación de parentesco que lo vincula con la víctima, operaría como un elemento de la punibilidad y, más precisamente: en la forma de una «marca de altura» de la punibilidad del correspondiente homicidio, *en cuanto* parricidio. Ello ofrece una clave para la interpretación de la cláusula «conociendo las relaciones que los ligan» del artículo 390 del Código Penal, en el sentido de que el conocimiento de la relación que vincula al autor con la víctima se encuentra explícitamente reconocido como un requisito de la punibilidad (del respectivo homicidio) *sub specie* parricidio. Con ello se obtiene una fundamentación normológica del tradicional aserto según el cual, bajo el derecho chileno, no se dejaría construir tal cosa como un «parricidio imprudente», con el corolario de que quien da muerte a otro, desconociendo que se encuentra vinculado con éste a través de una relación con relevancia bajo el artículo 390, será *ceteris paribus* autor de un homicidio *doloso*, punible como tal bajo el artículo 391.

Desde luego, el argumento anterior está lejos de haber sido implícitamente hecho suyo por la Corte en su más bien inadvertida asimilación del título de imputación subjetiva con relevancia tratándose de un femicidio con el dolo propio del homicidio. Se trata, más bien, de que un argumento como el recién reseñado tiene la ventaja de simplificar sobremanera la aplicación del derecho en este ámbito, de un modo que resulta congruente con una intuición presumiblemente atribuible a la Corte a este respecto.

¿Insuficiencia del dolo eventual para una imputación a título de delito frustrado?

En cualquier caso, lo determinante aquí es reparar en que, en su exclusión del dolo eventual como criterio de imputación subjetiva, para la Corte no fue decisivo que el delito de cuya pretendida frustración se trataba fuese constitutivo de femicidio, sino que el femicidio hubiese quedado, pretendidamente, en grado de frustrado. En tal medida, la *ratio decidendi* esgrimida por la Corte, en lo aquí interesa, consiste en una tesis concerniente a una pregunta de la parte general, y no de la parte especial, del derecho penal chileno vigente. En efecto, la Corte mantuvo su compromiso con la tesis según la cual la forma de punibilidad que es propia de la tentativa, en los términos del inciso tercero del artículo 7 del CP, resulta incompatible con el dolo eventual, para extraer de ello la consecuencia de que, en virtud de la identidad que en «el plano subjetivo» habría que reconocer entre tentativa y delito frustrado, lo mismo valdría para esta última forma de punibilidad (considerando 54). Es indudable que la Corte no yerra sin más cuando sostiene, en ese mismo contexto, que ese punto de vista se correspondería tanto con la «constante jurisprudencia» de la propia Corte como con

la «opinión dominante en el pensamiento penal nacional».¹⁰ Ello no vuelve menos problemático, con todo, que entre las más bien exiguas referencias que la Corte aduce para documentar lo anterior no haya sido siquiera mencionado un muy logrado y reciente trabajo de Londoño, que somete ese punto de vista a una crítica sumamente persuasiva, precisamente a propósito de un pronunciamiento anterior de la propia Corte, encaminado en la misma dirección.¹¹

En cualquier caso, para quien no comparta la fascinación que la Corte parece mostrar por el así llamado «argumento de autoridad», la pregunta fundamental se reduce a la de si semejante concepción de las formas de punibilidad correspondientes a la tentativa y el delito frustrado, desde el punto de vista de sus respectivos presupuestos de imputación subjetiva, merece ser racionalmente asumida. La respuesta a esta pregunta es negativa, lo cual ciertamente presupone una clarificación de la relación que se deja establecer entre las categorías de tentativa (*lato sensu*) y dolo,¹² sobre la base de la cual el dolo eventual, en cuanto forma básica del dolo, debe ser entendido como suficiente para la constitución de una tentativa punible.¹³ Como se mostrará a continuación, las razones que dan sustento a esta última tesis resultan fáciles de advertir a través de un análisis de los yerros argumentales en los que incurre el fallo de la Corte.

La primera premisa deficitaria aparece en la sugerencia, ya apuntada, de que entre la tentativa (*stricto sensu*) y el delito frustrado se daría una entera equivalencia en el «plano subjetivo». Apoyándose en un anterior pronunciamiento de su parte, la Corte sostuvo, en efecto, que solo habiendo dolo directo podría postularse la existencia de un delito frustrado,

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, solo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de

10. Ello no quiere decir, empero, que sea enteramente preciso semejante balance del debate doctrinal. La exigencia de dolo directo es inequívocamente defendida por Cury, Etcheberry y Labatut; véanse Cury (1977: 95 ss.; 2005: 562 ss.); Etcheberry (1998: 64); Labatut (2005: 185). A favor de la suficiencia del dolo eventual argumentan Novoa y Garrido; véanse Novoa (1961: 14 ss.); Garrido (1984: 132 ss.; 2005: 351 ss.). Matizada es la toma de posición de Politoff (1999: 158 ss.), haciendo un llamado de atención acerca de los excesos punitivistas que pudieran propiciarse a través de la declaración de la suficiencia del dolo eventual para una imputación a título de tentativa, a la vez que rechazando sin más su supuesta «imposibilidad conceptual». Para una más reciente toma de posición a favor de la tesis de la suficiencia del dolo eventual, véase Náquira (2008).

11. Londoño (2016: 101 ss., 111 ss.), con múltiples referencias ulteriores.

12. *Lato sensu*, por «tentativa» cabe entender tanto lo que el CP tematiza como tal cuanto lo que éste define como «delito frustrado», en atención a que la particularidad de esta última forma de punibilidad se reduce a la de consistir en una tentativa acabada no eficaz y voluntariamente desistida.

13. La concepción general de la forma de punibilidad de la tentativa en la que descansa el argumento aquí apenas esbozado se encuentra latamente presentada en Mañalich (2017).

lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración (considerando quincuagésimo cuarto).

Esta observación desconoce, desde ya, que la distinción entre lo que el Código Penal denomina «tentativa» y lo que denomina «delito frustrado» es reducible a la distinción entre una tentativa inacabada y una tentativa acabada, respectivamente. Pues que un hecho potencialmente punible cuente como 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 consuma», tal como reza el inciso segundo del artículo 7. Como contrapartida, es justamente la falta de acabamiento de aquello que la ley denomina, sin más, «tentativa» lo que explica que, para su configuración, sea imprescindible que el comportamiento del autor haga reconocible una «resolución al hecho», que a su vez vuelva interpretable ese comportamiento como consistente en dar «principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos», no obstante faltar «uno o más para su complemento», en los términos del inciso tercero del mismo artículo 7. En otras palabras, semejante resolución al hecho consiste en una disposición subjetiva que, siendo atribuible al hechor, compensa el déficit de objetivación de su decisión de realizar un comportamiento que él tendría que abstenerse de realizar, para así evitar realizar el respectivo tipo-de-delito. Pero este déficit de objetivación no es otra cosa que la falta de acabamiento de la respectiva tentativa, que justamente no es predicable de un delito frustrado en cuanto tentativa acabada.

Por otra parte, es igualmente equívoco que la Corte reformule la exigencia de que el autor dé principio a la ejecución del crimen o simple delito «por hechos directos» como la exigencia de que ello tenga lugar a través de «hechos directamente encaminados a la consumación».¹⁴ Esto desconoce que la interpretación más plausible de la expresión «por hechos directos» consiste en atribuir a esta cláusula la función de demarcar el ámbito de punibilidad de la tentativa frente al ámbito de falta de punibilidad que, generalizadamente, se corresponde con la así llamada «mera preparación».¹⁵ Desde luego, esto deja intacta, según ya se estableciera, la necesidad de que, para que se constituya una tentativa inacabada, el comportamiento del autor haga reconocible una resolución al hecho. Pero esta exigencia no se deja reformular como una exigencia de dolo directo. Precisamente esto explica que la doctrina alemana ampliamente dominante entienda compatible la satisfacción de aquella exigencia con una imputación a título de dolo eventual.¹⁶

14. Tal reformulación es favorecida, empero, por Cury (2005: 562); así como por Etcheberry (1998: 64). Críticamente al respecto, y con acierto, argumenta Londoño (2016: 120 ss.).

15. Acertadamente Náquira (2008: 276).

16. Véase por todos Jakobs (1991: 25/29-35), con múltiples referencias ulteriores. La necesidad de tal distinción aparece inequívocamente advertida, aun cuando bajo otra terminología, por Garrido (1984: 134).

En tal medida, la Corte yerra al confundir la exigencia de una resolución al hecho con una exigencia de dolo directo, y también yerra al asumir que tal exigencia, en cuanto pertinente tratándose de una posible tentativa «a secas», también lo sería tratándose de un delito frustrado. Pero es todavía más llamativo que la Corte haya pretendido identificar la supuesta exigencia de dolo directo como una exigencia de «intención o propósito de lograr la consumación del delito». La Corte parece no haber advertido que semejante formulación no solo resulta excluyente del dolo eventual, sino también del así llamado «dolo directo de segundo grado» (o «de las consecuencias necesarias»).¹⁷ Esto quiere decir, por ejemplo, que en un caso en el cual una persona hiciera detonar una bomba en una casa actualmente habitada por alguna otra persona, asumiendo, con una probabilidad rayana en la certeza, que ésta habrá de resultar muerta, mas sin perseguir intencionalmente la producción de su muerte sino solo la demostración del poderío de sus explosivos, la Corte tendría que desestimar, *mutatis mutandis*, una condena por homicidio frustrado, en el evento de que la segunda persona en definitiva no hubiese resultado muerta.

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 solo es posible *ex post*. Esto se sigue de que solo *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— solo puede ser constatado *ex post*. 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» (considerando quincuagésimo tercero), el cual no habría alcanzado a ser constitutivo de dolo directo. Esto quiere decir que la Corte asumió 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. Esto significa, entonces, que la Corte habría estado dispuesta 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 concretarse en la efectiva muerte de esta persona, entonces es difícil explicar que a quien se ha representado estar 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

17. Para un premonitorio llamado de atención a este respecto, véase Londoño (2016: 123).

riesgo que aquél se representó estar creando, lo habría llevado a dar muerte a esa otra persona.

Por supuesto, esto no significa que, en el último caso, al hechor sea imputable haber matado a la otra persona. Pues no es posible imputar —en el sentido de imputar *correctamente*— a alguien haber matado a otra persona si el comportamiento que se le imputa no es susceptible de ser verdaderamente descrito como consistente en la producción de la muerte de esa misma persona.¹⁸ Pero es justamente esta consideración la que lleva a que, en tal caso, el título de punibilidad pertinente no sea el correspondiente a un delito consumado, sino al respectivo delito tentado o frustrado. Y la misma consideración explica que la penalidad prevista sea característicamente menos severa habiendo solo tentativa o frustración, que habiendo consumación. En todo lo demás, sin embargo, lo que vale para una imputación que da lugar a una posible responsabilidad por un delito consumado tiene que valer para aquella que da lugar a una posible responsabilidad por un delito tentado o frustrado. Y si el dolo eventual es suficiente para la primera imputación, también tendría que serlo para la segunda.

¿Desconocimiento retrospectivo del dolo directo de homicidio?

Hay que observar, con todo, que aun asumiendo —en contra de lo que acaba de plantearse— que sí pudiera tener sentido someter la forma de punibilidad propia de un delito frustrado a una exigencia de dolo directo, e incluso a una exigencia de dolo directo de primer grado, la argumentación ofrecida por la Corte para descartar la satisfacción de tal forma de dolo, en atención a las circunstancias del caso, resulta manifiestamente problemática. El *quid* del razonamiento de la Corte, a este respecto, se refiere a la manera en que el comportamiento del condenado, con posterioridad a haber propinado a la víctima la golpiza con las piezas de concreto, sería indicativo de la inexistencia de dolo directo de homicidio al momento de propinarle esa primera golpiza. En efecto, la Corte se permitió preguntar, socráticamente, lo siguiente:

Si la primera agresión fue cometida —según el voto de mayoría del fallo del Tribunal Oral en lo Penal— con dolo directo homicida, teniendo como meta alcanzar la muerte de la víctima, evento éste respecto del cual nada quedaba por hacer al autor, surge una pregunta obvia en este ámbito del debate sobre la más precisa caracterización típica de una conducta humana: ¿por qué regresó el hechor al mismo lugar donde había puesto de su parte todo lo necesario para consumir el homicidio y atacó nuevamente a la mujer, causándole una mutilación, lesión ésta, distinta y menos

18. Acerca de la tematización de la corrección o incorrección de un juicio de imputación, entendido como la realización de un acto de habla consistente en una «declaración asertiva», véase Mañalich (2012: 676 ss., 682 ss.), con múltiples referencias ulteriores.

grave —natural y jurídico-penalmente— del resultado letal que habría perseguido con el primer maltrato corporal? (considerando sexagésimo).

Cabe advertir que esta manera de plantear la pregunta no es congruente, a pesar de lo que la Corte parece creer, con su previa sugerencia de

que el autor en el segundo momento de la agresión había abandonado la intencionalidad homicida inicial y el propósito de privarle de la vida a la víctima, pues lo ahora buscado suponía precisamente causarle un detrimento y menoscabo en la forma de desenvolverse en la sociedad en su «diario vivir posterior al delito» (considerando quincuagésimo noveno).

Como lo advirtió el ministro Juica en su voto disidente, la jerga de un abandono «de la intencionalidad homicida» parece sugerir que, al regresar al lugar para proceder a extraer los globos oculares de la mujer a la que hubiera brutalmente golpeado con anterioridad, el condenado hubiese podido estar desistiéndose de la tentativa perpetrada a través de la golpiza precedentemente propinada. Pero esto pasa por alto que semejante «desistimiento pasivo», configurado a través de la renuncia a continuar con la perpetración del hecho, solo tiene pertinencia allí donde la tentativa en cuestión todavía cuenta como inacabada. En la medida en que el condenado haya asumido haber ya condicionado suficientemente el posterior acaecimiento de la muerte de la víctima de la golpiza, entonces 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.

Luego, que el condenado se haya abstenido de ejecutar alguna acción posterior que, según su propia representación de las circunstancias, pudiese haber precipitado el acaecimiento de la muerte de la víctima, o bien haber incrementado la probabilidad de su acaecimiento, no basta entonces para desestimar la existencia de una tentativa ya acabada, en la medida en que él haya asumido haber condicionado ya suficientemente, a través de lo ya hecho, un eventual acaecimiento (todavía posible) de la muerte de la víctima. Pues como bien observó en su ya referido voto disidente el ministro Juica: «el citado artículo 7 exige que el autor haga todo lo necesario «para» que el delito se consume y no «hasta» que el delito se consume» (considerando octavo).

Desechado el argumento precedente, 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, para ahora solo removerle sus globos oculares, 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 sexagésimo primero). Esto es, a todas luces, un error. Es perfectamente concebible, por ejemplo, que quien ya ha subrepticamente introducido una sustancia letal en el organismo de otra persona pueda llegar, en el ínterin, a mutilar o infligir una lesión corporal 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. Por supuesto, ello deja intacta la posibilidad de que, a diferencia de lo que sugiere el ejemplo recién propuesto, sea factualmente insegura la adscripción de semejante dolo de homicidio en referencia al comportamiento precedente, así como la posibilidad de que entre las circunstancias que vuelvan insegura tal adscripción figure algún fragmento del comportamiento posterior del mismo hechor. Pero el ejemplo sí muestra que el eventual despliegue de un comportamiento corporalmente lesivo contra la víctima en cuestión no puede servir de base, por sí mismo, para difuminar el propósito homicida que haya podido ser ya suficientemente reconocible en el comportamiento precedente del hechor.

Esto significa que, incluso a partir de su problemática tesis favorable a la exigencia de dolo de directo (de primer grado) como codefinitoria de la forma de punibilidad correspondiente a un delito frustrado, la Corte podría haber validado sin más la condena por femicidio frustrado previamente pronunciada por el tribunal.

Referencias

- BINDING, Karl (1902). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, tomo I. 2.^a edición. Léipzig: Wilhelm Engelmann.
- . (1916). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo II. 2.^a edición. Léipzig: Felix Meiner.
- . (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I. 4.^a edición. Léipzig: Felix Meiner.
- CURY, Enrique (1977). *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: Jurídica.
- . (2005). *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*. 8.^a EDICIÓN. SANTIAGO: EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal. Parte General*, tomo II. 3.^a edición. Santiago: Jurídica.
- GARRIDO, Mario (1984). *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago: Jurídica.
- . (2005). *Derecho Penal Parte General*, tomo II. 4.^a edición. Santiago: Jurídica.
- JAKOBS, Günther (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2.^a edición. Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter.
- LABATUT, Gustavo (2005). *Derecho Penal*, tomo I. 9.^a edición. Santiago: Jurídica.
- LONDOÑO, Fernando (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: 95-130).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012). «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación». *DOXA*, 35: 663-690.
- . (2014). «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas». *Ius et Praxis*, 20 (2: 21-70).
- . (2015). «La reiteración de delitos como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena». *Política Criminal*, 10 (20: 498-527).
- . (2016). «¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?». *Revista de Estudios de la Justicia*, 25: 247-258.
- . (2017). «La tentativa de delito como hecho punible». *Revista Chilena de Derecho* (en prensa).
- NÁQUIRA, Jaime (2008). «¿Tentativa con dolo eventual?». En Rodríguez Collao (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Sollar Peralta* (pp. 269-281). Santiago: Jurídica.
- NOVOA, Eduardo (1961). «Algunas consideraciones acerca de la tentativa». *Revista de Ciencias Penales*, 20 (1: tercera época, 3-32).
- OSSANDÓN, María Magdalena (2010). «La faz subjetiva del tipo de parricidio». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 34: 415-457.
- POLITOFF, Sergio (1999). *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Jurídica.
- POLITOFF, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan (1993). *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2.ª edición. Santiago: Jurídica.

Reconocimientos

El presente trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto Fondecyt (regular) número 1160147, titulado «La tentativa de delito como hecho punible».

Sobre el autor

JUAN PABLO MAÑALICH es abogado, doctor en derecho y profesor del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es jpmanalich@derecho.uchile.cl.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro
(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.cl).