

I. Corte Suprema

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

I. CRITERIO TEMPORAL OBSTA A CONCLUIR QUE LAS MÚLTIPLES ACCIONES –GOLPEAR LA CABEZA Y EXTRAER LOS OJOS– PUEDAN VALORARSE COMO UN SOLO HECHO. II. REALIDAD FÁCTICA PERMITE ACREDITAR QUE NO HAY UNIDAD SINO PLURALIDAD DE HECHOS. CONCURSO REAL DE DELITOS. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA FIGURA DE “UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN”. III. DELITO FRUSTRADO REQUIERE DOLO DIRECTO EN EL AGENTE. IV. ENUCLEACIÓN SUPONE QUE EL AUTOR HABÍA ABANDONADO LA INTENCIONALIDAD HOMICIDA INICIAL. REGRESO DEL AGENTE PONE EN DUDA MÁS QUE RAZONABLE LA CALIFICACIÓN DE DOLO DIRECTO HOMICIDA. DELITO NO PUEDE CALIFICARSE COMO FEMICIDIO FRUSTRADO SI NO SE HA ACREDITADO EL DOLO DIRECTO DEL AUTOR. RECALIFICACIÓN DEL ILÍCITO COMO LESIONES GRAVES PROPIAMENTE TALES. V. VOTO DISIDENTE: DEJAR AGONIZANDO A LA VÍCTIMA PARA QUE “LOS PROCESOS NATURALES” HICIERAN COLAPSAR SU ORGANISMO, NO IMPORTA QUE NO SE HAYA BUSCADO LA MUERTE. DOLO DIRECTO QUE DIRIGÍA LA ACCIÓN HOMICIDA NO MUDA A DOLO EVENTUAL.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de femicidio frustrado, violación de morada violenta y de lesiones graves gravísimas, en el contexto de violencia intrafamiliar. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge parcialmente el recurso deducido, con voto de disidencia, y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido parcialmente).*

ROL: *19008-2017, de 11 de julio de 2017.*

PARTES: *Ministerio Público con Mauricio Ortega Ruiz.*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- I. *Respecto a si se presenta o no en la especie una “unidad natural de acción” –como defiende el recurso– respecto del conjunto de acciones que caen bajo la abrazadera del Hecho N° 2 [femicidio, en grado de frustrado] que tuvo por probado la sentencia, cabe analizar si puede observarse en ese mismo relato fáctico una “unidad o pluralidad de hechos”. Al respecto, 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. Sin embargo, dado que en el mundo de la causalidad natural no existen soluciones de continuidad que nos permitan tener un concepto a priori de dónde comienza o dónde terminaría un “hecho”, debemos recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una unidad que nos permita considerarlos un único hecho y, como parece entenderlo el artículo 75 de nuestro Código Penal, “un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza al menos un tipo penal”. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos, salvo las distintas excepciones que la ley y la doctrina han tratado. De esos aspectos o criterios de referencia para determinar la unidad o pluralidad de hechos, el temporal en el caso sub judice obsta a concluir que las múltiples acciones ejecutadas por el acusado –golpear la cabeza y extraer los ojos– puedan valorarse como un solo hecho, pues la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista se realiza, después que éste había “finalizado el castigo que consistió en múltiples golpes con un elemento contundente en una zona reconocidamente vital como lo es la cabeza”, luego de lo cual el hechor “se levantó, se retiró del lugar y volvió nuevamente”, y en esta “segunda oportunidad, el acusado modificó completamente su forma de accionar, pues de los brutales golpes con que acometió previamente a la víctima ... pasó a ejecutar una acción diferente, igual de cruel e inhumana ... En este segundo momento, el acusado se propuso extraer ambos ojos a la víctima, lo que logró, privándole para siempre del sentido de la vista”. Así, honrando los hechos tal cual como fueron tenidos por verdaderos en el fallo, resulta de claridad meridiana que, aunque próxima a la primera, la segunda agresión, consistente en la extracción de ambos ojos a la víctima mediante un procedimiento mecánico corresponde a un momento distinto, cercano sí pero distinto al fin de cuentas, de aquél en que previamente se propinan los golpes con un objeto contundente, ya que el acusado “finaliza” la agresión*

mediante golpes con trozos de concreto y se “retira” del lugar, volviendo luego para concretar una acción distinta, dirigida, según el fallo, por una voluntad distinta de la que impulsó los primeros golpes (considerandos 38° a 40° de la sentencia de nulidad).

Los delitos en que se subsumen las acciones efectuadas por el acusado, esto es, golpes con trozo de concreto y posterior extracción de los ojos mediante un elemento punzante, cualquiera sea la calificación que se dé a ambas, no pueden haberse cometido mediante “un solo hecho”. En efecto, los hechos fijados en la sentencia evidencian que la segunda acción –extirpación de los ojos– no es el resultado ni se vincula objetiva ni subjetivamente con los primeros golpes causados con un elemento contundente. Los primeros golpes eran de por sí suficientes e idóneos para haber causado graves lesiones –como postula el recurso– o la muerte de la víctima –como sostiene el fallo– si en este último caso no hubiese recibido auxilio médico oportuno, de manera que la posterior extracción de sus ojos no tuvo por objeto agravar el precario estado de salud de la víctima resultado de los golpes –siguiendo la tesis de recalificación del recurso– o asegurar o acelerar la muerte –bajo la calificación que sustentan los magistrados de mayoría–, como también lo asienta el fallo al indicar que “Esta nueva lesión [la extracción de los globos oculares] ... no imprimió al cuadro general de salud un riesgo vital adicional”, ni tampoco se realizó mediante los mismos actos o con los mismos instrumentos de la primera agresión, como establece la sentencia al decir que en ésta se acometieron “múltiples golpes con un elemento contundente”, mientras que en aquélla se utilizó un “procedimiento mecánico” de “particulares características” necesario para “extraer ambos globos oculares”. Asimismo, puede concebirse la realización de cada uno de los distintos conjuntos de actos de agresión de parte del acusado –golpes con trozo de concreto y posterior extracción de ojos mediante un elemento punzante– sin que al mismo tiempo resulte perpetrado el otro e, igualmente, la mera omisión de los golpes en la cabeza de la víctima destinada –según el fallo– a causarle la muerte, no conllevaba evitar de igual modo la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista, pues este resultado requirió una acción adicional y mucho más compleja que la anterior, por ello efectuada mediante una mecánica o maniobra totalmente distinta, como el mismo fallo establece, “procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico”. Huelga señalar que, al revés, no efectuar esta última acción no importaba de modo alguno entonces evitar la primera (considerandos 44° y 45° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *No se advierte en este caso la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas –cualesquiera sean las calificaciones que en definitiva*

se otorguen o si alguna es preterida por otra en un concurso aparente de leyes penales— que es posible imputar al acusado por haber ejecutado los distintos grupos de actos que la sentencia tiene por ciertos, en el sentido de una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas, ni bajo el test de “necesidad” ni el de “evitabilidad conjunta” que permita y, sobre todo justifique conforme a lo antes explicado, considerarlas como “un solo hecho” y, por ende, favorecer eventualmente al acusado con el tratamiento punitivo más benigno que consagra el artículo 75 del Código Penal. Por tanto, habiéndose zanjado que, atendida la realidad fáctica establecida y no desvirtuada por el recurso, no hay unidad sino pluralidad de hechos y que, por ende, los delitos en que se subsuman los actos realizados en el primer y segundo momento de la agresión, cualquiera sea en definitiva la calificación que se les otorgue, se encontrarán en concurso real y no ideal, por no haberse cometido mediante un solo hecho, cabe desestimar la aplicación en la especie de la figura que la doctrina denomina “unidad natural de acción”, categoría dogmática en que se asilan las pretensiones del recurso y que por lo expresado, carece de sustento (considerandos 46° y 47° de la sentencia de nulidad).

- III. *Respecto a la ausencia de dolo directo en el obrar del acusado, debe tenerse presente que según constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, 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. Hasta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo, por ende, el dolo eventual. Al respecto, puede citarse a los autores Labatut, Etcheberry y Cury, mencionados con detalle de sus obras en la primera decisión de esta Corte Suprema, recién aludida, que incluye, asimismo, varias opiniones de connotados autores extranjeros, sin perjuicio de reconocer la existencia de pareceres discrepantes, como ocurre entre nosotros con los profesores Novoa y Garrido Montt. Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido (considerando 54° de la sentencia de nulidad).*
- IV. *Dado que la enucleación provocó en la víctima la imposibilidad de valerse por sí misma mientras no adquiriera las destrezas necesarias, ocasionando en su vida una alteración de magnitud asimilable a la que causan los otros*

resultados mencionados en el artículo 397 N°1 del Código Penal, ese corolario de la acción del acusado, que en definitiva convertiría a la víctima en “una persona distinta a la que era antes del delito”, supone necesariamente 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”, alterando la forma en que su “vida cotidiana” se venía desarrollando, haciéndola más difícil, casi invalidante de no contar con la ayuda, apoyo y rehabilitación indispensables. Por tanto, los argumentos proporcionados en la sentencia atacada, para calificar de femicidio frustrado la primera agresión perpetrada por el acusado, involucran un error de derecho, por contener la infracción de los artículos 7°, inciso 2° y 390 del Código Penal. En la especie, ese regreso del agente pone en duda más que razonable la calificación de dolo directo homicida atribuida al elemento subjetivo del primer ataque. Las máximas de la experiencia llevan a considerar que el homicida frustrado, cuya intención es dar muerte a la víctima y realiza todos los actos objetivamente idóneos y necesarios para alcanzar ese resultado –delito terminado objetiva y subjetivamente– sin obtenerlo, que vuelve al mismo lugar de la agresión, donde la víctima permanece aún con vida, ordinaria o comúnmente hará todo lo necesario para provocar ese deceso querido, cuyo logro se vio frustrado por causas independientes de su voluntad. En este caso, en cambio, el sujeto no sigue ese patrón, sino que agrede nuevamente a la mujer, esta vez con mero dolo de lesionar –no de matar– y la mutila, lo que evidentemente no aparece como una conducta esperable en quien minutos antes ha puesto de su parte todo lo necesario para darle muerte. El “desdoblamiento psicológico” aceptado por la sentencia condenatoria –el dolo directo homicida se extingue y surge, en breve lapso, como nueva intención la de golpear, herir o maltratar que implica, necesariamente, el querer la supervivencia de la víctima– no resulta explicado con claridad y precisión en dicho fallo. Por tanto, lleva la razón el recurrente porque las acciones que conformaron la primera parte o momento de la agresión, por no estar acreditado el dolo directo del autor, no debieron calificarse como femicidio frustrado, *iter criminis* con el que otra forma de dolo no es compatible, configurándose, en cambio, el delito de lesiones graves propiamente tales, contemplado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal (considerandos 59° a 62° de la sentencia de nulidad).

- V. (Voto disidente) 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”, 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. La doctrina señala que la diferencia entre el delito tentado y el frustrado radica “sólo en el número de actos de ejecución requeridos: en la tentativa, parte de ellos; en la frustración todos” y, sólo es concebible la frustración en los delitos que exijan un resultado “entendido como un evento separado de los actos de ejecución, que pueda o no verificarse después de que el agente ha puesto todo lo necesario de su parte para que el delito se consume”. En concordancia con lo ya explicado, se ha dicho que “En el delito frustrado, ya al delincuente no le queda nada por hacer. Si el resultado no se ha producido todavía, es porque faltan elementos causales que no consisten en actos del agente, sino en actos de terceros o en fenómenos naturales. Se dice en este sentido que el delito está ‘subjektivamente consumado’, empleando esta expresión no para designar el elemento interno de la acción (voluntad), sino para referirse al sujeto que obra, que ha terminado su intervención” –A. Etcheberry–. Por tanto, que el agente haya deliberadamente optado por detener la acción homicida que venía desarrollando cuando lo hecho hasta ese instante era ya suficiente para que la muerte de la víctima que perseguía se produjera al cabo de “los procesos naturales” que “hicieran colapsar el organismo de la víctima”, de modo alguno puede llevar a concluir que el dolo directo que venía dirigiendo la acción homicida mudó a dolo eventual y, por ende, que ya no es admisible la calificación de los hechos como femicidio frustrado, ante la exigencia de aquella categoría en este estado de desarrollo imperfecto del delito (considerandos 7° a 10° de la disidencia de la sentencia de nulidad).

Cita online: CL/JUR/4477/2017.

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 7°, 75, 390, 397 N° 2 del Código Penal.

CORTE SUPREMA:

I. SENTENCIA DE NULIDAD PENAL.

Santiago, once de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

En esta causa RIT N° 1-2017 y RUC N° 1600462017-1 del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Coyhaique, por sentencia de dos de mayo de dos mil diecisiete, se condenó al acusado Mauricio Orlando Ortega Ruiz a la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, más accesorias legales, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito de violación de morada violenta, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 144 inciso 2° del Código Penal, cometido en contexto de violencia intrafamiliar, ocurrido el día 5 de junio de 2015, en perjuicio de N.M.R.R. Igualmente se le condenó a dos penas de doce años y ciento ochenta días de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, por su responsabilidad en calidad de autor de los 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, ambos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, el día 14 de mayo de 2016, en la persona de N.M.R.R.

En contra de esa decisión la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y fue conocido en la audiencia pública del día 20 de junio recién pa-

sado, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso se afinca, de manera principal, en la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciando la infracción de los artículos 19 N°s. 3, inciso quinto (sic), y 7°, letra f), de la Constitución Política de la República, esto es, el debido proceso en su aspecto de derecho a un proceso previo legalmente tramitado, y el derecho a guardar silencio, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 91, 93, 193, 194, 195, 196 del Código Procesal Penal.

Explica que para tener acreditada la participación del acusado Ortega Ruiz, el Tribunal consideró como relevante la declaración del suboficial mayor de Carabineros Roberto Gutiérrez Riquelme, quien reproduce los dichos de aquél expresados el día 14 de mayo de 2016, a las 19:00 horas, en una supuesta calidad de testigo, en dependencias de la Primera Comisaría de Carabineros de Coyhaique.

Precisa que, en relación a lo anterior, se acreditaron en la sentencia los siguientes puntos: 1) Mauricio Ortega Ruiz fue entrevistado e identificado en su casa ubicada en la calle Lautaro 1030, Coyhaique; 2) La hora del inicio de la privación de libertad del imputado, se desprende desde el momento que, ya bajo la custodia de Carabineros se le extrae su consentimiento, mediante

un acta de autorización de entrada y registro a su domicilio; 3) Estando en el Cuartel policial, aproximadamente seis horas después de ser conducido y mantenido ilegalmente, en una supuesta calidad de testigo –materialmente detenido– durante el control de identidad se le toma una declaración, no teniendo en consecuencia derecho a guardar silencio, ser asistido por un abogado, o cualquiera de los otros derechos establecidos para el imputado; 4) Durante esa actuación, se encontraba el fiscal González presente; 5) Que luego de llevar a cabo las diligencias antedichas, y habiendo transcurrido varias horas en las que el acusado estuvo al interior de las dependencias de la Primera Comisaría de Carabineros de Coyhaique, solo, sin asistencia legal, se le deja en libertad en horas cercanas a la medianoche del sábado 14 de mayo de 2016.

Refiere el recurrente que los hechos antes descritos vulneraron la garantía al debido proceso, al valorar el Tribunal Oral en lo Penal positivamente, dando pleno mérito probatorio, y fundar su sentencia, en una actuación de funcionarios que se desarrolló fuera del marco constitucional y legal que regula las actuaciones de la policía, lo que en definitiva se develó en la audiencia misma de juicio oral, al referir el testigo Gutiérrez Riquelme, que el traslado del acusado a la Comisaría lo fue en el contexto de un control de identidad, situación que hasta ese momento era absolutamente desconocida para la defensa, por no existir en la investigación ningún antecedente que diera cuenta de ello, como tampoco haber sido advertido por el

Ministerio Público en ninguna etapa previa a la sorpresiva declaración del funcionario policial que estuvo a cargo de dicha diligencia.

Describe luego el recurso los diversos aspectos que constituirían una infracción al artículo 19 N° 3, inciso quinto (sic) de la Constitución Política de la República:

A) No cumplimiento del requisito de la libertad y voluntariedad de la declaración: Indica el recurso que no se acreditó por parte del Ministerio Público que la declaración del imputado Ortega Ruiz, haya sido voluntaria y, por ende, no afectada, perturbada o coaccionada por elementos adversos. Lo depuesto por el funcionario policial Gutiérrez Riquelme en relación a la declaración –como testigo– prestada por Ortega Ruiz el día 14 de mayo de 2016 deviene de una diligencia policial ilegal, al haberse revestido en esta última, “engañosamente” de la calidad de testigo al acusado, en circunstancias que ya a esa altura era, al menos, sujeto de investigación, no pudiendo entonces haber sido valorada por los jueces del fondo, como prueba válidamente producida.

B) Ausencia de un defensor: Afirma el arbitrio que de lo recién expuesto queda claro que Ortega Ruiz no contó con asistencia letrada en su declaración prestada el día 14 de mayo de 2016, en el Cuartel de Carabineros de Coyhaique, de donde se originó el perjuicio y la vulneración de la garantía de contar con un abogado defensor que lo asistiera desde los actos iniciales de la investigación. Dichas diligencias realizadas sin la presencia de un abogado devienen

en ilegales y, por ende, toda la prueba que deriva de la misma, destacando la declaración del funcionario policial Gutiérrez Riquelme.

C) Incumplimiento de los requisitos del artículo 85 del Código Procesal Penal: Sostiene el recurrente que en el caso *sub lite* el encartado Ortega Ruiz fue identificado en su casa alrededor de las 12:50 hr del día 14 de mayo de 2016, no obstante ello, se practican sobre él numerosas diligencias imputativas que no guardan relación con su identificación, y que tienen como corolario la toma de declaración en calidad de testigo, que se inicia alrededor de las 19:00 hr en dependencias policiales, en donde se mantuvo ininterrumpidamente desde que salió de su domicilio trasladado por carabineros.

Agrega que esta diligencia, que se presenta como algo casi natural, en cuanto a que es una declaración voluntaria de un testigo –sin posibilidad alguna de no hacerla– tiene una duración de aproximadamente 3 horas. Para efectos de esta declaración y la realización de diligencias imputativas y prescindir del respeto de sus derechos, se utilizó la figura de control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal y, posteriormente, se le atribuyó la calidad de testigo. Con ello se pretende justificar su traslado al cuartel policial y la generación de prueba de cargo, todas actuaciones que exceden lo permitido por dicha norma, en su nueva y antigua redacción.

Por lo expresado, en parecer del arbitrio, se produjo una vulneración del debido proceso respecto de la declaración prestada por Ortega Ruiz el

día 14 de mayo de 2016, que invalida la prueba proveniente de dicha actuación, como asimismo, debe producir la misma ineficacia respecto de todas aquellas diligencias practicadas durante las horas en que se le mantuvo en dependencias policiales, bajo la calidad de testigo.

Por esta causal se pide la nulidad del juicio y de la sentencia respecto de los delitos por los cuales fue condenado el acusado y que el procedimiento se retrotraiga hasta la realización de una nueva audiencia de preparación del juicio oral ante el Tribunal de Garantía no inhabilitado que correspondiere, donde se proceda conforme a Derecho, para que posteriormente el tribunal oral no inhabilitado que corresponda, disponga la realización de un nuevo juicio oral en que se conozcan y fallen los hechos materia de acusación.

Segundo: Que, en subsidio de la causal anterior, el recurso se basa en la causal contemplada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 c), ambos del Código Procesal Penal.

Señala el arbitrio que el tribunal da por establecido que hubo dos momentos o grupos de lesiones, que separa de la siguiente manera: i) Un primer grupo de lesiones que tendrían supuestamente propósito homicida, en que el condenado golpea reiteradamente a la víctima con dos trozos de concreto, provocándole riesgo vital. Este grupo de lesiones son calificadas como un delito de femicidio en grado de frustrado. ii) Un segundo grupo de lesiones que está separado del primero, literalmente, porque el imputado procedió a “retirarse del lugar y volver casi inmediata-

mente sobre la víctima”. Este segundo ataque consistiría, según el tribunal, solamente en la mutilación de los ojos, no infiriéndose ninguna otra lesión, y se diferenciarían del primer grupo de lesiones porque en ellas el condenado ya habría abandonado el propósito homicida. Este grupo de lesiones es considerado por el tribunal como un delito de lesiones graves gravísimas del artículo 397 N°1 del Código Penal, que entra en concurso material con el delito de femicidio frustrado.

Esgrime el recurso, que los sentenciadores, al dar por acreditado que la agresión transcurrió en dos momentos diferentes, infringieron gravemente al menos dos principios de la lógica:

a) El principio de no contradicción, al arribar la sentencia a una conclusión que es absolutamente contradictoria con las declaraciones de los únicos dos testigos presenciales del hecho C.J.Q.M. y B.A.A.V.

b) El principio de razón suficiente: Este principio se vulneró en dos sentidos:

b.1) Tergiversación del contenido de medios de prueba: La sentencia tergiversó el sentido de las declaraciones de los testigos C.J.Q.M., B.A.A.V. y de Rodrigo Hernández Núñez.

b.2) Prueba insuficiente para arribar a la conclusión que adopta la sentencia recurrida: La conclusión a la que llega dicho fallo en cuanto a que la agresión se compuso de dos momentos claramente diferenciados en su modalidad e intención, no se basa en ninguna evidencia rendida en el juicio.

En virtud de esta causal solicita que se invalide la sentencia y el juicio, se determine el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y se ordene la remisión de los autos a tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que disponga la realización de un nuevo juicio oral en que no se incurra en las infracciones de derechos y garantías denunciadas, de conformidad con el artículo 386 del Código Procesal Penal.

Tercero: Que, en subsidio de las precedentes, el recurso se sostiene en la causal de la letra e) del artículo 374 en relación con el artículo 342 c), ambos del Código Procesal Penal.

Señala el recurrente que el principal y primer antecedente que se tuvo presente para determinar la participación culpable del acusado, fue la imputación directa que la víctima realizó en estrados en su contra. Al respecto, el recurso reproduce lo expresado por el voto de minoría de la sentencia en relación a la versión de la ofendida, y señala que el análisis allí realizado es claro y lógico a la luz de la convicción probatoria y demás probanzas de la causa.

Luego, el arbitrio contrasta la declaración de la víctima con otras probanzas del juicio o hechos que se acreditarían con estas pruebas, y con las que aquélla sería contradictoria, como el estado o posición de la ropa con que se encontró a la víctima, dinámica de los hechos descrita por la doctora Vivian Bustos, contribuyente desconocido en restos biológicos hallados en la víctima, época o momento de las relaciones sexuales que habría mantenido la víctima con Ortega y terceros con anterioridad a

la agresión, según explicó el doctor Rabanal, referencia de los testigos presenciales a gritos, de los cuales no da cuenta la declaración de Rifo. Al exponer estas contradicciones sólo menciona, en algún pasaje, que al priorizar la versión de la ofendida se violan “los principios de la lógica” y, al tratar la trascendencia de la infracción, apunta que el razonamiento del voto de mayoría tendiente a dar mayor credibilidad a las declaraciones de la víctima que inculpan al acusado por sobre aquéllas que lo exculpan “constituye un error”.

Por esta causal pide el recurrente la nulidad del juicio y la sentencia, debiendo determinarse el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Cuarto: Que, siempre subsidiariamente, el recurso formula la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal en base a dos capítulos:

El primer capítulo desarrolla el error de derecho que recae sobre el hecho N° 2 de la acusación, al sancionar un solo hecho punible como dos delitos con dos penas. Sostiene el recurso que se está ante un solo hecho que debe ser objeto de una sola calificación jurídica y de una sola pena, y no de dos delitos distintos, femicidio frustrado y de lesiones graves gravísimas, como concluye la sentencia. El fundamento del error consiste en que no se valora el hecho como una unidad natural de

acción, calificación que se colige de los siguientes aspectos:

a) *Circunstancias de comisión:* La circunstancia de que haya sucesivos comportamientos fácticos (golpear en la cabeza con trozos de concreto, retirarse un instante del lugar, volver casi inmediatamente al mismo y realizar la enucleación de los ojos de la víctima) no es causal ni argumento suficiente ni lógico para establecer que se trata de hechos diferentes.

b) *Propósito delictivo:* La sentencia concluye—sólo a partir del retiro y regreso casi inmediato del agresor, y de que tras regresar éste mutila a la víctima, pero no continúa golpeándola— que el condenado actúa inicialmente con dolo homicida, pero que pierde su dolo homicida tras apartarse brevemente de la víctima, careciendo de ese dolo al mutilarla. Esta conclusión es evidentemente forzada y no se desprende de los hechos que se tuvieron por acreditados.

c) *Bienes jurídicos involucrados:* En este punto, el recurso se remite a lo ya señalado al analizar los dos criterios anteriores (circunstancias de la comisión y propósito delictivo). Atendido que en ambos momentos—agresión mediante golpes y agresión mediante enucleación— las circunstancias comisivas y el propósito delictivo fueron análogos, hay un solo bien jurídico afectado.

Postula así el recurso que el tribunal, en atención a los hechos que dio por acreditados, cometió un error de derecho al no dar por establecido que el Hecho N° 2 de la acusación corresponde a un hecho único, merecedor de una pena única, al haber unidad natural de

acción entre los golpes constitutivos de la agresión. Por ende, sin importar la calificación jurídica por la que hubiese optado –lesiones graves gravísimas consumadas con la calificante del artículo 400 del Código Penal; mutilaciones consumadas con la misma calificante; femicidio frustrado; femicidio tentado subsumido por concurso aparente en las mutilaciones o lesiones gravísimas–, el tribunal debió imponer la pena de presidio mayor en su grado medio en su *mínimum*, esto es, una pena entre 10 años y 1 día y 12 años y 182 días de privación de libertad.

En un segundo capítulo, trata el recurso el error de derecho que recae sobre el hecho N° 1 de la acusación, al imponer una pena superior a la que legalmente corresponde.

Refiere que se aplicó la pena de 540 días de reclusión, en circunstancias que la pena concreta a aplicar no pudo ser superior a 60 días de prisión, pues los falladores estimaron que la pena en abstracto del delito de violación de morada violenta, que contempla el artículo 144, inciso segundo, del Código Penal, es de reclusión menor en su grado medio, cuando en verdad corresponde a reclusión menor en su grado *mínimo* a medio. Precisa que el inciso segundo del artículo 144 del Código Penal faculta al tribunal a aplicar la reclusión menor “hasta en su grado medio”, con lo que no excluye de la penalidad abstracta el grado inferior (reclusión menor en su grado *mínimo*), sino que sólo le agrega una segunda opción al tribunal. Entonces, considerando correctamente que el marco penal abstracto del delito

de violación de morada violenta es reclusión menor en su grado *mínimo* a medio, al aplicarse la rebaja de un grado acordada por el tribunal al concurrir dos mitigantes en relación a este delito, debió arribarse a una pena de prisión en su grado *máximo*.

En mérito de esta causal, solicita el recurrente que se invalide la sentencia definitiva y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo, en los siguientes términos:

- Estimando que el Hecho N° 2 de la acusación fiscal es un hecho único, se condene al acusado a sufrir la pena única de 10 años y un día de presidio;
- Considerando que la pena abstracta aplicable del Hecho N° 1 de la acusación fiscal es de reclusión menor en sus grados *mínimo* a medio, se condene al acusado a sufrir la pena de 41 días de prisión.

Quinto: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal, se rindió prueba en la audiencia de la vista de la causa tanto por la parte recurrente como por la parte querellante, Intendencia Regional de Aysén, consistiendo la de la primera en registros de audio de diversos pasajes de la declaración prestada en el juicio oral por el funcionario de Carabineros Roberto Gutiérrez Riquelme, y la segunda, en registros de audios de segmentos de la audiencia de control de detención, de preparación de juicio oral y de juicio oral de esta causa.

Sexto: 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 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.

Séptimo: Que en lo concerniente a los vicios alegados mediante la causal principal del arbitrio correspondiente a la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cuyos fundamentos ya fueron sintetizados en el motivo 1° *ut supra*, el tribunal de la instancia, al hacerse cargo de los mismos y desestimarlos, señaló “En cuanto a la ilegalidad del control de detención al cual fue sometido el acusado el día 14 de mayo de 2016, atendido que fue llevado al cuartel policial estando ya identificado, el suboficial Roberto Andrés Gutiérrez Riquelme refirió que ellos trasladaron a Mauricio Ortega al cuartel policial; a las 19,00 horas le tomaron declaración a Mauricio Ortega en calidad de testigo; él ya sabía que su pareja era la persona

agredida; a Mauricio Ortega lo llevaron a la unidad en calidad de control de identidad porque podía aportar en el esclarecimiento de los hechos, porque se encontraron las llaves y porque la agredida era su pareja; dispuso de una patrulla que lo trasladara a la unidad policial, pero no tiene certeza que lo hayan llevado esposado; sabía de quién se trataba y lo llevaron para efectuarse un control de identidad; no le hizo ni dispuso una prueba de carburo; no le preguntó a Mauricio Ortega sobre el diluyente; no le consultó sobre el macetero roto; ni sobre la cortina; ni sobre la cartera y teléfonos; él tenía conocimiento de dónde estaba el acusado.

Al respecto, cabe señalar que si bien el procedimiento que rodeó el traslado del acusado hasta el cuartel policial podría haber sido más riguroso en cuanto al apego a las normas que lo regulan el control de identidad, lo cierto es que el acusado declaró como testigo y no se autoincriminó, quedando en libertad a pesar de existir antecedentes que hubiesen sustentado una orden de detención, de manera tal que no se avizora la existencia de un perjuicio que haya afectado en ese momento sus garantías individuales ni mermado sus posibilidades de defensa”.

Octavo: Que esa primera y principal causal de nulidad no será acogida, en un primer orden de razones, por no haberse cumplido con la debida preparación exigida en el artículo 377 del Estatuto Procesal Penal, norma que prescribe que si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regulara el procedimiento

—como en la especie—, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

En el caso de autos se protesta por diversas actuaciones de Carabineros y la Fiscalía que habrían llevado a que el acusado Ortega Ruiz prestara una declaración ante funcionarios de ambas instituciones sin respetarse las exigencias que la ley prevé para que se concretara de manera válida, sin embargo, tal deposición se efectuó el 14 de mayo de 2016, es decir, el mismo día del segundo hecho denunciado que establece la sentencia y, sin embargo, no se reclamó de las actuaciones de los agentes estatales que habrían rodeado y, supuestamente, viciado la misma, sino hasta el juicio oral, omitiendo por ende impugnarla en la audiencia de preparación de juicio oral —asunto no desconocido por el recurrente y, por lo demás, demostrado con la prueba de audio correspondiente a esa audiencia incorporada ante esta Corte por una de las querellantes—, instancia central y especialmente prevista en nuestro ordenamiento adjetivo en el artículo 276 para tratar los asuntos relativos a la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, inactividad procesal con la cual no puede tenerse por satisfecho el extremo ya reseñado previsto en el citado artículo 377. En el mismo orden esta Corte ha señalado antes que “la oportunidad procesal para reclamar la exclusión de pruebas por haberse obtenido con inobservancia de garantías constitucionales es, por esencia, la audiencia de preparación del

juicio oral ... Que, en consecuencia, al no haber impetrado la defensa recurso alguno en la audiencia de preparación de juicio destinado a cuestionar la ilegalidad de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público para acreditar su acusación, no se cumple el requisito de preparación que impone el artículo 377 del código en comento” (SCS rol N° 51322011, de 18 de julio de 2011).

Desde luego, no puede aceptarse, como lo arguye el recurrente, que sólo tuvo noticia de las irregularidades que denuncia en la audiencia de juicio oral al prestar declaración el funcionario de Carabineros Gutiérrez Riquelme, pues se trata de hechos y circunstancias vividos y experimentados por el propio acusado y, por ende, su conocimiento estaba a disposición de la defensa, sin perjuicio que todas las diligencias cuestionadas, así como la forma en que éstas se desarrollaron, constan en el Informe Policial N° 42, de 17 de mayo de 2016 confeccionado por la Primera Comisaría de Carabineros de Coyhaique, acompañado para dilucidar el punto en estudio por las partes querellantes en la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 382 del Código Procesal Penal, documento no desconocido en cuanto a su origen, integridad o contenido por el recurrente.

Sentado que la defensa del acusado pudo haber reclamado de los vicios por los que ahora protesta ya en la audiencia de preparación de juicio oral, no puede estimarse entonces que lo argüido en el juicio oral sirva para suplir tal olvido. Así ha dicho esta Corte que “falta a la causal de competencia de esta Corte, la

preparación que exige la ley, porque se reclama de supuestas omisiones verificadas antes de la audiencia de juicio, pero no se señala ni se ofrece justificar cómo se reclamó oportunamente de ese vicio, en cada una de las etapas pertinentes, sin que baste para dar por acreditado el requisito que se haya alegado en los alegatos de apertura o clausura de la audiencia de juicio” (SCS rol N° 92882-2016 de 6 de diciembre de 2016. En el mismo sentido SCS rol N° 65317-2016 de 26 de septiembre de 2016).

Únicamente a mayor abundamiento, si bien en los alegatos de clausura de la defensa realizados en el juicio oral – como da cuenta lo extractado en el fallo, único antecedente que sobre ese punto se tiene– se arguyó que “el acusado fue sometido a un control de identidad totalmente ilegal”, en dicho discurso no se solicitó derechamente que el tribunal valorara negativamente la declaración prestada por el acusado el día 14 de mayo de 2016, así como el resultado de las diligencias llevadas a cabo durante el supuesto control de identidad, por lo que ni siquiera las genéricas alegaciones efectuadas en esa oportunidad pueden considerarse como suficiente preparación del recurso, desde que no fueron acompañadas de ninguna concreta petición destinada a que en esa misma instancia se subsanara o impidiera la materialización de los perjuicios derivados del vicio que sostenía.

Noveno: 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.

Como ya ha tenido ocasión de precisar este tribunal, la garantía del debido proceso la constituyen a lo menos un conjunto de derechos que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SSCS rol N° 6345-2007 de 9 de enero de 2008, rol N° 1414-2009 de 19 de mayo de 2009, rol N° 4164-2009 de 1 de septiembre de 2009, rol N° 3909-2009 de 15 de septiembre de 2009, rol N° 6165-2009 de 4 de noviembre de 2009, rol N° 6742-2009 de 21 de diciembre de 2009, 990-2010 de 3 de mayo de 2010, rol N° 25641-2014 de 9 de diciembre de 2014, rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015 y rol N° 12885-2015 de 13 de octubre de 2015). Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den

garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como órgano pre-dispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa (SSCS rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que garanticen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra –como se ha dicho– el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los

contenidos en la formalización y en la acusación, aspectos –entre otros– que han sido consagrados en los artículos 8°, 93, 229, 259, 270 y 341 del Código Procesal Penal (SSCS rol N° 21.408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

En este contexto, esta Corte ha condicionado la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que garanticen un racional y justo procedimiento e investigación. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos protegidos por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración. Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración” (Vives A., T. “Doctrina

constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en Tratado de Derecho procesal penal, Thompson Aranzadi, 2004, p. 947). Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales” (SCS rol N° 8010-2015, de 3 de agosto de 2015).

Décimo: Que, sin embargo, en el estudio de esta causal la doctrina ha insistido en que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio y la sentencia, ya que el carácter sustancial exigido supone que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad (Horvitz, M. y López, J. Derecho Procesal Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, 1ª ed., 2004, T. II, p. 414). En la misma línea se demanda que la infracción produzca “consecuencias efectivas y constatables” para el recurrente de nulidad (Rieutord, A. El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 43). Estas opiniones han sido compartidas por esta Corte en innumerables pronunciamientos pretéritos, al

dictaminar que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (SSCS rol N° 1237-2010 de 17 de mayo de 2010, rol N° 990-2010 de 3 de mayo 2010 y rol N° 6356-2010 de 26 de octubre 2010). Se ha expresado también que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SSCS rol N° 3319-2002 de 29 de octubre de 2002, rol N° 5960-2005 de 18 de enero de 2006, rol N° 6631-2007 de 30 de enero de 2008, rol N° 502-2009 de 31 de marzo de 2009, rol N° 2044-2009 de 23 de junio de 2009, rol N° 990-2010 de 3 de mayo de 2010, rol N° 1237-2010 de 17 de mayo de 2010, rol N° 63052010 de 19 de octubre de 2010, rol N° 6356-2010 de 26 de octubre de 2010, rol N° 1179-2013 de 22 de abril de 2013, rol N° 2866-2013 de 17 de junio de 2013, rol N° 4909-2013 de 17 de septiembre de 2013, rol N° 4883-2013 de 25 de septiembre de 2013, rol N° 4554-14 de 10 de abril de 2014, rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014, rol N° 1323-2015 de 24 de marzo

de 2015, rol N° 6298-2015 de 23 de junio de 2015, rol N° 8010-2015 de 3 de agosto de 2015 y rol N° 37024-2015 de 10 de marzo de 2016).

Por otra parte, la cátedra igualmente ha postulado que, para la procedencia de la causal de invalidación en examen, se requiere también que la infracción posea sustancial influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que este arbitrio supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad. Por ello la contravención debe ocasionar a la parte que la alega, un perjuicio reparable sólo con la declaración de invalidez, lo que existirá cuando la inobservancia de las formas procesales hubiera atentado contra las posibilidades de actuación de ese interviniente en el procedimiento, conforme al artículo 159 del Código Procesal Penal (Horvitz y López, cit., T. II, p. 415; Chahuán S., Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Legal Publishing, 6ª ed., 2009, p. 353, y Otero M., La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público. Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2010, pp. 174-175, estiman derechamente aplicable la exigencia de influencia en lo dispositivo en virtud del artículo 375 del Código Procesal Penal, al recurso de nulidad fundado en la causal en estudio; mientras Mosquera M. y Maturana C., Los Recursos Procesales. Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 330, ratifican que la nulidad sin perjuicio no puede constituir una sanción procesal). Esta doctrina también ha sido defendida por esta Corte, al señalar que el recurso de nulidad está regido por los mismos principios y

reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente, para su procedencia deben concurrir sus presupuestos, entre los cuales se encuentra el llamado principio de trascendencia que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la trasgresión que sustente un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de entidad tal que importe un perjuicio al litigante afectado que se traduzca en un resultado lesivo para sus intereses en la decisión del asunto, desde que exige que el defecto denunciado tenga influencia en la parte resolutive del fallo (SSCS rol N° 12885-2015 de 13 de octubre de 2015 y rol N° 37024-2015 de 10 de marzo de 2016).

Undécimo: Que, en el marco de las reflexiones antes desarrolladas, cabe destacar que las distintas irregularidades de los agentes estatales que denuncia el recurso, habrían arrojado que en último término el acusado prestase una declaración en un contexto anómalo y bajo condiciones desautorizadas por la ley, pero sin afirmar de modo alguno que dicho atestado haya tenido un carácter incriminatorio o autoinculpatorio.

Lo anterior no es baladí, pues lo prescrito en el artículo 19 N° 7 letra f), primera parte, de la Constitución Política de la República, que dispone “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”, es el compeler o forzar al imputado o acusado a que declare bajo juramento “en su contra”, esto último según se deduce de la oración que sigue

a continuación, “tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste [el imputado o acusado] sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”. Por lo demás, tal interpretación es concordante con la protección garantizada por los Tratados vigentes invocados por el propio recurrente, como el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito a la garantía mínima de “no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”, y el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Como ya se adelantó, en parte alguna del recurso se menciona que tal declaración del acusado haya contenido elementos siquiera indiciarios de su responsabilidad o participación en los delitos imputados, lo que se ve corroborado de la mera lectura de ésta, según la establece la sentencia en su considerando 82°, al señalar que “El día 14 de mayo de 2016, a las 19,00 horas, en calidad de testigo, según presenció el suboficial mayor Roberto Andrés Gutiérrez Riquelme, el acusado declaró que el 13 de mayo comenzó a trabajar en su taller en compañía de Juan Mendoza hasta las 13.00 horas; él con Nabila, su hijo menor fueron a almorzar a la casa de la abuela de Nabila Rifo; trabajó en la tarde en su taller con Juan Mendoza hasta las 20.00 horas; a esa hora llegó su

amigo Fernando Vilches y empezaron a beber cervezas; también estaba su padrastro Eduardo Solís; a las 23.00 Nabila los invitó a comer una carne que había cocinado; luego pasaron al living; a las doce de la noche llegó su primo Gonzalo Bahamonde y 15 minutos después Alejandra Castro; bebieron alcohol, compartieron, escucharon música, bailaron, a las 02.30 horas el señor Vilches le pidió a Nabila que cambiara la música y ella le dice ‘que te metís vos viejo culiado’; ella le dijo que la cortara, que no hiciera show y comenzó una discusión; bajaron los niños; luego él sale de la casa habitación y se dirige a una camioneta que estaba en el taller, a un costado de la casa habitación, duerme media hora, luego ingresa al domicilio y ve que Nabila está vistiendo a sus cuatro hijos en compañía de su hermana Katherine Rifo; luego él sube al segundo piso y se acuesta y no los ve más; señaló que cuando subió al segundo piso ya no estaba ninguno de sus amigos; a las 09.00 de la mañana fue despertado por su sobrino Jorge Ortega, quien el (sic) señaló que en la vía pública había unos maestros que iban a trabajar con cemento, él se levantó y les dijo que no trabajen ese día; después fue a cerrar el portón de la casa y su sobrino Jorge le manifestó que en la esquina de Lautaro con Monreal habían agredido a una persona de sexo femenino, estuvo 15 minutos mirando, luego ingresó al domicilio, fue a buscar su celular, el que no lo encontró, como tampoco las llaves de su vehículo, asumiendo que su cónyuge se había llevado el teléfono y llaves del vehículo”.

De este atestado, no se desprende ni infiere ningún antecedente o elemento que permita considerarlo como un reconocimiento de responsabilidad del acusado en el delito investigado, lo que es concordante con que, una vez obtenido su testimonio, el acusado pudo retirarse de la unidad policial sin solicitarse por parte de la Fiscalía una orden judicial de detención en su contra.

Duodécimo: Que, todavía más, el cuestionado interrogatorio del acusado Ortega Ruiz fue reiterado por éste dos días después en dependencias de la Fiscalía Local de Coyhaique e incluso en el mismo juicio ante el Tribunal, ambas declaraciones cuyo contenido se reseña por el fallo en el basamento 82°, oportunidades en que reitera lo expresado en la deposición viciada en parecer del recurso, en términos más o menos similares, agregando detalles y realizando las precisiones del caso, lo que es el habitual corolario propio de la exhaustividad de los interrogatorios que se llevan a cabo en el juicio oral por las partes. Tal reiteración de sus dichos importa, y esto es lo relevante aquí, que incluso de ser efectivo que la primera declaración se obtuvo con infracción a alguna disposición legal que regle la forma en que ella debió haberse obtenido, tal quebrantamiento carece de toda trascendencia y, por ende, de sustancialidad –extremo demandado expresamente por la causal invocada–, toda vez que incluso de haberse prescindido de la parte del testimonio del carabinero Gutiérrez Riquelme en que alude al contenido de esos dichos, igualmente éste fue puesto en conocimiento de los

jueces por el propio acusado, actuando ahora de manera indiscutida, voluntariamente y bajo asesoría de un letrado (también desestimando la trascendencia de una declaración prestada ante la policía posteriormente reiterada por el propio imputado en el juicio, SCS rol N° 8010-2015 de 3 de agosto de 2015).

Al mismo desenlace se arribaría por aplicación de la doctrina del “vínculo atenuado”, que opera como una limitación –entre varias otras– a la teoría de los frutos del árbol envenenado y que surge de la exigencia de relación causal entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Esta doctrina permite admitir prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue. Aunque, en general, se trata de una doctrina fundada en el criterio de prevención, es decir, justifica la admisibilidad de la evidencia porque la atenuación del vínculo hace perder el efecto disuasivo de la regla de exclusión, parece perfectamente lógica por la mencionada exigencia de causalidad propia de la teoría de los frutos del árbol envenenado (Horvitz y López, ob. cit., T. II, p. 222). Esta tesis surge en *Nardone v. United States*, donde la Corte, junto con afirmar la posibilidad de probar la existencia de una conexión causal entre la información ilícitamente obtenida y la prueba derivada, advirtió que “como consideración de buen criterio, sin embargo, tal conexión puede haber llegado a ser tan atenuada como para disipar la mancha”. El concepto fue más tarde utilizado en otras sentencias divulgadas por la literatura especializada, por

ejemplo, *Utah v. Strieff*, de 20 de junio de 2016.

Este principio del vínculo atenuado, por lo demás, ya ha sido basamento de diversas resoluciones de esta Corte. Así, se ha dicho que, en un caso similar –en lo que interesa– al que se revisa, que fue “correcta la conclusión a la que llegaron los jueces en cuanto a que lo obrado con posterioridad constituyó una situación de excepción a la obligación de exclusión por prueba ilícita, ... ya que existió saneamiento posterior o el denominado vínculo causal atenuado. En esta parte, la defensa no desconoce que existió la segunda declaración en la que el imputado repitió la misma información ya aportada y que dio detalles sobre el hecho y su intervención” (SCS rol N° 11482-2013 de 31 de diciembre de 2013).

Esta doctrina resulta claramente pertinente al caso de marras donde el acusado, no obstante que, como se ha reiterado, en la oportunidad cuestionada por el recurso ni siquiera confiesa su participación o responsabilidad en el delito investigado, tal versión exculpatoria luego es reiterada ante la Fiscalía e incluso en el mismo juicio oral, lo que desvanece o difumina el vínculo entre la supuesta ilegalidad en la obtención de la declaración del acusado el 14 de mayo de 2016 y el testimonio prestado por el funcionario Gutiérrez Riquelme en el juicio oral como testigo de oídas de aquellos dichos y viene a reforzar la decisión de rechazo de esta causal.

Decimotercero: Que cabe aclarar que el fallo considera en el motivo 82° la declaración prestada el 14 de mayo de

2016 por el acusado como parte del quinto antecedente que afirma ayudó a formar su convicción condenatoria, dado que ésta contiene diferencias con las otras posteriormente efectuadas, en cuanto al orden de los acontecimientos que se suceden la noche en cuestión, y particularmente en lo referido al momento en que el acusado va a dormir a su camioneta, sin embargo el propio tribunal reconoce que “tal modificación se puede entender en un supuesto olvido el mismo día de los hechos atendido el nerviosismo propio de la situación que estaba viviendo”. Y, si bien la sentencia explica que las dudas que surgen a los jueces en cuanto a que tal suceso –ir a dormir a la camioneta– sea “una forma de justificar su presencia en otro lugar sin tener que dar tantas explicaciones”, “surgen por el acotado tiempo que durmió atendida la hora y si consideramos que él mismo reconoció que estaba ebrio, como asimismo, que no haya escuchado nada cuando despertó cinco para las seis de la mañana, momento en que la agresión se habría estado desarrollando y que atendido el silencio característico de la noche debería haber escuchado algún grito de la víctima, pero en vez de percibir algo, se fue a acostar sin dar mayor importancia a la ausencia de la víctima”, debe apuntarse que estas tres circunstancias –acotado tiempo que el acusado habría dormido en la camioneta, que no haya escuchado la agresión y que posteriormente se acostara en el segundo piso del inmueble sin reparar en la ausencia de la víctima–, son elementos que se contienen en su declaración en el juicio oral, de manera que las dudas

del tribunal, incluso prescindiendo totalmente de los dichos del funcionario de Carabineros Gutiérrez Riquelme, igualmente se habrían mantenido como obstáculo para aceptar la versión exculpatoria del acusado.

En otras palabras, los aspectos que hacen dudar a los sentenciadores de la verdad de los dichos del acusado se sustentan en circunstancias que él reiteró tanto en sus declaraciones ante la Fiscalía, como en el juicio oral –breve lapso que duerme en la camioneta, no advertir o escuchar la agresión desde ahí y no reparar en la ausencia de la víctima cuando ingresa a dormir al inmueble–, de modo que el testimonio prestado el día de los hechos en sede policial no tuvo ninguna incidencia en la conformación de la convicción del tribunal.

Decimocuarto: Que, amén de todo lo hasta aquí razonado para desestimar la causal principal del recurso cabe adicionar que con ésta se controvierte el ingreso a juicio de un antecedente –la declaración del acusado prestada el 14 de mayo de 2016– que, sumado a otros elementos del proceso –su misma declaración prestada en otras instancias y otros diversos elementos analizados extensamente en el fallo–, permitieron, conjunta y globalmente ponderados, el asentamiento de la autoría del recurrente en el Hecho N° 2 por el cual se le ha condenado, situación que igualmente priva de sustento a la impugnación, por cuanto el referido elemento de prueba no fue el único, ni menos el principal, que contribuyó a la formación de convicción en un sentido determinado por parte del tribunal.

De aquí que, como ya se expuso, la actuación que se pretende cuestionar, carece de la trascendencia y entidad que es indispensable para admitir la configuración de la causal de nulidad alegada atendida la existencia de otros elementos de cargo suficientes para formar convicción condenatoria.

Decimoquinto: Que todo lo reflexionado sobre la falta de sustancialidad, debe predicarse igualmente a los cuestionamientos a la obtención de evidencia del propio acusado y sus vestimentas durante el supuesto control de identidad.

Según relató el Capitán Luis Rebolledo Cabezas, como consigna el fallo en su motivo 92º, “al acusado se le obtuvo hisopado bucal; refirió que al acusado no se le limpiaron las uñas; no se le desnudó para buscar trazos de sangre o restos orgánicos; se le incautó una polera; se hizo una inspección visual de sus manos, se le aplicó luz UV en sus manos y brazos para ver alguna reacción; eso fue todo; el blue state y el luminol no se usó; el luminol no se usó por el tiempo transcurrido ya que no reacciona después de haberse aplicado en la superficie un diluyente; a las ropas se le aplicó UV y no se encontró nada”.

Como reconoce el funcionario policial antes aludido, las diligencias o actuaciones referidas no arrojaron ningún resultado en contra del acusado y es así como la sentencia no se sostiene de ningún modo en ellas para conformar su decisión condenatoria, como lo demuestra lo señalado en el mismo considerando 92º, donde el fallo reconoce que considerando “la dinámica de

agresión a la víctima y la sangre que fue encontrada en el lugar, en principio se podría concluir que la ausencia de manchas de sangre u otros restos orgánicos en la ropa o piel del acusado, favorece la tesis de su inocencia”, razonamiento que el propio recurrente compartió al señalar en sus alegatos ante esta Corte que la inexistencia de sangre en sus ropas al realizarse tales diligencias es demostrativo precisamente de la falta de participación del acusado en el hecho N° 2 –sin perjuicio que el tribunal luego explica por qué tales circunstancias no fueron suficientes para desestimar la acusación, en síntesis, porque el imputado tuvo tiempo “para eliminar cualquier rastro que hubiese quedado en su ropa o piel a causa de la comisión de los hechos”–, de manera que mal entonces podría estimarse que la realización de tales actuaciones con resultados incluso favorables a la tesis absolutoria, acarrea un efecto trascendente o relevante sobre los derechos del acusado, menos aún si, como se ha explicado, ni siquiera se utiliza como elemento fundante de la convicción condenatoria.

Decimosexto: Que, a modo de colofón, cabe recordar la comprensión que ha de tenerse del sistema de protección de garantías constitucionales integrante del haz de derechos que conforman el debido proceso, por cuanto una tesis como la postulada en el recurso, que reclama la protección de los derechos de su defendido ante un desconocimiento de carácter teórico, abstracto y sin asidero en hechos demostradamente lesivos, muta su carácter y lo desnaturaliza, al transformarlo en un mero ejercicio retó-

rico, formal, que no vincula la realidad con la norma, lo que no es admisible (SCS rol N° 1323-2015, de 24 de marzo de 2015).

En otras palabras, ha sido correctamente decidido el rechazo de las alegaciones que se han renovado en esta sede de nulidad, ya que el derecho constitucional al debido proceso del recurrente no fue entrabado, limitado o eliminado de manera sustancial, trascendente o relevante como consecuencia de los pretendidos vicios, pues ha estado en condiciones de ejercer sus derechos procesales, no quedó en situación de indefensión con motivo de las presuntas irregularidades cometidas al tomarle declaración policial ni al obtener prueba de su persona o vestimentas.

Decimoséptimo: Que en lo tocante al primer y segundo motivo de nulidad subsidiario explicitado a través de la proposición de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación al artículo 342 letra c) del mismo cuerpo de leyes, ella se refiere a la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, indicando que ello ocurre en relación a los elementos que la letra c) de esta última disposición ordena observar, esto es: “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 la valoración de los medios de prueba que fundamentare dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

A su vez, esta última norma prescribe “Valoración de la prueba. Los

tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Decimoctavo: Que, respecto de la causal invocada importa señalar 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 legitima 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 (SCS rol N° 12885-2015 de 13 de octubre de 2015).

Es preciso también tener en consideración que este tribunal ya ha señalado en sucesivos fallos que toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. “En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados” (SSCS rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Así, la salvaguardia esencial del derecho a una sentencia fundada y motivada encuentra consagración en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, que impone a los sentenciadores la obligación de exponer de manera clara, lógica y completa, cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren 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 del mismo ordenamiento. Tal disposición establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, el que sólo reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De esta manera, el proceso

de clausura de un procedimiento legalmente tramitado lo constituye una sentencia que se ciñe a los parámetros citados (SSCS rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Decimonoveno: Que se desprende de la simple enunciación de los preceptos que se vienen comentando que nuestra legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces un trabajo de elaboración cuidadoso en la concepción de sus fallos. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del cuerpo de leyes ya citado. Al efecto, el fin de la fundamentación que exige la norma que sustenta el recurso por la causal que se analiza, no es otro que permitir la reproducción y fijación del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, carga que se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 del Código procesal aludido, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral, que declara que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno aquella debida fundamentación, debiendo entonces dar cuenta de lo escuchado en audiencia y, en base a ello, razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir un medio respecto del otro o

para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciar la prueba y llegaron a dar por acreditados los acontecimientos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente (SSCS rol N° 3873-2011 de 18 de julio de 2011, rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Estas exigencias están provistas del correspondiente respaldo constitucional, ya que el inciso 6° del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República declara que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, por lo que las señaladas normas reglamentan la forma cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y, si no son respetadas, permite la anulación correspondiente (SSCS rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Vigésimo: Que, sin embargo, no puede desatenderse que la exigencia legal de análisis de toda la prueba y explicitación de las motivaciones que sostienen la decisión judicial no es un requerimiento meramente formal, sino que encuentra su fundamento en razones de carácter sustantivo como es la cautela de la coherencia del razonamiento que se explicita en el fallo, como garantía consagrada en favor de las partes que se someten a la decisión judicial, asistidas por el derecho a realizar su reproducción para alcanzar las conclusiones a que llegó la sentencia, conjurando así la arbitrariedad en la decisión de absolución o

condena que se emita. Por ello, la carga que grava a los jueces en orden a analizar toda la prueba tiene ese sentido: velar porque la decisión jurisdiccional obedezca a una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos que justifiquen racionalmente sus afirmaciones. Tal sistema, en todo caso, no puede llevar al extremo de pretender el análisis de todas y cada una de las afirmaciones vertidas por los declarantes en el juicio y el pronunciamiento detallado sobre todos y cada uno de los puntos levantados por las defensas, por cuanto ello significaría imponer a los jueces una carga imposible de satisfacer, ya que las exigencias contenidas en la ley sólo buscan garantizar la exposición de razones en la construcción de las premisas que sustentan el establecimiento de los hechos de la causa (SSCS rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Vigésimo primero: Que, por otra parte, en el artículo 297 del Código Procesal Penal, al cual se remite el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal al prescribir la forma en que debe valorarse la prueba, se establece para resolver este tipo de materias el sistema de valoración probatoria de apreciación razonada, en el que el legislador ha impuesto a los jueces la obligación de observar los parámetros que imponen las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado, en lo que se refiere al modo de apreciar las probanzas y a la adopción de las subsecuentes conclusiones.

Así las cosas, la labor de establecer si la prueba traduce la verdad o falsedad

de un determinado enunciado fáctico según las reglas de la sana crítica no implica irracionalidad para dejarse llevar por la sola intuición. “El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente” (Couture, E. Obras. Tomo I. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Thomson Reuters Punto Lex, 2010, p. 244). El juez debe valorar la prueba limitado por las reglas que impone el sistema de sana crítica.

Las reglas de la lógica que integran el sistema de sana crítica son muy conocidas y no necesitan ser reproducidas.

El sistema de sana crítica, no obstante la mayor amplitud en el margen de libertad otorgado para ponderar la prueba, impone reglas concretas y claras que no pueden ser desconocidas por los jueces al momento de utilizarlo. No es un sistema enteramente libre –y por tanto subjetivo– como el que faculta, por ejemplo, para apreciar la prueba en conciencia. En consecuencia, por constituir un sistema reglado “objetivamente” por la lógica, la experiencia y el conocimiento científicamente respaldado, su utilización por el juez es controlable por esta vía.

En efecto, la norma legal que previene el sistema probatorio, así como el modo en que opera y las reglas que lo componen, es de carácter sustantivo y a ella ha de adecuarse la labor de ponderación. Ello es así, porque la sola referencia de la norma al sistema de la sana crítica incorpora al precepto que lo establece a todas las reglas que la constituyen, que le son propias e indiscutibles.

De ahí que sea posible examinar por vía de este recurso de nulidad su aplicación.

Verificar la adecuación del sistema de valoración probatoria a las reglas de la sana crítica no implica valorar nuevamente los hechos, pues tal labor excedería los márgenes del recurso y la competencia de este tribunal. En la especie, controlar la valoración de la prueba implica comprobar si el razonamiento jurídico del juez se ha adecuado a las reglas que impone el sistema de sana crítica; en otras palabras: examinar cómo han gravitado y qué influencia han ejercido los medios de prueba en él a la hora de arribar a la decisión que ha consignado en la sentencia. Ello fuerza a revisar la manera o forma en que se han ponderado las pruebas, más no el material fáctico de la ponderación. No se revisan los hechos, sino la aplicación del derecho a éstos.

Si el artículo 297 del Código Procesal Penal obliga al juez a dictar sentencia de acuerdo con estas reglas, limitando su discrecionalidad a la hora de valorar la prueba, el recurso de nulidad por la causal en estudio no tiene otro objeto más que custodiar el respeto y la correcta aplicación de esta norma en el razonamiento que se consigna en la sentencia.

De forma tal que, sólo si se logra determinar que el tribunal ha dado falsa o incorrecta aplicación o derechamente ha dejado de aplicar las reglas de la sana crítica, y ello ha influido sustancialmente en la decisión, se estará en condiciones de acoger el recurso de nulidad para que, en un nuevo juicio,

otros magistrados procedan a conocer nuevamente los hechos, es decir, valorar.

Vigésimo segundo: Que, de acuerdo a lo ya señalado, no basta para que el recurso sustentado en la causal en estudio pueda prosperar, con plantear que resultaba más lógico o razonable, otra versión de hechos distinta a la asentada por el tribunal que podía igualmente desprenderse de un medio o de un conjunto de medios probatorios, sino que debe demostrar el recurrente que de la prueba que trata el recurso, no podía desprenderse, sin vulnerar las reglas de la sana crítica que indica el arbitrio, los hechos que tuvo por establecido el fallo y que impugna el recurso. Para estos efectos, huelga explicar que resulta irrelevante si esta Corte comparte o no las opciones o conclusiones de los sentenciadores derivadas de la prueba rendida, a la que sólo cabe efectuar el análisis objetivo antes referido, a riesgo de transformarse en un tribunal de instancia, desconociendo el carácter extraordinario y de derecho del recurso de nulidad.

Vigésimo tercero: Que, efectuadas estas disquisiciones indispensables, mediante la primera causal subsidiaria fundada, como se dijo, en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación a la letra c) del artículo 342 del mismo texto, cuyos fundamentos ya fueron extractados en el basamento 2° ut supra, se cuestiona que el tribunal estableciera que hubo dos momentos o grupos de lesiones, uno constitutivo del delito de femicidio frustrado y el otro del delito de lesiones graves gravísimas.

Pues bien, una atenta lectura del desarrollo de esta causal evidencia que con ésta sólo se plantean precisamente versiones de hechos alternativas que podrían haberse desprendido de los medios probatorios que analiza, distintas a la que concluyen los sentenciadores, lo que no es suficiente para dar lugar a la causal de nulidad interpuesta, pues a este Tribunal no cabe poner una balanza cuál de las versiones –la del fallo, o la del recurso o del voto de minoría– le parece más acorde a lo que ha conocido de la prueba –de manera mediada– por su reproducción o extracto en el fallo, sino únicamente cerciorarse, aun cuando no fuera compartida, si la versión por la que optan los jueces de la instancia y que extraen de la prueba rendida en el juicio, respeta los límites que conlleva la sana crítica, y tal examen, impide afirmar el quebrantamiento alegado en el recurso.

Vigésimo cuarto: Que, en efecto, en 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 como 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 –nuevamente, con independencia de si esta Corte la

comparte—, considerando además que las conclusiones a las que arriba el tribunal para afirmar que se trata de dos momentos claramente diferenciables de la agresión, donde varía la modalidad de ésta como la intención del agresor, es el resultado de la ponderación global que efectúa del universo de pruebas introducidas en el juicio, siendo el conjunto de ellas, en una apreciación total e integral, lo que le lleva a afirmar sus asertos, de manera que, dado que en este caso el hecho cuestionado por el recurso —que se trata de dos agresiones independientes y diferentes en su forma e intención—, se alcanza por una pluralidad de probanzas, cada una de éstas contribuirá de distinta manera y con distinto grado a conformar esa convicción, pudiendo por tanto, incluso ser errónea la inferencia que hagan los jueces de un determinado medio probatorio, sin embargo, ello no sería suficiente para derribar la conclusión alcanzada si, como en la especie, la misma se deriva de un conjunto de elementos que apuntan en el mismo sentido, teniendo presente que el efecto de la inmediación, principio del juicio oral, sólo alcanza su objetivo ante el tribunal del juicio oral, que de no mediar una incorrección grave, no permite al tribunal que conoce del recurso y los hechos por medio de las versiones de los abogados, afirmar que lo que los jueces percibieron sea distinto a lo que en realidad ocurrió en la audiencia.

Vigésimo quinto: Que, por otra parte, cabe recordar que mediante la causal invocada sólo puede cuestionarse lo atingente al establecimiento de los hechos materiales, y no a la ausencia

de fundamentación de la calificación jurídica de esos hechos —si existe o no unidad de hecho o unidad natural de acción—, cuestión esta última que debió plantearse a través de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, pero en relación a la letra d) del artículo 342 del mismo texto.

De ese modo, en relación a lo fáctico y en lo que interesa a la materia aquí tratada, el fallo únicamente establece en su considerando 84°, que el acusado golpeó en reiteradas oportunidades en la cabeza a la víctima con dos trozos de concreto que portaba en sus manos causándole lesiones, 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 causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista. Luego, en el motivo 85°, sobre este mismo asunto, señala la sentencia que una vez terminado el primer ataque, “el acusado se levantó, se retiró del lugar y volvió nuevamente”. Agrega este mismo considerando que el primer ataque tenía el “claro propósito de privarle la vida” a la víctima —tenía “intencionalidad homicida” como precisa en el mismo basamento—, mientras que con el segundo ataque “el acusado se propuso extraer ambos ojos a la víctima”, y además se consideró respecto de la última oportunidad “las particulares características del procedimiento mecánico que tuvo que hacer el agresor para extraer ambos globos oculares”.

Pues bien, ninguno de estos hechos o circunstancias son negados o controvertidos por la defensa, que no desconoce que el autor interrumpe unos instantes la agresión, al alejarse una corta distancia de la víctima, para luego continuar el ataque, constituyendo una cuestión de calificación jurídica si la segunda agresión, en base a otros elementos de análisis que para este efecto deben considerarse, debe tenerse junto a la primera como un hecho singular.

En esta sección el recurrente sólo cuestiona que el tribunal haya establecido que el autor modificó sustancialmente sus intenciones “de querer matar en un primer momento a no querer hacerlo en un segundo” —en palabras del recurso—, protestando en verdad por considerar que existió un cambio de intención y no que haya existido el *animus necandi* en el inicio de las acciones. Es más, sólo controvierte que haya existido el dolo matar al desarrollar la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, causal que no permite alterar los hechos ya asentados, pero sí autoriza a elaborar conclusiones discrepantes de lo resuelto en derecho.

En el mismo orden y engarzado a lo anterior, tampoco discute el recurso que en el segundo momento del ataque el hechor “se propuso extraer ambos ojos a la víctima”, intencionalidad que parece irrefutable, pues lo contrario implicaría sostener que el agresor realiza la extracción de los ojos sin intención o sin buscarlo. Ahora bien, si este último propósito debe tenerse como parte de una misma intención o voluntad, en definitiva de un mismo dolo, sea de

matar o lesionar, corresponde a un análisis jurídico que, de “omitirse”, debe subsanarse mediante la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, pero en relación a la letra d) del artículo 342 del mismo texto, causal no formalizada en el recurso en estudio y, de “errarse” en ese análisis, debe corregirse por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Finalmente, que en la segunda agresión, o segunda parte de la agresión si se quiere, se utiliza un “procedimiento mecánico” de “particulares características”, a diferencia del primer momento, ello tampoco es desconocido por la recurrente, pues evidentemente para la extracción de los ojos fue necesario realizar maniobras distintas al mero golpe con un objeto contundente, debiendo nuevamente reiterarse que si esa distinta modalidad —incluso si al volver el hechor luego de su momentáneo alejamiento nuevamente realiza golpes, sea antes, durante o después de la extracción de los ojos— justifica considerar que no hay unidad de hecho como objeto de subsunción en un único tipo penal, ello debe plantearse mediante las otras causales recién mencionadas y no mediante la presente atingente únicamente al establecimiento de los hechos y no del derecho.

Vigésimo sexto: Que en otro orden de ideas, cabe consignar que los defectos denunciados mediante la causal de nulidad que se viene estudiando carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, extremo sin el cual el artículo 375 del Código Procesal Penal impide declarar la nulidad del juicio y de la

sentencia, desde que lo que se persigue mediante las alegaciones antes estudiadas, como aclara el recurso al tratar la “trascendencia de los errores de valoración”, es que en la nueva sentencia que se dicte como resultado del nuevo juicio, se tenga por establecido “un hecho único, una única agresión, que en ningún caso pudo dar lugar a delitos autónomos que entrasen en concurso material, debiendo haberse impuesto una pena única por dicho ilícito”, sin embargo, el tribunal concluyó en su basamento 84° que se trataba de dos conductas distintas e independientes que debían ser sancionadas separadamente, no en forma unificada, como necesario resultado del mero establecimiento de los hechos reseñados en el considerando anterior, sino producto de un análisis jurídico más complejo, el que toma en cuenta “la diferencia de momentos entre la primera y segunda acción, las particulares características del procedimiento mecánico que tuvo que hacer el agresor para extraer ambos globos oculares, ... el dolo específico que requiere esta segunda acción y el bien jurídico tutelado, que si bien coincide en la protección de la integridad física y de la vida de las personas, en este caso se concretó de un modo muy particular y con consecuencias diferentes”.

De ese modo, el tribunal discurre sobre aspectos relativos a lo factual como a lo jurídico para concluir una pluralidad de hechos que deben subsumirse en sendos tipos penales. Entre los primeros, lo referido a que las “características del procedimiento mecánico” utilizado para extraer los globos oculares fue diverso al

usado para golpear a la víctima, es asunto que ni siquiera resulta controvertible, mientras que la supuesta “diferencia de momentos entre la primera y segunda acción” es una conclusión –como ya fue explicado ut supra– a la que permite arribar la prueba rendida, con abstracción si es la mejor conclusión inferible de ésta. Pero lo que interesa destacar aquí es que, amén de esos elementos de hecho, la sentencia considera aspectos jurídicos no abordables mediante la causal de nulidad invocada, relativos al “dolo específico que requiere” la segunda acción “y el bien jurídico tutelado”.

La mera discrepancia sobre lo fáctico en este caso no resultaba suficiente para modificar el aserto del tribunal de que se trata de conductas distintas e independientes, ya que esta afirmación en verdad es corolario de una calificación jurídica que, desde luego, debe tener un correlato con los hechos asentados, pero ello no importa que éstos necesariamente determinen aquélla, prueba irrefragable de lo cual es que el propio arbitrio reconoce en el desarrollo del primer capítulo de la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que se puede concluir que se trata de un hecho singular “sin alterar un ápice la forma como el tribunal oral ha dado por establecidos los hechos en su sentencia”, admitiendo de esa forma, que la conclusión que incomoda al recurrente no se alcanza por una mera modificación de los hechos asentados en la sentencia, sino que demanda también impugnar los razonamientos de derecho ajenos a la causal en estudio.

Vigésimo séptimo: Que, por las razones anotadas, deberá desestimarse la primera causal subsidiaria.

Vigésimo octavo: Que, como segunda causal subsidiaria, el recurso formaliza la de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, cuyos fundamentos también ya fueron resumidos en el motivo 3° ut supra.

Reiterando aquí todo lo ya explicado sobre la naturaleza de esta causal de nulidad, cabe sólo agregar a esas reflexiones que, toda vez que el recurso de nulidad en estudio constituye una vía extraordinaria para la revisión de específicos defectos del juicio o del fallo, en este caso relativos al cumplimiento de los extremos que debe contener la sentencia en el establecimiento de los hechos y no para una revisión general de la valoración efectuada por los jueces de toda la prueba rendida en el juicio, dado que esta sede de nulidad no constituye una nueva instancia del juicio, ello tiene como contrapartida rigurosas exigencias de fundamentación del recurso que permitan demostrar el vicio alegado mediante la constatación de los elementos objetivos que le dan lugar y no por la mera discrepancia de la ponderación de las probanzas realizada por los jueces. El recurso de autos, entonces, para prosperar debió postular una tesis encaminada a demostrar que el razonamiento del fallo contraría determinadas reglas de la lógica, máximas de la experiencia o el conocimiento científicamente afianzado, y que su inobservancia incidía en lo dispositivo del fallo.

En este contexto, aparece que el recurso adolece de la adecuada funda-

mentación que permita que pueda ser acogido, como se explicará a continuación.

Vigésimo noveno: Que, en primer término, parte importante del desarrollo de esta causal se limita a reproducir el voto de minoría del fallo, expresando que “El análisis realizado en el voto de prevención es claro y lógico a la luz de la convicción probatoria y demás probanzas de la causa”, con lo cual en definitiva sólo expone una distinta valoración de la prueba de parte de uno de los jueces, a la cual adhiere el recurso cabe entender, cuestión que no resulta suficiente para sostener entonces que lo razonado por el voto de mayoría incumpla los extremos legales antes mencionados.

No incumbe a esta Corte dirimir si las razones expresadas por el voto de minoría para sustentar su duda sobre la autoría de Ortega Ruiz en el hecho N° 2 son mejores, ya sea por contar con un fundamento más macizo y consistente, o por ser más convincentes o plausibles al entender de un lector imparcial, que las desarrolladas por el voto de mayoría, pues tal posibilidad incluso podría presentarse –sin que esto importe necesariamente una afirmación de esta Corte– y ni aun así ello sería razón legal para declarar la nulidad del fallo y el juicio, si no va acompañada de una objetiva transgresión por parte de la sentencia (voto de mayoría) de los deberes de motivación que imponen a los sentenciadores los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal, cuestión que en la especie no se presenta.

Trigésimo: Que, por otra parte, el recurso contrasta la declaración de la

víctima con otras probanzas del juicio o hechos que se acreditarían con estas pruebas, y con las que aquélla sería contradictoria, protestando por haber priorizado dicho testimonio a lo que se desprende de dichos antecedentes, pero sin haber cuestionado que el fallo omite las razones para dar preponderancia a la versión de la víctima, o que al haber expuesto esas razones no lo haya hecho en forma clara, lógica y completa o en contradicción al artículo 297 del Código Procesal Penal, lo cual, desde luego, requería precisar los específicos razonamientos equivocados o defectuosos, sin que pueda aceptarse una general invocación a que el fallo viola los principios de la lógica, buscando por ese medio que esta Corte se aboque oficiosamente a un nuevo estudio y valoración de todo el material probatorio, lo que llevaría a desnaturalizar este recurso de nulidad transformándolo en uno de apelación. Es por eso que el planteamiento que realiza el recurso resulta equivocado para configurar la causal en estudio, pues únicamente coteja la versión de la víctima con otra, exculpatoria del acusado, que se derivaría de los medios de prueba que esgrime, pero sin plantear que esta última era la única a la que podía arribarse sin transgredir las reglas de la sana crítica, pues frente a esta dualidad de versiones, ambas sustentadas en prueba que se rindió en el juicio, sólo cabía a los jueces dirimir cuál debía primar conforme a las exigencias que la ley prevé para cada una de ellas.

Como se ha dicho antes, en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una

nueva ponderación de los elementos de prueba aportados en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad (Rol N° 12.885-2015 de 13 de octubre de 2015). A pesar de lo anterior, la argumentación del recurso se dirige más bien en ese sentido, por cuanto redundante en cuestionar únicamente la fuerza persuasiva y coherencia de la declaración prestada en el juicio oral por la víctima contrastándola con otras probanzas, sin atacar –como pretende la causal de nulidad en examen– el razonamiento del fallo que plasma el análisis “global” de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Trigésimo primero: Que por lo antes explicado se rechazará igualmente esta segunda causal subsidiaria.

Trigésimo segundo: Que en el primer capítulo de la tercera causal subsidiaria afincada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se postula que los hechos tal como fueron asentados por el fallo deben valorarse como una unidad natural de acción y, por consiguiente, se presentaría un solo delito, el que debe determinarse según si se estima que concurre o no el dolo de matar, desarrollando las diversas alternativas que en cada escenario podría presentarse, siempre partiendo de la base que los hechos y circunstancias fijados en la sentencia dan cuenta de unidad natural de acción entre las conductas por las cuales se golpea con trozos de concreto

a la víctima y aquellas por las cuales se extirpan sus ojos.

Explicando este planteamiento, se refiere a la calificación del hecho como una unidad natural de acción, apoyándose en la definición que Cury enseña sobre tal categoría, sosteniendo que a tal calificación puede arribarse sin necesidad de alterar la forma como el tribunal ha dado por establecidos los hechos en su sentencia, analizando al efecto los tres criterios a que acude el fallo para concluir la existencia de dos hechos y delitos diferentes, esto es, las circunstancias de comisión, el propósito delictivo y los bienes jurídicos involucrados.

Producto de dicho examen plantea el recurrente que el hecho acreditado constituye un único hecho punible que merece una pena única y, consiguientemente, se aboca al análisis necesario para determinar cuál es la calificación jurídica del mismo, proponiendo dos escenarios posibles.

Trigésimo tercero: Que, primero, 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.

En esta sección, el recurso, aludiendo a los razonamientos del voto de minoría del fallo, trata las circunstancias en las que se puede fundamentar la ausencia del dolo homicida, agregando que, aun si el agresor actuó con dicho dolo, éste sería eventual, según los mismos hechos y razonamientos seguidos por el fallo de

mayoría, tipo de dolo incompatible con el homicidio frustrado o tentado.

En base a esa premisa, esto es, que el autor actuó sin dolo homicida o únicamente con dolo eventual, el recurso estudia la calificación del hecho como lesiones graves gravísimas o mutilación de miembro importante, precisando que desde el punto de vista de la pena, es irrelevante cuál de las calificaciones referidas se asigne al hecho único, pues en cualquiera de esos casos, la pena a aplicar en definitiva no puede ser inferior a 10 años y un día ni exceder los 12 años y 180 días de presidio.

Agrega que de estimarse que el hecho acreditado constituye dos o más delitos (por ejemplo, lesiones del artículo 397 N° 1 del Código Penal y mutilaciones) o bien que los golpes fueron un medio para mutilar a la víctima, el escenario no varía respecto de los casos antes señalados puesto que la pena que arriesga el condenado sigue siendo la misma (desde 10 años y un día hasta 12 años y 182 días), por aplicación de lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal.

Por ende, en cualquiera de los escenarios referidos, la determinación de la pena única es la siguiente: la pena abstracta de las lesiones graves gravísimas es presidio mayor en su grado mínimo, mientras que la de las mutilaciones de miembro importante es presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Luego, establecido por el tribunal que debe hacerse aplicación de lo dispuesto en el artículo 400 del Código Penal por concurrir el presupuesto contemplado en dicha

disposición, cabe aumentar la pena en un grado, arribando, en consecuencia, en ambas hipótesis, al presidio mayor en su grado medio. Luego, establecido el grado de la pena a asignar, dado que el tribunal ha determinado que respecto de este hecho concurre una sola circunstancia atenuante (11 N° 6 del Código Penal) y ninguna agravante, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, se debe aplicar el *mínimum* del presidio mayor en su grado medio, esto es una pena que va desde 10 años y 1 día a 12 años y 182 días.

Concluye el recurrente que, habiendo un único hecho punible, y no habiendo concurrido dolo homicida –o al menos no concurriendo el dolo directo que exige el tipo penal del femicidio con *iter criminis* incompleto– el tribunal pudo calificar el hecho bien como lesiones graves gravísimas del artículo 397 N°1 del Código Penal, bien como mutilación de miembro importante del artículo 396, inciso primero, del mismo cuerpo legal, y en cualquiera de dichos escenarios debió imponer una pena única de presidio mayor en su grado medio en su *mínimum*.

Trigésimo cuarto: Que, en el segundo escenario posible de calificación jurídica del hecho único acreditado, esto es, actuando el hechor con dolo homicida directo durante todo el hecho, y siendo indubitada la relación de convivencia entre el sentenciado y la víctima, el recurrente plantea dos posibilidades de calificación jurídica, femicidio tentado o femicidio frustrado.

Respecto de la primera posibilidad, a saber, femicidio tentado, ésta se justifica porque el actor no puso de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma, como exige el artículo 7° del Código Penal y, por otra parte, porque la falta de consumación se debió a la voluntad del agresor y no a causas independientes a su actuar.

Expresa que en caso de que se considerase que el hecho que se dio por acreditado configura un delito de femicidio tentado, al autor en principio le corresponde una pena abstracta inferior en dos grados a la prevista en el artículo 390 del Código Penal –que comienza en presidio mayor en su grado máximo– por aplicación de lo previsto en el artículo 52, inciso 1°, del mismo cuerpo legal. Es decir, en principio correspondería al agente por este ilícito una pena de presidio mayor en su grado mínimo. Ello sin perjuicio de que es posible concluir que este delito se subsume –por concurso aparente, principio de consunción– en el delito de lesiones graves gravísimas consumadas, el cual tiene una pena mayor (presidio mayor en su grado medio, como resultado de la agravación del artículo 400 del Código Penal), por lo que en este supuesto la pena correcta a aplicar es la misma que en los escenarios previamente descritos: desde un mínimo de 10 años y 1 día hasta un máximo de 12 años y 182 días de presidio.

En la segunda alternativa posible de calificación, consistente en tener el hecho como delito de femicidio frustrado, refiere que por aplicación del artículo 51 del Código Penal, debe disminuirse

la pena abstracta en un grado. Considerando la pena establecida en el artículo 390 del Código Penal, al aplicarse esta regla se obtiene que la pena que arriesga el autor del delito es la de presidio mayor en su grado medio. A su vez, esta pena debe aplicarse en su *mínimum* en razón de lo dispuesto en el artículo 67, inciso 2º, del mismo cuerpo legal. Por ende, la pena a imponer al sentenciado en esta hipótesis es la misma que en el caso de que el hecho se califique como lesiones graves gravísimas consumadas o como mutilaciones consumadas, esto es, una pena que va desde un *mínimo* de 10 años y 1 día hasta un *máximo* de 12 años y 182 días de presidio.

Trigésimo quinto: Que al final de este primer capítulo de esta última causal subsidiaria, el recurrente expone que el tribunal, en atención a los hechos que dio por acreditados, cometió un error de derecho al no dar por establecido que el hecho perpetrado el 14 de mayo de 2016 –Hecho N° 2 de la acusación– corresponde a un hecho único, merecedor de una pena única, al haber unidad natural de acción entre los varios golpes constitutivos de la agresión.

Por ende, sin importar la calificación jurídica por la que hubiese optado –lesiones graves gravísimas consumadas con la calificante del artículo 400 del Código Penal; mutilaciones consumadas con la misma calificante; femicidio frustrado; femicidio tentado subsumido por concurso aparente en las mutilaciones o lesiones gravísimas ya señaladas–; el tribunal, en cualquiera de estos casos, debió imponer la pena de presidio mayor en su grado medio en su *mínimum*,

esto es, una pena de entre 10 años y 1 día y 12 años y 182 días de privación de libertad.

Trigésimo sexto: Que, previo el análisis que demanda la causal en comento, resulta necesario puntualizar que dicha norma dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, para la cuestión debatida, cuando en el pronunciamiento del fallo, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. En consecuencia, este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y en particular, respecto de las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea también al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen, el reproche debe estar referido a la ley sustantiva penal que mire a calificaciones jurídicas que constituyen un reproche penal, una participación culpable o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las imputaciones que se dirigen contra un sujeto. Por oposición, el objetivo de la causal de nulidad en estudio supone forzosamente que, frente a la hipótesis invocada y los fundamentos que la justifican, los hechos del proceso resultan inamovibles para esta Corte. Así, entonces, no resulta posible desatender lo que se ha asentado en el fallo (SSCS

rol N° 21408-2014 de 8 de septiembre de 2014 y rol N° 1323-2015 de 24 de marzo de 2015).

Trigésimo séptimo: Que, teniendo en vista las reflexiones anteriores, como se advierte, en esta parte, el recurso se estructura en base a dos cuestionamientos, primero, sosteniendo la errada aplicación del derecho al catalogar las acciones descritas bajo el epígrafe “Hecho N° 2” como dos hechos y, por ende, dos delitos, en vez de calificarlo como una unidad natural de acción constitutiva, por lo tanto, de un solo ilícito y, segundo, plantea la equivocada calificación de los hechos que se dan por probados en el fallo.

Tales reparos serán examinados separadamente y con estricto respeto y apego a los hechos que se tienen por ciertos en la sentencia, tanto los ya reproducidos en el motivo 6° ut supra, como los fijados en el considerando 85° del fallo recurrido al tratar los sentenciadores estos asuntos que, por ello, conviene tener a la vista:

“Que, los hechos así acreditados, dan cuenta de dos delitos que, atendidas las circunstancias de comisión, propósito delictivo y bienes jurídicos involucrados, se erigieron de manera independiente.

En efecto, el acto de golpear a la víctima en su cabeza en reiteradas oportunidades al punto de dejarla con lesiones que de no mediar intervención médica oportuna le hubieran provocado la muerte, constituye una acción objetivamente idónea para provocar la muerte de una persona, revestida de una intencionalidad homicida y que una vez

ejecutada deja entregada o abandonada a su curso natural la concreción del resultado típico, a saber, la muerte de la ofendida.

En el caso sub lite, una vez finalizado el castigo que consistió en múltiples golpes con un elemento contundente en una zona reconocidamente vital como lo es la cabeza, el acto homicida estaba completo y sólo faltaba que los procesos naturales hicieran colapsar el organismo de la víctima. Aun cuando el hechor evidentemente notó que la ofendida no había muerto –pues tanto los funcionarios de Carabineros como el personal de SAMU que llegaron a socorrerla se percataron de inmediato que estaba viva– ya no estaba a su alcance evitar su muerte. En otras palabras, objetivamente ya no era necesaria una nueva intervención del agente para asegurar la consumación del delito, no obstante lo cual, atendida la oportuna intervención médica, el delito de femicidio quedó en grado de frustrado.

Ahora bien, una vez terminada esa modalidad de ataque, brutal, violenta, reiterada, el acusado se levantó, se retiró del lugar y volvió nuevamente. Esto lo vieron los dos testigos presenciales de iniciales C.J.Q.M. y B.A.A.V. quienes distinguieron claramente dos momentos. En esta segunda oportunidad, el acusado modificó completamente su forma de accionar, pues de los brutales golpes con que acometió previamente a la víctima, que evidenciaron un claro propósito de privarle la vida y que ya había dejado entregado a su curso natural, pasó a ejecutar una acción diferente, igual de cruel e inhumana, pero

desprovista de esa intencionalidad homicida que se podía extraer fácilmente al observar la primera dinámica. En este segundo momento, el acusado se propuso extraer ambos ojos a la víctima, lo que logró, privándole para siempre del sentido de la vista. Esta nueva lesión, tal cual señalaron los médicos que trataron a la víctima, no imprimió al cuadro general de salud un riesgo vital adicional, citando en este punto al médico Felipe Andrés Silva Docolonansky, quien señaló que esa mañana la situación crítica venía dada por las otras lesiones y no por la enucleación, pero se debió hacer un aseo quirúrgico a las cavidades oculares, de manera tal que atendida su especial connotación y diferenciación con las primeras lesiones, habiéndose cometido en momentos distintos y con una modalidad y finalidad diferentes, considerar estas dos acciones como un único injusto impediría aprehender adecuadamente los ilícitos realizados y la culpabilidad que subyace en cada una de las acciones.

A la postre, el hechor quebrantó las expectativas normativas de ambos delitos y lesionó los bienes jurídicos tutelados por las figuras de femicidio en grado frustrado, al exponer su vida al límite, y de lesiones graves gravísimas, al privarla para siempre de un órgano vital para el desenvolvimiento normal de cualquier persona.

De esta forma, la diferencia de momentos entre la primera y segunda acción, las particulares características del procedimiento mecánico que tuvo que hacer el agresor para extraer ambos globos oculares, muy bien descritos por

la perito médico legista y criminalista Vivian Cecilia Bustos Baquerizo, el dolo específico que requiere esta segunda acción y el bien jurídico tutelado, que si bien coincide en la protección de la integridad física y de la vida de las personas, en este caso se concretó de un modo muy particular y con consecuencias diferentes, permitieron estimar que tal conducta era distinta e independiente a la primera, por lo que debe ser sancionada separadamente”.

Trigésimo octavo: Que, en forma previa a reflexionar si se presenta o no en la especie una “unidad natural de acción” —como defiende el recurso— respecto del conjunto de acciones que caen bajo la abrazadera del Hecho N° 2 que tuvo por probado la sentencia, según la relación fáctica signada en el considerando 84°, cabe analizar si puede observarse en ese mismo relato fáctico una “unidad o pluralidad de hechos”.

A juicio de esta Corte, tal orden de análisis resulta más preciso, al haber sostenido algunos autores justamente que la “unidad natural de acción” no es sino uno de los casos excluidos del régimen concursal común, por existir una unidad jurídica de delito (Matus. “Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena”. En: Politoff y Ortiz (dir.). Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Ed. Jurídica de Chile, 2009, pp. 385 y 386. También Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. Ed. Jurídica de Chile. 2ª ed., 2004, p. 452) o que la unidad natural de acción en realidad no escapa a las consideraciones de carác-

ter jurídico (v. Couso, J. “Comentario previo a los arts. 74 y 75. El régimen concursal en el Derecho chileno. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial”. En: Couso y Hernández (dir.). Código Penal Comentado. Legal Publishing, 1ª ed., 2011, pp. 629 y ss.)

Trigésimo noveno: Que, al respecto, 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. Sin embargo, dado que en el mundo de la causalidad natural no existen soluciones de continuidad que nos permitan tener un concepto a priori de dónde comienza o dónde terminaría un “hecho”, debemos recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos para poder recortar del mundo exterior un conjunto de sucesos y darles una unidad que nos permita considerarlos un único hecho y, como parece entenderlo el artículo 75 de nuestro Código Penal, “un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza al menos un tipo penal”. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos, salvo las distintas excepciones que la ley y la doctrina ha tratado (Matus, ob. cit., p. 385).

Cuadragésimo: Que, de esos aspectos o criterios de referencia para determinar la unidad o pluralidad de hechos, el temporal en el caso sub iudice obsta a concluir que las múltiples acciones

ejecutadas por el acusado –golpear la cabeza y extraer los ojos– puedan valorarse como un solo hecho, pues la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista se realiza, como el fallo establece en su basamento 84°, después que éste había “finalizado el castigo que consistió en múltiples golpes con un elemento contundente en una zona reconocidamente vital como lo es la cabeza”, luego de lo cual el hechor “se levantó, se retiró del lugar y volvió nuevamente”, y en esta “segunda oportunidad, el acusado modificó completamente su forma de accionar, pues de los brutales golpes con que acometió previamente a la víctima... pasó a ejecutar una acción diferente, igual de cruel e inhumana ... En este segundo momento, el acusado se propuso extraer ambos ojos a la víctima, lo que logró, privándole para siempre del sentido de la vista.”

Así, honrando los hechos tal cual como fueron tenidos por verdaderos en el fallo, resulta de claridad meridiana que, aunque próxima a la primera, la segunda agresión, consistente en la extracción de ambos ojos a la víctima mediante un procedimiento mecánico corresponde a un momento distinto, cercano sí pero distinto al fin de cuentas, de aquel en que previamente se propinan los golpes con un objeto contundente, ya que el acusado “finaliza” la agresión mediante golpes con trozos de concreto y se “retira” del lugar, volviendo luego para concretar una acción distinta, dirigida, según el fallo, por una voluntad distinta de la que impulsó los primeros golpes.

Cuadragésimo primero: Que, sin embargo, la mera revisión de la unidad espacio-temporal, a juicio de esta Corte, si bien insoslayable en esta materia, resulta insuficiente y no conduce a resultados jurídicos satisfactorios y razonables, si no va acompañada de un estudio y aplicación al caso de las razones por las cuales el concurso ideal que regula el artículo 75 del Código Penal concede un tratamiento más benigno que la mera acumulación material de penas que trata el artículo 74 del mismo código, a quien comete dos o más delitos, precisamente mediante “un solo hecho”, estudio cuyo resultado confirmará y, principalmente, dará mayor plausibilidad y sustento a la conclusión antes alcanzada en base a los puros criterios naturales antes tratados.

Cuadragésimo segundo: Que sobre este punto se ha señalado por Etcheberry que podría llegarse a la respuesta de esta dificultad de saber cuándo un hecho debe ser considerado único examinando la razón de ser de la ley. En general, podemos decir que, sin perjuicio de que en casos particulares se obtenga un resultado diferente, la ley ha querido señalar para el concurso ideal, a pesar de la multiplicidad de delitos, tiene un tratamiento penal diferente de aquel que se señala para el concurso material, y más benigno. A este propósito resulta ilustrativa, en parecer del autor citado, la opinión de Pacheco, para quien, si un hombre viola a una mujer y le causa graves lesiones físicas, hay un hecho solo, “indivisible en su realidad”, pero hay dos delitos: violación y lesiones. ¿Por qué el hecho

es único? Lo expresa Pacheco al considerar el caso contrario: los bandidos que asaltan a los viajeros, los roban y los matan. Aquí, sostiene Pacheco, el hecho ya no es único: “Los delitos son dos: ha podido ocurrir el uno sin el otro. Ni son un hecho mismo, aunque sean hechos próximos, ni hay ninguna dificultad en separarlos con la inteligencia, pues que en realidad separados estuvieron”. La razón de la penalidad distinta radica en que en aquellos casos no puede concebirse la realización de un delito sin que al mismo tiempo resulte realizado el otro (naturalmente, considerando las circunstancias concretas del caso; no vale argumentar que el violador pudo haber escogido otra víctima que estuviera atada o privada de sentido y que hiciera innecesarias las lesiones). ¿Puede, mentalmente, precisarse un instante en el cual uno de los delitos esté cometido, en tanto que el otro no esté siquiera en tentativa? Si no pueden separarse las ofensas en esta forma, ello significa que el hecho es indivisible, y, en consecuencia, único. Por eso la ley es más benigna: toma en consideración que la múltiple ofensa al orden jurídico no proviene de un efecto contingente, sino necesario: para cometer el delito que se proponía, el delincuente no podía dejar de cometer el otro, forzosamente y aunque no lo quisiera. Y a esta situación, si bien censurable, la ley la considera menos digna de pena que aquella en la cual se cometen varias ofensas pudiendo cometer una sola; en que ha sido la voluntad del hechor, y no las circunstancias, lo que ha determinado la múltiple ofensa. Por la misma razón la ley ha concedido

también este tratamiento benigno a una clase especial de concurso material: aquel en que un delito es el medio necesario para cometer el otro. No puede cometerse el delito que el delincuente se propone, si previamente no comete otro (Etcheberry. Derecho Penal. Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., T. II, 2001, pp. 119-120).

Cuadragésimo tercero: Que, ante los reparos –por dejar fuera diversos casos comúnmente tratados como concurso ideal– que se han opuesto a este criterio (enunciados y comentados por Couso. “Artículo 75”. cit., p. 670), conviene igualmente reforzar lo propuesto por esta Corte con un criterio de relevancia normativa para fundamentar la unificación (relativa) de diferentes realizaciones típicas concurrentes, que en todo caso explique el tratamiento punitivo más favorable que el legislador asocia al concurso ideal frente al concurso real, como el desarrollado por Mañalich, quien explica que para este concepto de unidad de hecho, en virtud de cuya aplicación la concurrencia de dos o más hechos delictivos imputables a la misma persona asume la forma de un concurso ideal, en todo caso, no debe acudir a un criterio “naturalista”, en el sentido, por ejemplo, de que habría unidad de acción siempre que las realizaciones típicas concurrentes hayan tenido lugar a través de un mismo movimiento corporal voluntario, criterio que ni siquiera alcanza a ser aplicable respecto de cualquier forma de comportamiento delictivo; piénsese, por ejemplo, en un delito de omisión. Antes bien, lo correcto es recurrir a un criterio que descansa

en la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas imputables a la misma persona, en el sentido de una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas, bajo un test de “evitabilidad conjunta”: si para el autor de los varios hechos delictivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho. Así, en el caso del homicidio y aborto causado mediante un mismo disparo a la mujer embarazada, para el autor del homicidio y del aborto era posible evitar ambas realizaciones típicas absteniéndose de efectuar el disparo del arma de fuego, por lo que puede concluirse que ambos hechos delictivos han sido cometidos en unidad de hecho, esto es, en una relación de concurso ideal (Mañalich. “El principio non bis in idem en el derecho penal chileno”, REJ, N° 15, 2011, pp. 152-153).

Ahondando en estas reflexiones, Mañalich señala que el artículo 75 del Código Penal hace aplicable un régimen de absorción agravada para los casos de concurso ideal –no será aquí tratado el concurso medial por no ser atingente al caso sub judice– consistente en la “aspiración” de la pena correspondiente al hecho punible más grave entre aquellos que integran la respectiva relación concursal, pena que ha de ser impuesta en su “máximo”. La mejor explicación disponible para esta determinación legislativa, como ya había adelantado, parece ser la siguiente: la aplicabilidad del régimen de absorción agravada, que

es –*ceteris paribus*– más benigno que el de acumulación material, descansa en el reconocimiento o bien de una superposición o bien de una aproximación del “desvalor de acción”, esto es, del injusto subjetivo de los hechos punibles idealmente concurrentes. En el concurso ideal, la superposición del injusto subjetivo de cada uno de los hechos concurrentes se hace explícita si para la identificación de la correspondiente “unidad de hecho” se recurre al siguiente criterio de evitabilidad conjunta: hay unidad de hecho entre dos o más instancias de realización de uno o varios tipos –de-hecho– punible sí y sólo si para el agente hubiese sido posible evitar cada una de ellas a través de la omisión o la ejecución de una y la misma acción. Sobre la base de este criterio, la superposición del injusto subjetivo de los dos o más hechos punibles concurrentes es reconocible en la circunstancia de que sea a través de la falta de omisión o la falta de ejecución de una y la misma acción que se expresa la inexistencia, por parte del agente, de una intención de evitar cada una de las instancias de realización del tipo o los tipos en efecto realizados. La importancia de esta comprensión del fundamento del régimen de penalidad legalmente previsto para los casos de concurso ideal se halla en que la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles idealmente concurrentes resultaría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos (Mañalich. “La reiteración

de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. *Polít. Crim.* Vol. 10, N° 20, 2015, art. 3°, pp. 507-508).

Cuadragésimo cuarto: Que en el caso sub lite, cualquiera de los criterios sostenidos por los autores antes citados impide afirmar que los delitos en que se subsumen las acciones efectuadas por el acusado, esto es, golpes con trozo de concreto y posterior extracción de los ojos mediante un elemento punzante, cualquiera sea la calificación que se dé a ambas, se hayan cometido mediante “un solo hecho”.

En efecto, los hechos fijados en la sentencia evidencian que la segunda acción –extirpación de los ojos– no es el resultado ni se vincula objetiva ni subjetivamente con los primeros golpes causados con un elemento contundente. Los primeros golpes eran de por sí suficientes e idóneos para haber causado graves lesiones –como postula el recurso– o la muerte de la víctima –como sostiene el fallo– si en este último caso no hubiese recibido auxilio médico oportuno, de manera que la posterior extracción de sus ojos no tuvo por objeto agravar el precario estado de salud de la víctima resultado de los golpes –siguiendo la tesis de recalificación del recurso– o asegurar o acelerar la muerte –bajo la calificación que sustentan los magistrados de mayoría–, como también lo asienta el fallo al indicar que “Esta nueva lesión [la extracción de los globos oculares] ... no imprimió al cuadro general de salud

un riesgo vital adicional”, ni tampoco se realizó mediante los mismos actos o con los mismos instrumentos de la primera agresión, como establece la sentencia al decir que en ésta se acometieron “múltiples golpes con un elemento contundente”, mientras que en aquélla se utilizó un “procedimiento mecánico” de “particulares características” necesario para “extraer ambos globos oculares”.

Cuadragésimo quinto: Que, asimismo, puede concebirse la realización de cada uno de los distintos conjuntos de actos de agresión de parte del acusado –golpes con trozo de concreto y posterior extracción de ojos mediante un elemento punzante– sin que al mismo tiempo resulte perpetrado el otro e, igualmente, la mera omisión de los golpes en la cabeza de la víctima destinados –según el fallo– a causarle la muerte, no conllevaba evitar de igual modo la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista, pues este resultado requirió una acción adicional y mucho más compleja que la anterior, por ello efectuada mediante una mecánica o maniobra totalmente distinta, como el mismo fallo establece, “procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico” (cons. 84°).

Huelga señalar que, al revés, no efectuar esta última acción no importaba de modo alguno entonces evitar la primera.

Cuadragésimo sexto: Que, de ese modo, no se advierte en este caso la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas –cualesquiera sean las calificaciones que en

definitiva se otorguen o si alguna es preterida por otra en un concurso aparente de leyes penales– que es posible imputar al acusado por haber ejecutado los distintos grupos de actos que la sentencia tiene por ciertos, en el sentido de una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas, ni bajo el test de “necesidad” ni el de “evitabilidad conjunta” que permita y, sobre todo justifique conforme a lo antes explicado, considerarlas como “un solo hecho” y, por ende, favorecer eventualmente al acusado con el tratamiento punitivo más benigno que consagra el artículo 75 del Código Penal.

Cuadragésimo séptimo: Que, habiéndose zanjado que, atendida la realidad fáctica establecida y no desvirtuada por el recurso, no hay unidad sino pluralidad de hechos y que, por ende, los delitos en que se subsuman los actos realizados en el primer y segundo momento de la agresión, cualquiera sea en definitiva la calificación que se les otorgue, se encontrarán en concurso real y no ideal, por no haberse cometido mediante un solo hecho, cabe desestimar la aplicación en la especie de la figura que la doctrina denomina “unidad natural de acción”, categoría dogmática en que se asilan las pretensiones del recurso y que por lo expresado, carece de sustento.

Cuadragésimo octavo: Que el profesor Cury, en quien se ampara el recurrente, para fundamentar su tesis, sostiene que para encontrarnos frente a una unidad natural de acción se requiere que el agente actúe “con la finalidad de realizar sólo una vez el tipo de injusto correspondiente” (Cury. Derecho Penal, Parte

General. Ed. Universidad Católica de Chile, 8ª ed., 2005, p. 651), singularidad que no se observa en el caso sub judice, desde que se tuvo por demostrado que el acusado realizó acciones –golpes con trozos de concreto– destinadas a afectar seriamente el bien jurídico salud de la ofendida –según el recurso–, o a poner en riesgo el valor vida –como afirma el fallo–, como otras acciones destinadas, amén de malograr transitoriamente la salud física de la víctima –y sin duda, trastocando de paso su salud psicológica, como suele ocurrir en la mayoría de casos de esta naturaleza–, a privarla de manera permanente de uno de sus sentidos, causándole con ello, como afirman los sentenciadores, “la imposibilidad de valerse por sí misma, al menos mientras no adquiera las destrezas necesarias, pero en todo caso, provoca en su vida una alteración de tal magnitud, que sólo puede ser asimilable en trascendencia a los otros mencionados en el artículo 397 N°1 del Código Penal”.

Cuadragésimo noveno: Que, entonces, debiendo desecharse al menos la conexión temporal en el caso sub lite, por las mismas razones ya desarrolladas en el motivo 40° ut supra, no puede en el caso de marras estimarse que el supuesto único propósito del acusado se hubiese exteriorizado en un “contexto unitario” –como también demanda el autor comentado–, toda vez que, como ya fue explicado apegándonos simplemente a los hechos tenidos por verdaderos en el fallo, aunque próximas, la segunda agresión consistente en la extracción de ambos ojos a la víctima mediante un procedimiento mecánico

corresponde a un momento distinto de aquel en que previamente se propinan los golpes con un objeto contundente.

Quincuagésimo: Que, determinándose que no se ha errado en la sentencia al calificar las acciones comprendidas bajo el epígrafe “Hecho N° 2” como pluralidad de hechos, sigue analizar ahora si el fallo incurre en alguno de los errores de calificación que se plantean en el recurso para lo que en él se estima como un único hecho –ausencia de dolo o sólo dolo eventual que excluye la frustración y la tentativa de femicidio–, al subsumir las dos conductas en las figuras de femicidio frustrado y lesiones graves gravísimas, respectivamente.

Quincuagésimo primero: Que las acciones ejecutadas en el primer momento de la agresión, consistentes en reiterados golpes en la cabeza de la víctima con trozos de concreto, fueron calificadas por la sentencia como delito de femicidio frustrado, calificación que el recurso discute, afirmando que el acusado no actuó con dolo homicida y que, de haberlo hecho, tal dolo sería sólo eventual, descartando esto último la figura frustrada o tentada de homicidio, por ser incompatible con ella.

Sobre la forma de culpabilidad dolosa, esta Corte ha señalado (SCS rol N° 2882-2017 de 13 de marzo de 2017) que su característica esencial reside en que, en ella, el reproche se articula sobre la base de que el autor ha querido realizar el injusto, pero también cuando, no habiéndolo querido realizar, ha aceptado su verificación como un suceso que lo deja indiferente. “Cuando el autor ha querido directamente la acción (y el

resultado, en su caso) o ha aceptado su producción, decimos que ha actuado dolosamente” (Sainz Cantero. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, III, Bosch Casa Editorial, 1985, p. 53).

En el fallo antes citado igualmente se ha explicado que el dolo y, por cierto, la categoría de dolo eventual, se halla integrado por un elemento intelectual y un elemento volitivo, puesto que representa un conocer y un querer la realización del injusto típico.

La categoría de dolo eventual ha sido explicada suficientemente por la doctrina, tanto nacional, como extranjera, siendo su característica esencial, que lo diferencia del dolo directo, la ausencia de intención, del elemento “querer el resultado típico”.

Quincuagésimo segundo: Que en esta parte conviene recordar 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.

Así ha declarado esta Corte, reconociendo que los elementos antes mencionados del dolo –cognitivo y volitivo– deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio (SSCS rol N° 6912-2007 de 1 de julio de 2008, rol N° 6222-2007 de 18 de noviembre de 2008, rol N° 5003-2008 de 23 de abril

de 2009, rol N° 3970-2008 de 2 de julio de 2009 y rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015), que la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como “un conglomerado de hechos internos”– es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, “se encuentra en la cabeza del autor” o, como puntualiza Schewe, se basa en “vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso. (Ragués i Vallés. El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, 2002, p. 190). El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión autoinculpatoria del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados “juicios de inferencia” (Ragués i Vallés, cit., p. 238). Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que “la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce,

de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores” (RDP, 1994, p. 413).

Quincuagésimo tercero: Que, pues bien, en la especie los sentenciadores llevaron adelante el reseñado “juicio de inferencia” a partir de las diversas circunstancias de hecho que fueron fijando y concatenando sucesivamente y que pasaron a conformar un cúmulo de prueba indiciaria o circunstancial que condujo a dicho juicio, esto es, que el acusado realizó una acción idónea para provocar la muerte de la víctima “revestida de una intencionalidad homicida”. Empero, la conclusión de que el hechor obró con dolo homicida al perpetrar la primera agresión, no permite por sí sola tener por configurado un homicidio (femicidio) frustrado, como se dirá en el motivo siguiente.

Quincuagésimo cuarto: Que en relación al segundo reproche opuesto por el recurso en este asunto, a saber, 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 (SSCS

rol N° 1719-2007 de 24 de septiembre de 2007 y rol N° 6613-2012 de 24 de octubre de 2012).

Hasta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo, por ende, el dolo eventual. Al respecto, puede citarse a los autores Labatut, Etcheberry y Cury, mencionados con detalle de sus obras en la primera decisión de esta Corte Suprema, recién aludida, que incluye, asimismo, varias opiniones de connotados autores extranjeros, sin perjuicio de reconocer la existencia de pareceres discrepantes, como ocurre entre nosotros con los profesores Novoa y Garrido Montt. Si en cuanto al dolo de la frustración, no hay diferencia con el dolo de la tentativa, entonces, aquél se integra con una voluntad dirigida a alcanzar la comisión total, plena, del tipo penal, esto es, dolo directo de consumir la lesión del objeto jurídico protegido.

Quincuagésimo quinto: Que siempre es oportuno citar a Carrara, quien ya a mediados del siglo XIX sostenía que en la tentativa no es admisible otro dolo que el directo o determinado. Explicaba que el sujeto debe dirigir con explícita voluntad el acto externo hacia el resultado criminoso. Debemos estar seguros—decía el maestro— de que quería matar y no sólo herir, cuando en realidad hirió y no mató (Carrara. Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General. v. I, reimpresión, Temis, 1996, p. 255). Entre los autores italianos contemporáneos pueden citarse a Fiandaca y Musco, quienes apuntan que la tesis

según la cual la tentativa y el dolo eventual son incompatibles, además de ser sostenida por la doctrina mayoritaria, ha ido afirmándose cada vez más en la jurisprudencia reciente. Por requerirse voluntad “intencional” es forzoso excluir la compatibilidad entre tentativa y dolo eventual (Derecho Penal, Parte General. Edición en español, Temis, 2006, pp. 470-471).

Las reflexiones precedentes, provenientes tanto del pensamiento penal del s. XIX como representativas de la dogmática actual, son sin duda transmisibles a la estructura de nuestro criollo delito frustrado, etapa del iter criminis que es desconocida en la mayoría de los códigos penales modernos.

Quincuagésimo sexto: Que en el caso sub judice, se debe partir por poner el acento en 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 psicológico-normativa-dolo directo-la voluntad 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.

Lo anterior entonces conlleva el estudio de los hechos y circunstancias asentados en el fallo en relación a la voluntad y conocimiento con que el acusado llevó adelante el primer momento de la agresión, para discernir si aquellos se subsumen correctamente en la categoría en estudio.

Quincuagésimo séptimo: Que el fallo cuestionado establece como hechos de la causa que la conducta del imputado

configura, como ilícitos separados temporalmente, un delito de femicidio frustrado –que requiere dolo directo de matar a la persona vinculada con el autor– y un delito de lesiones gravísimas.

La circunstancia de que el libelo no logra desvirtuar mediante sus argumentaciones, esa realidad fáctica –dos hechos– no impide cuestionar la calificación jurídico-penal dada a cada hecho en particular, manteniéndose tal escenario, en ejercicio de la facultad de esta Corte de velar por la correcta aplicación de la ley.

Quincuagésimo octavo: Que, como primer escaño de este análisis, será necesario atender al segundo momento de la agresión, o segundo hecho, el cual la sentencia califica, como delito de lesiones graves gravísimas, porque estima que “la pérdida de uno o ambos ojos constituye una impedición de un miembro que debe ser considerado entre aquellos importantes-importantísimos, cuya pérdida provoca en la víctima la imposibilidad de valerse por sí misma, al menos mientras no adquiera las destrezas necesarias, pero en todo caso, provoca en su vida una alteración de tal magnitud, que sólo puede ser asimilable en trascendencia a los otros mencionados en el artículo 397 N°1 del Código Penal”.

Respecto de la figura del artículo 397 N° 1 del Código Penal, la doctrina ha señalado que los resultados que prescribe esa norma de las acciones de herir, golpear o maltratar de obra, esto es, las que dejan al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante

o notablemente deforme –y a los que el fallo equipara la pérdida de ambos ojos–, “nos permite fijar la idea común que subyace a todos estos efectos en la vida del lesionado: ha de tratarse de situaciones en las que la entidad del daño a la salud es, en algún modo, equivalente a una ‘muerte en vida’, convirtiendo al lesionado en una persona distinta a la que era antes del delito” (Politoff, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Ed. Jurídica de Chile. 2ª ed., 2005, p. 142).

A lo anterior, cabe agregar que “El dolo de lesionar abarca el conocimiento de la acción realizada (u omitida) y sus efectos en la persona del lesionado, y puede ser tanto directo como eventual” (ídem, pp. 129 y 130). Sobre este último punto –el tipo de dolo con que obra el acusado al lesionar–, el fallo no lo aclara, aunque cabe suponer que al aludir a un “dolo específico” se refiere al dolo directo, lo que, por lo demás, parece concordante con que el dolo eventual no puede tener cabida en este hecho dada la modalidad del actuar del encartado –según lo fijó el propio fallo–, esto es, directa y personalmente introduciendo un elemento punzante en sus ojos, removiendo ambos globos oculares cortando el nervio óptico y causando enucleación total bilateral, pues con tales maniobras resulta insensato pretender que el resultado “pérdida total e irreversible de la vista” con la consiguiente “imposibilidad de valerse por sí misma” no haya sido buscado por el encartado, sino meramente aceptado como una “posible” consecuencia de la extracción de los ojos.

Quincuagésimo noveno: Que, todo lo reflexionado en los basamentos precedentes es capital porque, dado que la enucleación provocó en la víctima la imposibilidad de valerse por sí misma mientras no adquiriera las destrezas necesarias, ocasionando en su vida una alteración de magnitud asimilable a la que causan los otros resultados mencionados en el artículo 397 N°1 del Código Penal, ese corolario de la acción del acusado, que en definitiva convertiría a la víctima en “una persona distinta a la que era antes del delito”, supone necesariamente 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”, alterando la forma en que su “vida cotidiana” se venía desarrollando, haciéndola más difícil, casi invalidante de no contar con la ayuda, apoyo y rehabilitación indispensables.

Sexagésimo: Que los argumentos proporcionados en la sentencia atacada, para calificar de femicidio frustrado la primera agresión perpetrada por el acusado, involucran un error de derecho, por contener la infracción de los artículos 7º, inciso 2º y 390 del Código Penal.

El magistrado suscriptor del voto disidente escrito en la decisión objetada, cuestiona la calificación de femicidio frustrado, sosteniendo que en este caso no hubo dolo homicida sino dolo de lesionar, de modo que la dinámica delic-

tual es clara, tendente, sin lugar a dudas, a causar un daño corporal (fs. 235 vta.).

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 a 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 consumar el homicidio y atacó nuevamente a la mujer, causándole una mutilación, lesión ésta, distinta y menos grave –natural y jurídico-penalmente– del resultado letal que habría perseguido con el primer maltrato corporal?

A juicio de los Ministros firmantes del voto de mayoría de esta sentencia, ese regreso del agente pone en duda más que razonable la calificación de dolo directo homicida atribuida al elemento subjetivo del primer ataque. Las máximas de la experiencia llevan a considerar que el homicida frustrado, cuya intención es dar muerte a la víctima y realiza todos los actos objetivamente idóneos y necesarios para alcanzar ese resultado –delito terminado objetiva y subjetivamente– sin obtenerlo, que vuelve al mismo lugar de la agresión, donde la víctima permanece aún con vida, ordinaria o comúnmente hará todo lo necesario para provocar ese deceso querido, cuyo logro se vio frustrado por causas independientes de su voluntad. En este caso, en cambio, el sujeto no sigue ese patrón, sino que agrede nueva-

mente a la mujer, esta vez con mero dolo de lesionar –no de matar– y la mutila, lo que evidentemente no aparece como una conducta esperable en quien minutos antes ha puesto de su parte todo lo necesario para darle muerte.

Sexagésimo primero: Que el “desdoblamiento psicológico” aceptado por la sentencia condenatoria –el dolo directo homicida se extingue y surge, en breve lapso, como nueva intención la de golpear, herir o maltratar que implica, necesariamente, el querer la supervivencia de la víctima– no resulta explicado con claridad y precisión en dicho fallo, debiendo haber contenido a este respecto, a fin de cumplir cabalmente con los requisitos exigidos a los fallos judiciales, un satisfactorio y convincente razonamiento, el que está ausente, defecto éste, que, por ser sustancial en el razonamiento judicial, permite sustentar a fin de cuentas una equivocada aplicación de la normativa jurídica que gobierna el caso.

Que, tal como apunta el Magistrado autor del voto disidente de la sentencia recurrida “el supuesto femicidio frustrado es un albur, nunca se probó que haya sido esa la intención del autor. No hay como retratar esta voluntad de matar en hechos externos y objetivos”, reflexiones éstas, que se comparten en esta decisión, como ha quedado explicado precedentemente.

Sexagésimo segundo: Que, por tanto, lleva la razón el recurrente porque las acciones que conformaron la primera parte o momento de la agresión, por no estar acreditado el dolo directo del autor, no debieron calificarse como

femicidio frustrado, iter criminis con el que otra forma de dolo no es compatible, configurándose, en cambio, el delito de lesiones graves propiamente tales, contemplado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal.

Sexagésimo tercero: Que, ahora respecto del segundo momento del ataque a la víctima, en que el acusado remueve sus globos oculares con un elemento punzante y que los sentenciadores califican como delito de lesiones graves gravísimas, dado que el recurso no discute la existencia del dolo de lesionar, sino al contrario, y además refiere que es irrelevante si se opta por esa calificación o por la de mutilaciones, pues en ambos casos la sanción a imponer debiera ser la misma, ello basta para descartar la existencia de un error en la aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo en este punto.

Sexagésimo cuarto: Que, de esa forma el yerro antes constatado tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo desde que el acusado fue condenado a cumplir por su responsabilidad en el Hecho N° 2, dos penas de doce años y ciento ochenta días de presidio mayor en su grado medio, en circunstancias que la pena prevista para el delito de lesiones simplemente graves, calificación que correspondía al primer delito de este Hecho N° 2, es la de presidio menor en su grado medio, sanción que debe elevarse en un grado, por mandato del artículo 400 del estatuto punitivo.

Así, la correcta aplicación de las normas antes estudiadas hubiese llevado a aplicar sólo una pena de presidio menor en su grado máximo y otra de presidio

mayor en su grado medio, como autor de los delitos de lesiones simplemente graves y lesiones graves gravísimas, respectivamente, y no dos veces esta última pena, de donde se evidencia el agravio causado al acusado con el yerro en comento, el que deberá ser enmendado acogiendo esta sección del recurso y dictando la correspondiente sentencia de reemplazo en los términos ya adelantados.

Sexagésimo quinto: Que mediante el segundo capítulo que sustenta la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cuyo tenor ya fue extractado en el motivo 4° ut supra, se esgrime en el recurso que la pena mínima en abstracto del delito de violación de morada violenta que contempla el artículo 144 inciso segundo del Código Penal es de reclusión menor en su grado mínimo a medio y no de reclusión menor en su grado medio, como se desprende habría entendido el fallo de sus razonamientos, sin embargo, incluso de ser efectivo el yerro denunciado, el mismo no tienen influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, condición necesaria a la admisibilidad del recurso, desde el momento que la regla del artículo 68, inciso tercero, del texto legal sancionatorio con arreglo a la cual, en casos como el de autos, “si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias”, contempla sólo una mera prerrogativa de la que el tribunal puede o no servirse a su

albedrío, al fijar el cuántum del castigo. En efecto, dicho precepto al emplear el vocablo “podrá” en relación a la rebaja factible de hacer de la penalidad básica al delito en estudio, importa una mera potestad de los jueces de la instancia que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal y, por ende, dentro de sus atribuciones privativas pueden o no usar dicho mecanismo, aplicando la punición sin rebaja alguna o disminuyéndola en alguno de los tramos que la ley autoriza. En consecuencia, incluso conviniendo en que en el caso sub lite el marco penal comenzaba en reclusión menor en su grado mínimo, la condena siempre puede resultar igual a la que se impuso al hechor, porque los tribunales del fondo son libres para optar por el poder de no rebajarla que les concede el texto legal anteriormente transcrito (SSCS rol N° 2146-2008 de 14 de junio de 2008, rol N° 2936-2009 de 19 de agosto de 2009, rol N° 37024-2015 de 10 de marzo de 2016 y rol N° 97613-2016 de 13 de diciembre de 2016)

En efecto, en los casos como el de autos, en los que la pena señalada por la ley para el delito de que se trata consta de dos o más grados, y concurriendo dos o más circunstancias atenuantes sin que concurra ninguna agravante, el artículo 68 inciso tercero del Código Penal autoriza, es cierto, una rebaja de la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, lo que constituye una “mera facultad” del tribunal, según se deduce del empleo en el precepto del verbo potestativo podrá, sin que le obligue a efectuar tal disminución de la penalidad ni aún en un grado.

Por eso, aun cuando concurren dos atenuantes y ninguna agravante respecto del delito de violación de morada violenta, la condena siempre puede resultar igual a la que se impuso al acusado, porque los tribunales del fondo son libres para optar por su poder de no rebajarla que les concede el texto legal citado, de manera que el supuesto error de derecho invocado no tiene ninguna influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, esto es, que produzca un perjuicio a la parte afectada de evidente magnitud y gravedad o dicho en otro términos, que el actuar erróneo sea directamente causante de la limitación o eliminación de una legítima pretensión procesal (Rieutord. El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal. Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 50).

Sexagésimo sexto: Que, por lo antes reflexionado deberá desestimarse esta última causal del recurso.

Sexagésimo séptimo: Que por todo lo que se ha expuesto y razonado, esta Corte concluye que no se ha producido ninguna infracción sustancial a derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, ni tampoco se ha incurrido en la sentencia en los defectos del artículo 374 del Código Procesal Penal denunciados ni en la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en relación al delito de violación de morada violenta, pero sí se ha cometido ese yerro respecto de la calificación jurídico-penal de los hechos que el fallo cataloga como delito de femicidio

frustrado, por lo que ese error deberá ser enmendado, acogiendo el primer capítulo de la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal desarrollada en el arbitrio, anulando la sentencia impugnada y dictando la correspondiente sentencia de reemplazo en la parte que corresponde.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge parcialmente el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Mauricio Orlando Ortega Ruiz y se anula la sentencia de dos de mayo de dos mil diecisiete, dictada en la causa RIT N° 1-2017 y RUC N° 1600462017-1 del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Coyhaique, sólo en cuanto condenó al encartado ya individualizado como autor del delito de femicidio frustrado, procediéndose a continuación a dictar sólo a este respecto, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

De consiguiente, se mantiene firme lo decidido en la sentencia en sus resolutivos I, II, IV, V, VI, VII y VIII.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Juica, quien estuvo por rechazar también el primer capítulo de la causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, todo ello por las siguientes consideraciones:

1°) Que, en un primer orden de ideas, cabe recordar el carácter estricto y extraordinario de este recurso de nulidad, así como el influjo de bilateralidad de la audiencia que prima en todo este proceso, ejemplo de lo cual, entre tantos

otros, es lo dispuesto en el artículo 341, inciso final, del Código Procesal Penal –aplicable supletoriamente en virtud de lo normado en el artículo 361– que ordena al tribunal reabrir la audiencia para que las partes puedan debatir sobre la posibilidad advertida durante la deliberación de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, o en el artículo 379, inciso 2°, del mismo texto, que señala que una vez interpuesto el recurso de nulidad, no podrán invocarse nuevas causales.

De ese modo, a esta Corte sólo cabe estudiar los específicos errores de derecho denunciados en el recurso, y en el orden y forma planteados en el mismo, sin que quepa, por tanto, pesquisar oficiosamente todo el razonamiento jurídico efectuado en el fallo sobre puntos no cuestionados en el recurso, aun cuando puedan estimarse equivocados, ni tampoco analizar errores que sólo se plantean en el recurso como corolario o consecuencia de un yerro base, si éste no ha sido demostrado.

2°) Que, teniendo en vista la reflexión anterior, en el primer capítulo de esta causal del recurso se postula que los hechos tal como fueron asentados por el fallo deben considerarse como una unidad natural de acción y, por consiguiente, se presentaría un solo delito, el que debe determinarse según si se estima que concurre o no el dolo de matar, desarrollando el impugnante las diversas alternativas que en cada escenario podrían presentarse, siempre partiendo de la base que los hechos y

circunstancias fijados en la sentencia dan cuenta de una unidad natural de acción entre las conductas por las cuales se golpea con trozos de concreto a la víctima y aquellas por las cuales se extirpan sus ojos con un elemento punzante.

Como se advierte, la alegación central y básica del recurso en esta parte consiste en sostener que en los hechos descritos bajo la denominación “hecho N° 2” se observa una “unidad natural de acción”, de modo que habiéndose descartado por esta Corte tal unidad, no quedaba más que desestimar la totalidad del primer capítulo de la causal en comento, pues las restantes y sucesivas disquisiciones que se emprenden parten de un supuesto que previamente se había desechado, resultando improcedente que para salvar ese defecto, se adapten los razonamientos que el recurso realiza para otro escenario –unidad de hecho– al que se estimó correctamente asentado por los jueces de la instancia –pluralidad de hechos–, pues tal obrar contradice la naturaleza de este recurso y vulnera la bilateralidad que debe imperar durante todo el procedimiento, desde que la Fiscalía y las querellantes no tuvieron oportunidad de oponerse ni contraargumentar a un planteamiento novedoso que sólo se conoce en esta sentencia, ya que nunca fue planteado por el recurrente.

3°) Que, no obstante que lo anterior, a juicio de este disidente, resulta suficiente para desestimar la primera sección de la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cabe igualmente explicar por qué los jueces de la instancia no han errado

en calificar que el acusado actuó en el primer momento de la agresión con dolo directo –en vez de dolo eventual– y, por ende, que esas acciones deben calificarse como femicidio frustrado y no como lesiones simplemente graves consumadas por la ausencia de ese dolo directo.

La pretensión para que se califique la culpabilidad con que actúa el encartado en el primer momento de la agresión como dolo eventual debe ser desechada in limine, desde que el fallo establece como hecho cierto y acreditado –y que, por ende, ineludiblemente debe ser base de este razonamiento– que el agente obró con “intencionalidad homicida”, es decir, con animus necandi y, por ende, con dolo de matar. En efecto, el fallo establece en su motivo 85° que el acto de golpear a la víctima en su cabeza en reiteradas oportunidades al punto de dejarla con lesiones que de no mediar intervención médica oportuna le hubieran provocado la muerte, constituye una acción objetivamente idónea para provocar la muerte de una persona, “revestida de una intencionalidad homicida” y que una vez ejecutada deja entregada o abandonada a su curso natural la concreción del resultado típico, a saber, la muerte de la ofendida. Agrega más adelante que los brutales golpes con que acometió previamente a la víctima “evidenciaron un claro propósito de privarle la vida”.

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.

4°) Que, tal como el voto de mayoría de esta sentencia reconoce, definir si en una determinada conducta el agente obra o no conociendo y queriendo el resultado derivado de su acción u omisión, constituye un asunto de hecho que deben resolver los sentenciadores conforme a la valoración que realicen soberanamente de la prueba en el juicio. En la especie los sentenciadores llevaron el necesario “juicio de inferencia” al cabo del cual concluyen que el agente realizó una acción idónea para provocar la muerte de la víctima “revestida de una intencionalidad homicida”, actuando con “un claro propósito de privarle la vida”. De esa manera, habiendo fijado tal voluntad en el obrar del acusado, ese hecho no puede ser desconocido por esta Corte.

5°) Que, a mayor abundamiento, cabe aclarar 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 víc-

tima, 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”.

Lo afirmado por el fallo nada más significa que mientras la víctima agonizaba, el acusado, sin desistirse ni retractarse de lo antes emprendido, realiza un acto que no tiene relación con su próxima muerte, porque ni la interrumpe, ni la acelera o asegura mayormente, sino que está destinada a dañar severamente la integridad corporal de una persona aún viva pero que se espera que muera producto de los actos previamente materializados.

Nada más repárese que en el ensañamiento, definido en el artículo 391 N° 1, circunstancia cuarta, del Código Penal como aumentar deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, el ejecutar los actos que ocasionen ese dolor no supone por otra parte abandonar el dolo homicida, y dado que tales actos, además, no necesariamente contribuyen a, o apuran de modo sustancial el resultado muerte, puede distinguirse desde un punto de vista jurídico, dos dolos, uno orientado a causar la muerte del ofendido y otro destinado a aumentar el dolor de éste mientras se consigue el primer resultado, aunque desde luego, ambos confundidos en la psiquis del agente.

6°) Que, además, 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, sin siquiera ser relevante que esa acción homicida no haya seguido adelante hasta la misma muerte de la víctima para poder luego realizar otro tipo de atentado contra ésta mientras aún permanecía con vida.

En efecto, el fallo sienta en su basamento 84° que los golpes que el acusado le propinó a la víctima le provocaron un “riesgo vital”, precisando en el motivo siguiente que “el acto de golpear a la víctima en su cabeza en reiteradas oportunidades al punto de dejarla con lesiones que de no mediar intervención médica oportuna le hubieran provocado la muerte, constituye una acción objetivamente idónea para provocar la muerte de una persona, revestida de una intencionalidad homicida y que una vez ejecutada deja entregada o abandonada a su curso natural la concreción del resultado típico, a saber, la muerte de la ofendida ... En el caso sub lite, una vez finalizado el castigo que consistió en múltiples golpes con un elemento contundente en una zona reconocidamente vital como lo es la cabeza, el acto homicida estaba completo y sólo faltaba que los procesos naturales hicieran colapsar el organismo de la víctima. Aun cuando el hechor evidentemente notó que la ofendida no había muerto –pues tanto los funcionarios de Carabineros como el personal de SAMU que llegaron a socorrerla se percataron de inmediato que estaba viva– ya no estaba a su alcance evitar su muerte. En otras palabras, objetivamente ya no era necesaria una

nueva intervención del agente para asegurar la consumación del delito, no obstante lo cual, atendida la oportuna intervención médica, el delito de femicidio quedó en grado de frustrado”.

De esa manera, el tribunal tuvo por probado que el agente hizo todo lo que era necesario para causar la muerte de la ofendida, la que se habría producido de no haber mediado la intervención de terceros, y no que omitió actos necesarios para alcanzar dicho resultado y que tal omisión fue voluntariamente realizada precisamente porque no se buscaba la muerte, asertos que por oponerse a lo fijado en la sentencia no pueden ser admitidos.

7°) Que no está de más aclarar que, 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.

8°) Que postular lo contrario implicaría, en definitiva, dejar sin aplicación la figura del homicidio frustrado. Nada más piénsese en lo siguiente: Si un agente encierra a su víctima inmovilizada o drogada en un lugar aislado de la ciudad, con el probado propósito de que fallezca por inanición al cabo de unos días, no obstante que, podía haberle dado muerte de manera inmediata por distintas vías atendida la imposibilidad de la ofendida de repeler u oponerse al ataque, la tesis que se viene contrariando importaría entonces que si se descubre por azar el lugar de ocultamiento y la víctima es auxiliada oportunamente por terceros, el delito habría de calificarse como delito tentado y no frustrado porque el autor pudiendo matarla, no lo hizo? es decir, ¿que no puso de su parte todo lo necesario para causar la muerte? Tal conclusión no puede ser compartida, pues lo que demanda el artículo 7° del Código Penal, en relación a los delitos contra la vida, es completar la “acción homicida” —sin que sea necesario aquí detenernos en dilucidar si el cumplimiento de esa exigencia se determina echando mano a un criterio objetivo o al punto de vista de la representación del autor—, y no producir el

“resultado muerte”, ya que precisamente en el delito frustrado, que sólo puede presentarse en los delitos materiales, puede diferenciarse la acción u omisión típica del resultado típico, y lo que exige la ley en el artículo 7°, inciso 2°, del Código Penal, es completar lo primero y no lo segundo, de otro modo, nunca se presentaría un delito frustrado y sólo habría delito tentado o consumado.

En otras palabras, el citado artículo 7° exige que el autor haga todo lo necesario “para” que el delito se consuma y no “hasta” que el delito se consuma.

9°) Que la doctrina refrenda esta posición, al señalar que la diferencia entre el delito tentado y el frustrado radica “sólo en el número de actos de ejecución requeridos: en la tentativa, parte de ellos; en la frustración todos” y, sólo es concebible la frustración en los delitos que exijan un resultado “entendido como un evento separado de los actos de ejecución, que pueda o no verificarse después de que el agente ha puesto todo lo necesario de su parte para que el delito se consuma” (Politoff y Matus, cit., p. 84).

En concordancia con lo ya explicado, se ha dicho que “En el delito frustrado, ya al delincuente no le queda nada por hacer. Si el resultado no se ha producido todavía, es porque faltan elementos causales que no consisten en actos del agente, sino en actos de terceros o en fenómenos naturales. Se dice en este sentido que el delito está ‘subjétivamente consumado’, empleando esta expresión no para designar el elemento interno de la acción (voluntad), sino para referirse al sujeto que obra, que ha terminado su

intervención” (Etcheberry, A., Derecho Penal. Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., T. II, 2001, pp. 65-66).

10º) Que, en síntesis, que el agente haya deliberadamente optado por detener la acción homicida que venía desarrollando cuando lo hecho hasta ese instante era ya suficiente para que la muerte de la víctima que perseguía se produjera al cabo de “los procesos naturales” que “hicieran colapsar el organismo de la víctima”, de modo alguno puede llevar a concluir que el dolo directo que venía dirigiendo la acción homicida mudó a dolo eventual y, por ende, que ya no es admisible la calificación de los hechos como femicidio frustrado, ante la exigencia de aquella categoría en este estado de desarrollo imperfecto del delito.

11º) Que, por las razones antes anotadas, este disidente estuvo por rechazar igualmente esta parte del recurso.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 19008-2017.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, once de julio de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385

del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia anulada, con las siguientes modificaciones:

a) En el párrafo 5º del considerando 85º, se sustituye “femicidio en grado de frustrado al exponer su vida al límite” por “lesiones simplemente graves”.

b) En el párrafo 3º del considerando 86º se sustituye la oración “el delito de lesiones graves gravísimas se cometió” por “los delitos de lesiones graves y de lesiones graves gravísimas se cometieron”.

c) En el considerando 108º se sustituye “femicidio frustrado” por “lesiones simplemente graves”.

d) Se elimina el párrafo primero del basamento 110º.

e) En el resolutivo VI se sustituye “femicidio” por “lesiones graves gravísimas”.

Además, se reproducen los fundamentos 54º a 62º del fallo de nulidad que antecede.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que, no habiéndose establecido en la forma requerida por el artículo 340 del Código Procesal Penal que el acusado obró con dolo directo al propinar los golpes en la cabeza a la víctima con trozos de concreto, no han podido estos hechos ser calificados como delito de femicidio frustrado como proponen las acusaciones, sino sólo como delito de lesiones simplemente graves consumadas, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal.

2º) Que, en relación a la determinación del cuántum de la pena, la sanción

asignada por ley al delito de lesiones del artículo 397 N° 2 del Código Penal, es la de presidio menor en su grado medio, sanción que conforme al artículo 400 del Código Penal, por haberse ejecutado estos hechos en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, debe aumentarse en un grado y, concurriendo una mitigante, la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, debe fijarse en su *mínimum*, según lo ordenado por el artículo 67 del Código Penal.

3°) Que, dentro del marco penal antes señalado, conforme al artículo 69 del Código Penal, para determinar la cuantía de la pena deben ponderarse el número y entidad de las circunstancias atenuantes y la mayor o menor extensión del mal producido.

En este caso, en relación al número y entidad de las minorantes, sólo beneficia al imputado una de ellas, debidamente fundamentada su concurrencia en la sentencia reproducida, por lo que, en cuanto al parámetro legal del “número”, ni siquiera se alcanza la pluralidad.

4°) Que, en lo concerniente a la extensión del mal causado, se estará a lo establecido por los jueces de la instancia en el razonamiento 110° del fallo—dado que, como se dijo, de conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal, en esta parte los magistrados realizan una valoración de circunstancias de hecho que esta Corte debe reproducir en su sentencia de reemplazo, atendido que esos hechos no fueron objeto del recurso acogido—, esto es, “la brutal agresión que sufrió la víctima, a pesar de no privarla de su vida, afectó su integridad

física y emocional con una intensidad de tal magnitud que únicamente con dicho *quántum* se vería suficientemente aprehendido el injusto penal cometido”.

5°) Que, así las cosas, en vista de la singularidad de la atenuante que se presenta en el caso sub *judice* y, por otra parte, la magnitud del daño ocasionado con el ilícito de lesiones simplemente graves, se fijará la pena en su máxima cuantía dentro del *mínimum* del grado de presidio menor en su grado máximo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 29, 50, 67, 69 y 397 N° 2 del Código Penal; 1°, 36, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 348 y 468 del Código Procesal Penal; se declara que se condena a Mauricio Orlando Ortega Ruiz por su responsabilidad en calidad de autor de delito de Lesiones Simplemente Graves previsto y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal, cometido en la persona de N.M.R.R. el día 14 de mayo de 2016 en la comuna de Coyhaique, a soportar la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, manteniéndose las condenas impuestas a dicho sentenciado, en su calidad de autor de los delitos de violación de morada violenta y lesiones graves gravísimas, esto es, quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo y doce años y ciento ochenta días de presidio mayor en su grado medio.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Juica, quien en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvo por sancionar al imputado como autor del delito de femicidio frustrado en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 19008-2017.

COMENTARIO AL FALLO N° 19008-2017 DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA
“CASO *NABILA RIFFO*”

JAVIER ARÉVALO CUNICH
Universidad de Chile

El presente fallo aborda diversos problemas jurídicos que, analizados en su conjunto, han permitido a la Excma. Corte Suprema estimar –con un voto disidente– que en la especie no concurre un delito de femicidio frustrado, sino una pluralidad de delitos dolosos de lesiones corporales, bajo diversos tipos penales (lesiones graves y lesiones graves gravísimas). Más allá de la (des)valorización del fallo por parte de ciertos grupos de presión, estimamos –y pasamos a justificarlo– que ambas posturas son jurídicamente admisibles, y que la primacía de una de ellas por sobre la otra, no importa que una de ellas sea la jurídicamente correcta versus otra jurídicamente errada.

Nos encontramos frente a una hipótesis de hecho compleja, cuyo encuadre típico admite interpretaciones válidas, lo que se expresa claramente en la existencia de un voto de mayoría y un voto disidente, ambos fundados y razonables. Hay ocasiones en las que el carácter abstracto de la ley no permite un encuadre perfecto de las conductas en un determinado tipo penal, objetiva y subjetivamente. Este es uno de aquellos casos. No cabe advertir en ello deficiencias de razonamiento ni errores de apreciación: simplemente la complejidad material de los hechos y, especialmente, de la subjetividad del agente, permiten aproximaciones diversas al veredicto final. Este será probablemente uno de aquellos casos que se utilizarán en adelante en las cátedras de Derecho Penal para verificar que la resolución de algunos asuntos está marcada por énfasis mayores o menores, y aun intuiciones en determinados puntos, y dudas en torno a otros.

A nuestro juicio, de la lectura del fallo recurrido y de los razonamientos de la Excma. Corte Suprema, parece del todo razonable sostener que existieron dos momentos en la brutal agresión de que fue objeto la víctima: el primero de ellos se

expresó en una serie de golpes en su cabeza propinados con un objeto contundente; el segundo se expresó en la enucleación de ambos ojos de la víctima, a través de un procedimiento diverso y más sofisticado.

La pregunta que surge de esta descripción es cómo calificar los hechos y, sobre el particular, se barajaron dos alternativas:

– Femicidio frustrado (primer momento) en concurso real con lesiones graves gravísimas consumadas (segundo momento); o

– Lesiones graves consumadas (primer momento) en concurso real con lesiones graves gravísimas consumadas (segundo momento).

Tanto el fallo recurrido como los razonamientos de la Excm. Corte Suprema giran en torno a dicha disyuntiva jurídica.

Nos referiremos separadamente a algunos de los diversos puntos abordados por ambos fallos y *más que razonar para alcanzar una respuesta correcta –pues creemos que no la hay– nuestro propósito será más bien explicar pedagógicamente el caso, pues pensamos que en principio no es complejo (primera agresión); se complejiza y mutan las consideraciones a partir de la existencia de la segunda agresión.*

I. UNIDAD NATURAL Y JURÍDICA DE ACCIÓN

Para los efectos del análisis de los concursos de delitos (pluralidad de acciones) se hace necesario precisar, con carácter previo, qué se entiende por unidad de acción. Es un punto pacífico en la doctrina y la jurisprudencia que la noción de unidad de acción es de carácter jurídico, y no meramente natural. De ello dan cuenta diversas instituciones de Derecho Penal, tales como el delito complejo, el delito con pluralidad de hipótesis, y otras. Una acción es jurídico-penalmente relevante sólo en cuanto puede ser reconducida a un tipo penal, independientemente de si la acción es simple (p. ej., un golpe) o compleja (p. ej., un ardid). En el primer caso, la noción de acción naturalmente concebida es muy similar a la acción jurídicamente entendida; en el segundo, la acción (despliegue variado y astuto de medios de artificio) es naturalmente múltiple, y sólo puede ser entendida unitariamente en su contraste con un tipo penal, es decir, jurídicamente. Con todo, en uno y otro caso, el carácter unitario de la acción, sea que se trate de una acción simple o compleja, es incuestionablemente jurídico.

Cuando el sujeto activo en la presente investigación primeramente golpeó a la víctima y, mediando un breve espacio de tiempo, procedió a extraerle los ojos, ha ejecutado dos acciones jurídicamente relevantes: la primera se calificó como lesiones corporales simplemente graves; la segunda, como lesiones corporales graves gravísimas, ambas consumadas. La pretendida *unidad de hecho*, alegada por el recurrente, no es sino un contexto espacio-temporal único donde se han verificado dos acciones diversas reconducibles a dos tipos penales diversos. Este es el presupuesto de una situación de concurso real. No estamos frente a una hipótesis de unidad de hecho con resultado múltiple (art. 75), propia del concurso ideal. En

primer lugar, por cuanto desde el momento en que cesa la primera agresión y se verifica la segunda, ya nos encontramos frente a una dualidad fáctica. Además, por cuanto la lógica del concurso ideal, que es la justificación de su tratamiento penal privilegiado, no permite “...la realización de cada uno de los distintos conjuntos de actos de agresión de parte del acusado –golpes con trozo de concreto y posterior extracción de ojos mediante un elemento punzante– sin que al mismo tiempo resulte perpetrado el otro...” (considerandos 44° y 45°).

Lo que se ha discutido consiste en poder determinar si desde un punto de vista espacio-temporal se ejecutaron diversas conductas ordenadas a un mismo fin, cual sería matar a la víctima, o bien, si tal propósito no existió. Este es un problema de dolo, pero no de unidad o pluralidad de acciones.

II. DELITO FRUSTRADO

Hay delito frustrado cuando el sujeto activo pone de su parte todo lo necesario para consumar el delito, el que no se verifica por razones independientes de su voluntad. En términos normativos, cuando el agente ejecuta todas las acciones tendientes a la producción del resultado, y causas independientes de su voluntad lo impiden. A nuestro juicio, es indispensable establecer –como lo hace el voto de minoría– si para hablar de delito frustrado basta con la ejecución de una cantidad de actividad que deje entregada la efectiva verificación del resultado a procesos naturales ajenos a la voluntad del agente. Si la respuesta es afirmativa, pensamos que en la especie estamos frente a un delito de femicidio frustrado, por las siguientes razones:

– El agente ejecutó una serie de conductas violentas que objetivamente colocaron a la víctima en posición de morir, si no se verificaba una labor de auxilio que lo impidiera;

– Así, de no haber mediado la intervención de terceros, la muerte se hubiera verificado y el delito se habría consumado merced a la actividad desplegada por el agente. Así se ha establecido pericialmente.

Sobre el particular, la afirmación contenida en el Considerando Noveno del fallo de minoría es francamente acertada: “*En otras palabras, 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*”.

Es lo que ocurrió en la especie. El sujeto golpeó dolosamente a la víctima, completando los actos necesarios para matar, y la muerte no se verificó por la intervención de terceros que evitaron el resultado (razones independientes de su voluntad). Si el hecho que se investigara fuera singular y no se hubiera producido la segunda agresión, todo indicaría que el fallo hubiera determinado la existencia de un delito frustrado de femicidio.

De no haber intervenido terceras personas evitando la verificación del resultado de muerte, ésta se habría producido, y estaríamos sancionando la conducta –probablemente– como un femicidio consumado con dolo directo.

Sin embargo, el resultado no se verificó. *¿Delito frustrado de femicidio?* Conforme al tenor del art. 7º, tal parece ser la respuesta correcta. Ocurre, no obstante, que entre la primera agresión y antes de la verificación del resultado de muerte, se produjo una segunda agresión. Esta no tuvo como propósito matar, y ello parece evidente desde el momento en que la agresión se centró en la producción de un resultado diverso del reforzamiento del propósito de matar, y con una finalidad muy específica, desde el punto de vista de los medios de ataque y del resultado: el agente procedió a extraer los globos oculares de la víctima a través del empleo de medios de ataque diversos a los originales, es decir:

– Llevó a cabo una segunda agresión con un sentido muy específico, consistente en colocar a la víctima en una posición de ceguera;

– De acuerdo al mérito de la prueba pericial, esta segunda agresión no era funcional con la verificación del resultado de muerte, esto es, desde el punto de vista de la integridad física de la víctima, este segundo ataque no la colocaba en una situación más desmembrada respecto del ataque inicial.

¿Lesiones graves gravísimas dolosas consumadas? Parece innegable. El punto es que esta segunda agresión provocó en los sentenciadores la legítima duda en torno al propósito que inspiró al agente en la primera agresión. En efecto:

– Si el propósito de la primera agresión era matar, ¿cómo se puede explicar que el agente al regresar al lugar del hecho no terminara de concretar dicho designio, teniendo a la víctima a su merced?;

– ¿Cuál es el sentido de la enucleación frente a una persona que –según la prueba pericial– caminaba inexorablemente hacia la muerte, merced a la primera agresión?;

– ¿Se representó el agente que a través de la enucleación se favorecían las posibilidades de muerte de la víctima?

– ¿Es razonable sostener que al verificarse la extracción de los globos oculares lo que pretendía el agente era que la *vida posterior* de la víctima siguiera bajo una situación de ceguera?

La segunda agresión, entonces, es la que provoca una serie de cuestionamientos que –probablemente–, sin mediar aquella, no se habrían producido. En efecto, todos estos cuestionamientos están dirigidos al establecimiento del dolo de matar que habría –o no– inspirado al agente. Estas dudas –debemos señalarlo– son absolutamente razonables, siguiendo la terminología empleada por el art. 340 del CPP.

III. ALGUNAS INTERROGANTES DE INTERÉS PARA UN CABAL ENTENDIMIENTO DE LOS HECHOS Y DE LA RESOLUCIÓN QUE SOBRE ELLOS RECAYÓ

Es evidente que los fallos se pronuncian a partir de la existencia de hechos demostrados, y no a partir de meras conjeturas. Sin embargo, en un caso tan peculiar como el que venimos analizando, puede resultar analíticamente interesante el ejercicio de conjeturar, no simplemente por hacerlo, sino por cuanto los resultados de estas conjeturas podrían arrojar luces para la resolución de los hechos reales. Así:

1. ¿Qué habría ocurrido si, luego de la primera agresión, se hubiera verificado el resultado de muerte? Probablemente el agente habría sido sancionado a título de femicidio doloso consumado, pues los golpes que recibió la víctima, de acuerdo a la información pericial, eran bastantes para producir el resultado de muerte.

2. ¿Qué habría ocurrido si no se hubiera producido la segunda agresión? Probablemente, se habría resuelto que los golpes propinados a la víctima eran efectivamente letales y que si el resultado de muerte no se verificó por la intervención de terceros auxiliadores, estaríamos en presencia de un femicidio frustrado.

3. ¿Qué habría ocurrido si no hubiera mediado un lapso entre la primera y la segunda agresión, esto es, si conjuntamente y en el mismo acto el agente hubiera golpeado y arrancado los ojos a la víctima? Parece razonable pensar que la condena sería por femicidio frustrado en concurso real (¿o ideal?) con lesiones graves gravísimas.

4. ¿Se habrían producido las dudas, en la convicción de los sentenciadores, en el evento que la segunda agresión no hubiera estado marcada por un hecho de violencia en contra de la integridad física de la víctima, sino por un ataque en contra de su propiedad (hurto) o libertad sexual (violación)? Parece razonable pensar que los hechos podrían haber sido calificados como femicidio frustrado en concurso real con hurto o violación.

IV. CONCLUSIÓN

En suma y más allá del dramatismo de los hechos y el daño –incommensurable– propinado a la víctima, el caso es apasionante desde un punto de vista jurídico. Se trata de un asunto en el que, de no mediar un elemento distorsionador como la segunda agresión, habría sido un caso más de femicidio –consumado o frustrado–. Este factor de distorsión desencadenó serias y razonadas dudas en la mente de los sentenciadores y, existiendo elementos de juicio que justificaban uno y otro de los planteamientos contrapuestos en torno al femicidio, la Excma. Corte Suprema falló con prudencia y, frente a una duda razonable, optó por una calificación jurídica y, por ende, por un tratamiento punitivo que se hiciera cargo de las dudas. Creemos que se trata de un buen fallo, razonado, coherente y, aunque a algunos les pueda incomodar, justo. ¿Pudo ser distinto? Efectivamente, y nuestras conclusiones serían las mismas respecto del mérito del fallo.