

**74**

COLECCIÓN  
MATERIALES  
DOCENTES

# Derecho penal para la labor jurisdiccional: aspectos esenciales de la parte general

**Claudio** Quintana R.  
**Luis Emilio** Rojas A.

2024

 **ACADEMIA  
JUDICIAL  
CHILE**



## Claudio Quintana R.

Magíster en Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado.  
Doctorando en Derecho, Universidad Pompeu Fabra,  
España. Actualmente docente de Derecho Penal por la  
Universidad Alberto Hurtado y Universidad Mayor.

## Luis Emilio Rojas A.

Magíster y doctor en derecho por la Albert-Ludwigs-Universität  
Freiburg, Alemania. Becario postdoctoral de la Fundación  
Alexander von Humboldt. Actualmente es profesor del  
Departamento de ciencias penales de la Universidad de Chile.



### Colaboradoras

**Constanza Benvenuto:** Estudiante de Derecho Universidad de Chile. Consejera del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile

**Katherinna Castillo:** Abogada de la Universidad Alberto Hurtado. Encargada de tramitación y litigación penal y de familia en el estudio jurídico Pereda Gáez.

**Camila Ubeda:** Estudiante de Derecho Universidad Alberto Hurtado. Colaboradora del departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.



*Aspectos esenciales de la parte general del Derecho penal para la labor jurisdiccional*

**MATERIALES DOCENTES 74**

© Claudio Quintana R., Luis Emilio Rojas A., por los textos, 2024

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2024

Amunátegui 465, Santiago de Chile

[academiajudicial.cl](http://academiajudicial.cl) • [info@academiajudicial.cl](mailto:info@academiajudicial.cl)

EDICIÓN Y DISEÑO: DER Ediciones | [derediciones.com](http://derediciones.com)

Todos los derechos reservados.

## Resumen

El presente texto ofrece un tratamiento resumido de los principales tópicos de la parte general del Derecho penal chileno. Se encuentra destinado a juezas y jueces que se desempeñan diariamente en el sistema de justicia y necesitan visitar las principales categorías de la parte general para la decisión de casos difíciles. De ahí que la estructura de cada acápite se compone de cuatro partes: una breve introducción para ubicarse en la geografía del lenguaje jurídico-penal y tener además presente la relevancia práctica de la categoría en cuestión; la selección y exposición de algún caso emblemático donde se haya ventilado el punto; una síntesis apretada de las explicaciones ofrecidas por la doctrina y jurisprudencia al respecto, y, a modo de cierre, una propuesta del camino a seguir para abordar la cuestión, sin pronunciarse acerca de la solución de fondo. No se trata, entonces, de un manual, sino sólo de un “material docente” que sirve para reintroducirse en el lenguaje conceptual de la dogmática jurídico-penal y así favorecer una mejor fundamentación de las decisiones en la siempre delicada tarea de ejercer jurisdicción en asuntos penales.

## Contenido

<b>7</b>	<b>CAPÍTULO 1</b>
	<b>Relación de causalidad e imputación objetiva</b>
7	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
9	Casos paradigmáticos
15	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
20	Propuesta de un método para la solución del problema
<b>21</b>	<b>CAPÍTULO 2</b>
	<b>Dolo o culpa: en particular, dolo eventual</b>
21	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
23	Caso paradigmático
24	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
29	Propuesta de un método para la solución del problema
<b>31</b>	<b>CAPÍTULO 3</b>
	<b>Causales de justificación: legítima defensa y artículo 10 número 10 CP</b>
31	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
33	Caso paradigmático
35	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
38	Propuesta de un método para la solución del problema
<b>40</b>	<b>CAPÍTULO 4</b>
	<b>Error de tipo o error de prohibición: a propósito del error acerca del presupuesto fáctico de una causa de justificación</b>
40	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
42	Caso paradigmático
44	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
46	Propuesta de un método de solución para el problema

48	<b>CAPÍTULO 5</b>
	<b>Imputabilidad y eximentes de responsabilidad penal: en particular, las reglas de inexigibilidad de otra conducta</b>
48	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
50	Caso paradigmático
54	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
63	Propuesta de un método para la solución del problema
65	<b>CAPÍTULO 6</b>
	<b><i>Iter criminis</i> y grados de ejecución del delito: en particular, la distinción entre delito frustrado y mera tentativa, por un lado, y los criterios para la determinación del principio de ejecución, por el otro</b>
65	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
68	Caso paradigmático
69	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
73	Propuesta de método para la solución del problema
76	<b>CAPÍTULO 7</b>
	<b>Autoría y participación: con acento en los problemas de delimitación entre autoría mediata e inducción y entre coautoría y complicidad por el otro</b>
76	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
78	Caso paradigmático
82	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
86	Propuesta de un método para la solución del problema
88	<b>CAPÍTULO 8</b>
	<b>Concurso de delitos: concurso real heterogéneo (artículo 74 CP), concurso real homogéneo (artículo 351 CPP), concurso ideal y medial (artículo 75 CP)</b>
88	Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica
90	Caso paradigmático
93	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
99	Propuesta de un método para la solución del problema

<b>101</b>	<b>CAPÍTULO 9</b>
	<b>Panorama de las circunstancias calificantes y privilegiantes, así como de las agravantes y atenuantes generales</b>
101	Coordenadas generales: ubicación sistemática
103	Identificación de reglas y problemas: la cuestión del orden de aplicación de las reglas
108	Propuesta de un método para la solución del problema
<b>111</b>	<b>CAPÍTULO 10</b>
	<b>Nuevas modalidades de determinación de las penas en el derecho nacional</b>
111	Coordenadas generales: ubicación sistemática
113	Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia
119	Propuesta de un método para la solución del problema
<b>120</b>	<b><i>Bibliografía</i></b>

## Capítulo 1

# Relación de causalidad e imputación objetiva

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

Los casos en que suelen presentarse problemas de causalidad o de imputación objetiva dicen relación con tipos de la parte especial que describen delitos de resultado –por ejemplo, homicidio o lesiones corporales–, pero también se cuentan acá los delitos de conducción bajo la influencia del alcohol o de manejo en estado de ebriedad, con resultado de lesiones graves o muerte. Respecto del homicidio o las lesiones corporales, los problemas se presentan, en particular, tratándose de accidentes del tránsito con resultado de muerte o lesiones graves, esto es, en casos en que entra en consideración la responsabilidad a título de un «cuasidelito de homicidio o de lesiones graves». En tal clase de casos, la doctrina, por vía de interpretación sistemática, relaciona la exigencia de «imprudencia temeraria», a que se refiere el artículo 490 del Código Penal (en adelante, CP), o de «mera imprudencia con infracción de reglamentos», a que alude el artículo 492 CP, con la faz objetiva del artículo 391 o de los artículos 397 o 399 CP, según sea el caso. A su vez, según la doctrina, la faz objetiva de estos tipos de la parte especial, en tanto delitos puros de resultado, se construye con base en la doble exigencia, copulativa, de causalidad e imputación objetiva, de modo que la configuración de tal título de responsabilidad supone constatar, en el caso concreto, tanto uno como el otro elemento.

Tratándose de los delitos de conducción bajo la influencia del alcohol o de manejo en estado de ebriedad, por su parte, el tipo base correspondiente describe un delito de peligro y exige, en la faz subjetiva, dolo respecto de aquel. En las hipótesis calificadas por el resultado más grave de lesiones o muerte de otra persona, el propio legislador se refiere expresamente a la exigencia de causalidad o usa la fórmula de que dicho resultado haya ocurrido «a consecuencia» de la conducción bajo

la influencia del alcohol o del manejo en estado de ebriedad. En virtud de estas exigencias expresas, la doctrina sostiene que deben entenderse en el sentido de la concurrencia de los requisitos copulativos de la causalidad y la imputación objetiva, interpretación que suele seguir la jurisprudencia. Otros ámbitos de la parte especial donde puede presentarse la misma cuestión es en el marco del tipo de robo calificado del artículo 433, en las hipótesis cualificadas por el homicidio o las lesiones graves, del incendio calificado por el resultado del artículo 474 CP y tratándose de hipótesis calificadas del delito de abandono de personas.

La discusión entre las partes acerca de estos elementos de la faz objetiva de un delito de resultado surge, a veces, de manera oblicua y, en otras ocasiones, de modo explícito. De modo oblicuo, cuando, por ejemplo, se alega que no existe causalidad porque esta no es «directa» o «determinante». En casos ventilados bajo algún título de responsabilidad penal por un accidente del tránsito, la alegación de las partes puede derivar del Informe de la SIAT (“Sección de Investigación de Accidentes de Tránsito”) que se pronuncia acerca de la «causa basal del accidente». En esta clase de casos, también es frecuente que, en hechos en los cuales le ha cabido a la propia víctima alguna intervención relevante en el accidente, se alegue en torno a la «imprudencia» de esta, que esta «se expuso imprudentemente al riesgo», o se use la nomenclatura, más bien propia de la responsabilidad civil, de la «concurrencia de culpas» o simplemente de las «concausas». En algunos casos, se recurre explícitamente a alguna categoría de la imputación objetiva, como sería la alegación que se pregunta por lo que habría ocurrido con el resultado en el supuesto de una «conducta alternativa conforme a derecho». Cualquier alegación que le agregue algún adjetivo o atributo a la casualidad –como «directa», «determinante» o «basal»–, en el fondo, lo que hace es ventilar una cuestión de imputación objetiva, solo que de manera soterrada. Bajo el ropaje de la «causalidad» con algún apellido, se esconde el cuestionamiento o la afirmación de la concurrencia de algún elemento de la imputación objetiva. Lo anterior implica que, si se habla en esos términos, uno supone que hay causalidad, pero que esta no se encuentra en «relación directa o determinante» con el resultado. Otro tanto ocurre cuando se sostiene, por ejemplo, que la acción del conductor / conductora fue o no fue la «causa basal» del accidente. En estricto rigor, tales alegaciones ponen en cuestión o afirman la concurrencia de una exigencia que, formulada en el lenguaje de la imputación objetiva,



se denomina «relación de riesgo» o nexo de realización de este en el resultado lesivo, también llamada exigencia adicional al riesgo prohibido de «imputación estricta del resultado».

Los casos en los cuales ya se plantea un problema en el plano de la causalidad son muy infrecuentes en la praxis judicial. Un ejemplo puede extraerse de los pocos casos en que se atribuye responsabilidad a los miembros del directorio de una empresa por el resultado lesivo derivado de un producto defectuoso o de un accidente del tránsito con resultado de muerte o lesiones corporales en el que le ha cabido intervención a algún subordinado o empleado de la misma organización.

En cuanto a la relevancia práctica de una discusión en torno a la causalidad o imputación objetiva, es preciso distinguir el título de responsabilidad que se encuentra en juego en el caso concreto. Si se trata de la imputación procesal de un «cuasidelito de homicidio o lesiones graves», entonces lo que se encuentra en cuestión es ya un requisito del tipo objetivo de esa clase de delitos, de modo que el punto se vuelve relevante en términos binarios, bajo el binomio responsabilidad/impunidad. En cambio, si la misma discusión se plantea, pero en relación con alguna hipótesis cualificada de un delito de peligro –como, por ejemplo, manejo en estado de ebriedad o incendio calificado, o abandono de personas–, entonces lo que se encuentra en cuestión es solamente la aplicación de la correspondiente norma de sanción penal agravada, de tal manera que, si se llega a la conclusión de que ese elemento no concurre, queda en pie la imputación procesal a título del respectivo delito base. En consecuencia, en esta segunda clase de casos, no obstante que la discusión se desarrolla en los mismos términos de la causalidad o imputación objetiva, la consecuencia práctica se traduce solo en la aplicación de una norma de sanción penal mayor o menor.

## 2. Casos paradigmáticos

Revisaremos aquí dos casos que fungen como buenos ejemplos de los temas en discusión: el “caso ADN” y el caso de Johnny H.

### 2.1. Causalidad: síntesis del Caso ADN<sup>1</sup>

Braun Medical, una de las principales empresas farmacéuticas y de productos sanitarios a nivel mundial, contaba con un establecimiento

---

<sup>1</sup> Síntesis caso: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal San Bernardo, rol 38-2011.

en San Bernardo, dedicado, entre otras cosas, a la producción de una leche artificial denominada ADN, utilizada en muchos casos para alimentación de pacientes incapaces de ingerir alimentos por vía oral. El 18 de abril de 2007, el responsable de control de calidad del establecimiento, E.O., envió a la sociedad brasileña Fortitech, proveedora de la mezcla de minerales necesarios para la producción de la leche ADN, un correo electrónico donde indicaba cuáles elementos y en qué proporción deberían agregarse a dicha mezcla; sin embargo, el correo contenía un error de transcripción en la cantidad de potasio, equivalente a un 1% de la correcta. El error no fue detectado, por lo que, en los días sucesivos, Fortitech envió a Braun una muestra del producto según las instrucciones recibidas, la que fue aprobada por Braun sin que se efectuara un análisis que permitiera revelar el grave déficit de potasio, dando curso a la producción de las partidas de leche comercializadas desde, al menos, junio de 2007. La leche ADN era utilizada ampliamente en la práctica clínica, incluso como alimento exclusivo para determinadas categorías de pacientes.

Esto provocó una situación muy peligrosa para la salud de dichos pacientes, ya que la carencia de potasio (hipocalemia) en el organismo puede causar, entre otras cosas, alteraciones gastrointestinales, musculares, cardíacas y respiratorias, con posible riesgo para la vida. Antes de advertir el vínculo entre el consumo de leche ADN y las consecuencias patológicas de la falta de potasio, el 15 de noviembre del 2007, el responsable del control de calidad (E.O.) y el responsable de producción (E.H.) manifestaron a sus directores superiores su inquietud sobre la posible presencia de un error relativo a la cantidad de potasio en la leche, a partir de una inspección realizada en la fábrica el día precedente. Los superiores, informados del peligro que representaba la circulación del producto en pacientes con alimentación exclusiva con base en el producto defectuoso, consultaron sobre la presencia de reclamos acerca de ADN y obtuvieron respuestas tranquilizadoras. E.O. ordenó a un laboratorio externo la ejecución de diversos análisis químicos a una serie de muestras de leche producidas y, antes de conocerse los resultados de dichos análisis, decidió, de acuerdo con E.H. y el gerente general R.O., adicionar cloruro de potasio a la leche que aún se estaba produciendo en la empresa. El 3 de diciembre del mismo año los análisis confirmaron la baja presencia de potasio en el producto, pero Braun Medical no llevó a cabo ninguna medida, y la distribución de las partidas defectuosas

ya producidas continuó. El 11 y el 18 de enero de 2008 se emitieron dos resoluciones administrativas sucesivas, en las que la autoridad sanitaria regional ordenó a Braun Medical suspender la producción y ejecutar el retiro inmediato del producto de todos los lugares de suministro y, en particular, de las farmacias, hospitales y clínicas públicas o privadas para evitar su consumo. El Ministerio Público acusó a cinco imputados vinculados con Braun Medical, entre ellos a E.O., E.H. y R.O., por los delitos de adulteración de sustancias alimenticias y la venta y distribución de las mismas, y de haber causado la muerte de 3 personas y 23 casos de hipocalemia durante el periodo «culposo», así como la muerte de otras 4 personas y 39 casos de hipocalemia durante el periodo «doloso».

En la arista del caso, se alega que la muerte de O.D. fue causada por el consumo de ADN defectuoso. El niño nació el 28 de mayo de 2001 y falleció el 23 de noviembre de 2007, según el certificado de defunción, debido a «sepsis focos estéril y obstrucción multiorgánica, obstrucción intestinal». La madre del menor, B.D., señala que O.D. fue diagnosticado con el síndrome de Werdnig Hoffmann, una condición que implicaba hipotonía muscular, atrofia en la espina dorsal y pronóstico de vida limitado. O.D. fue alimentado con ADN pediátrico por gastrostomía en la Clínica Los Coihues desde julio de 2006 hasta noviembre de 2007. Se sostiene que O.D. consumió ADN defectuoso al menos desde julio de 2007 hasta noviembre del mismo año. Se presentan facturas que registran la compra de ADN pediátrico por parte de la clínica y se argumenta que estas unidades defectuosas formaron parte de la dieta de O.D. El tribunal establece que O.D. experimentó episodios de hipocalemia severa y que, en octubre de 2007, se registró un nivel de potasio de 0.80 mmol/L, por debajo del rango normal. Sin embargo, se cuestiona la relación causal entre el consumo de ADN defectuoso y la hipocalemia, ya que el paciente también experimentó episodios anteriores de descensos en los niveles de potasio y recibía otros aportes nutricionales. Se destaca que O.D. presentó un trastorno hidroelectrolítico complejo, no limitado solo a la hipocalemia, y se señala la falta de explicación para la gravedad de la hipocalemia, así como la falta de correlación clínica. La hipocalemia severa se detectó el 29 de octubre de 2007 y, aunque se afirma que contribuyó al desenlace fatal, se concluye que no se puede establecer con certeza que la hipocalemia haya sido la causa «directa» de la muerte, ya que esta se atribuye a una septicemia. En resumen, el tribunal establece que O.D. consumió ADN defectuoso y experimentó hipocalemia seve-

ra, pero no puede afirmarse con certeza que la hipocalemia causara su muerte ni que esta fuera directamente atribuible al consumo de ADN defectuoso. La relación causal entre el consumo del alimento y la hipocalemia no supera el estándar de convicción requerido por el legislador, y se desestima la pericia del doctor A.V. por no aportar información.

En términos generales, tanto para doctrina como para la jurisprudencia chilenas, en los llamados delitos de resultado es necesario que la conducta desplegada por el autor sea condición del resultado abarcado por el tipo penal respectivo. En este sentido, por ejemplo, para la realización del delito de homicidio y, por lo tanto, la consecuente muerte de una persona, se requiere que la acción del sujeto sea causa del resultado de muerte. Para establecer lo anterior, se recurre a modelos o teorías de la causalidad que explican que un resultado sea consecuencia de una condición (o plexo de condiciones) que lo determinan. En estos términos, una teoría de la causalidad tiene por fin explicar una relación denominada de causalidad que, a su vez, relaciona una consecuencia con un antecedente (condiciones). La consecuencia debe ser producto del antecedente. La doctrina y jurisprudencia chilenas establecen esa relación mediante la teoría de la equivalencia, que señala que es causa de un resultado toda condición sin la cual el resultado no se produce. Para ello, se sigue el método de la supresión mental hipotética que sugiere suprimir imaginariamente una condición para afirmar o negar el resultado, bajo el supuesto de eliminarse o no este último. Si suprimo A y desaparece B, entonces la condición A es causa de B. La arista de la sentencia analizada parte de la base de que en los delitos de resultado es necesario determinar la causalidad como presupuesto de vinculación entre el consumo del producto defectuoso, la posterior hipocalemia y la consecuencia de la muerte. En la arista expuesta, el tribunal llega a la conclusión de que esta relación no se puede acreditar, toda vez que existirían otros factores que explicarían el resultado.

## 2.2. *Imputación objetiva: síntesis del caso Johnny H.*<sup>2</sup>

El día 20 de diciembre de 2009 a las 05:30 horas, el futbolista J.H. impactó con su automóvil a la estudiante de arquitectura M.C., quien se encontraba cruzando la calzada en la intersección de Av. Echeñique con

<sup>2</sup> Síntesis caso: 3° Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, rol 94-2013.

Av. Ossa, y provocó su muerte. Durante el juicio, iniciado el 12 de junio de 2013 ante el tercer tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el Ministerio Público planteó que, al momento del atropello, el acusado conducía bajo los efectos del alcohol, registrando 0,56 y 0,97 gramos de alcohol por litro de sangre en el examen de alcoholemia. Además, afirmó que conducía a exceso de velocidad y que no estaba atento a las condiciones de tránsito mientras circulaba por Av. Ossa hacia el norte, concluyendo, con base en lo anterior, que el imputado cometió siete infracciones a leyes de tránsito, siendo las más graves el exceso de velocidad, la conducción en condiciones deficientes, no respetar el derecho preferente de paso del peatón en cruce regulado y el consumo de alcohol. Por otra parte, la defensa negó que el acusado se encontrara bajo los efectos del alcohol al momento del atropello a pesar de que el propio acusado reconoció el consumo de alcohol en su declaración en audiencia. Asimismo, la defensa sostuvo que J. H. no fue culpable de la muerte de la joven estudiante y que existieron irregularidades en los procedimientos realizados durante la investigación, debido a que en la retroproyección de la alcoholemia se utilizó un índice de 0,15 gramos, cifra cuyo origen no se determinó.

La defensa argumentó que el alcotest realizado por Carabineros solo determinaba el nivel de alcohol en la boca y pulmones, no en la sangre, y que, por esta razón, dicha prueba debería ser desestimada. A lo anterior, se suma la prueba de alcoholemia realizada por el Servicio Médico Legal, que determinó que el acusado tenía 0,00 gramos de alcohol en la sangre. Por tanto, y dado que esta prueba sí mide la graduación en la sangre, era posible asegurar que el imputado no conducía bajo los efectos del alcohol. Finalmente, la defensa agrega que el resultado de muerte de M.C. ocurrió por falta de atención de la víctima, quien cruzó en un lugar no habilitado, con un alto nivel de alcohol en la sangre, y mientras había luz verde para los automóviles que circulaban por Av. Ossa. El tribunal valoró las pruebas presentadas, dando por probado el hecho de que el acusado conducía su auto en condiciones físicas deficientes, a exceso de velocidad y desatento a las condiciones de tránsito, embistiendo a la víctima mientras esta cruzaba de oriente a poniente, y que, producto de este atropello, M.C. falleció, calificando los hechos como un cuasidelito de homicidio en los términos del artículo 492 con relación al artículo 490 número 1 del Código Penal.



Este caso representa problemas auténticos de imputación objetiva. Por una parte, se pueden plantear problemas relativos a la exposición de la misma víctima al peligro y, por otro, problemas que guardan relación con la conducta alternativa conforme a deber. Como bien es sabido, y acorde con la doctrina mayoritaria que se refiere a la imputación objetiva, esta consta de un proceso de valoración sobre el vínculo causal entre conducta y resultado. Este proceso de valoración consta de dos partes. Por una, la que se refiere a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por otra, la que se refiere a la realización de ese riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado. El caso de J.H. involucra un problema de realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado, y no un problema de creación del riesgo jurídicamente desaprobado, ya que se ha probado en juicio que la conducta del autor ha superado el riesgo permitido (conducción a exceso de velocidad). En relación con este primer punto, la pregunta y análisis que se realiza a partir de la teoría de la imputación objetiva dice relación con si el riesgo específicamente creado por el autor es el que se ha realizado concretamente en el resultado, toda vez que, en algunos casos, puede cuestionarse si es el riesgo creado por el autor el que específicamente se realizó en el resultado, como en aquellos supuestos en que la víctima también ha creado un riesgo ilícito. Conforme a un razonamiento hipotético, surge la pregunta sobre qué hubiese pasado si el autor se hubiese comportado conforme a deber en el caso concreto. Ello se traduce, por lo tanto, en la siguiente pregunta: si el autor se hubiese comportado conforme a deber teniendo en consideración la conducta ilícita de la víctima, ¿se hubiese realizado el resultado de muerte del delito de homicidio? Para ello, la teoría de la imputación objetiva ofrece dos respuestas. Por una parte, la ya conocida postura de Roxin sobre el incremento del riesgo y, por otra, la respuesta elaborada por el tribunal superior federal alemán sobre la teoría de la evitabilidad. En este caso, el tribunal mayoritariamente concluyó que existió un cuasidelito de homicidio, imputable a la conducta de J.H., que superó el riesgo permitido. Sin embargo, el voto minoritario, basado indirectamente en la teoría de la evitabilidad de Roxin, planteó que no era posible condenar, debido a dudas en torno a la conducta conforme a deber. Específicamente, el voto minoritario sostuvo que no se podía demostrar con certeza que, de haber actuado J.H. conforme a derecho, el resultado mortal se hubiese evitado con una probabilidad rayana en la certeza, lo cual, a su juicio, obligaba a absolver. El voto se-

ñala expresamente que: “Puede afirmarse, también, que cuando el riesgo que comporta la actividad del sujeto acusado habría sobrevenido en todo caso o con alta probabilidad por una situación de peligro anterior o coetánea que afectaba y que fue creada por la víctima, la posibilidad de atribuirle el resultado prohibido al primero es muy discutible, en particular en los delitos de acción dolosa.”

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

Es una cuestión unánime dentro de la doctrina considerar que, en aquellos tipos penales que requieren de un resultado material es necesario establecer que existe un vínculo de causalidad entre la conducta típica y el resultado.<sup>3</sup> Se ha discutido la naturaleza de este vínculo y la categoría de la teoría del delito dentro de la que debe analizarse. Así, hay autores que sostienen que el problema de la causalidad es parte integrante de la teoría de la conducta o acción;<sup>4</sup> por otra parte, la postura mayoritaria en la actualidad expone que la relación de causalidad y la imputación del resultado son cuestiones propias del tipo penal, específicamente de su faz objetiva, por lo que la discusión al respecto debe darse dentro de este punto de análisis.<sup>5</sup>

En cuanto a la naturaleza del vínculo causal, esta debe ser de carácter estrictamente naturalístico o fáctico,<sup>6</sup> dejando de lado cuestiones valorativas, las cuales han de analizarse con posterioridad. En ese sentido, ha tomado fuerza la tesis que sostiene<sup>7</sup> que es necesario establecer un vínculo

<sup>3</sup> En ese sentido se pronuncian RETTIG (2019), p. 290; VARGAS (2011), p. 64; CURY (2011), p. 294; CURY (2020), p. 388; ETCHEBERRY (1998), p. 185; GARRIDO (2005), p. 77; POLITOFF (1997), p. 194; NOVOA (2005), p. 273; MEDINA (2004), p. 226; NÁQUIRA (2015), p. 150; VAN WEEZEL (2023), p. 204; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 291.

<sup>4</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 184-198; NOVOA (2005), p. 275; POLITOFF (1997), pp. 194-210.

<sup>5</sup> CURY (2011), pp. 294-303; CURY (2020), pp. 388-390; RETTIG (2019), pp. 290-395; VARGAS (2011), pp. 64-89; MEDINA (2004), pp. 226-229; GARRIDO (2005), pp. 66-89.

<sup>6</sup> VARGAS (2011), p. 74; RETTIG (2019), p. 290; GARRIDO (2005), p. 79; NOVOA (2005), p. 275.

<sup>7</sup> En ese sentido, CURY (2020), p. 388, a diferencia de lo que sostenía en sus manuales anteriores (CURY [2011], p. 300), donde exponía que la imputación objetiva se debía utilizar como correctivo a la extensión de conexiones causales, ha llegado a plantear que «la vinculación entre acción y resultado externo tiene que solucionarse principalmente conforme a criterios valorativos. Sin embargo, no es posible

entre resultado y conducta en dos sentidos: por una parte, establecer el vínculo de causalidad, que sería de carácter fáctico y el requisito mínimo o base para luego establecer el vínculo de imputación del resultado a esa conducta determinada. Así, el vínculo causal sería de carácter natural y el vínculo de imputación, de carácter valorativo o normativo.<sup>8</sup>

### 3.1. Relación de causalidad

Se considera la teoría de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones como la más acertada para establecer la relación de causalidad, como piso mínimo y con base en elementos naturales,<sup>9</sup> sin la necesidad de recurrir a aspectos valorativos, los que deben incluirse en el análisis posteriormente, ya sea dentro del análisis de la imputación objetiva<sup>10</sup> o en el análisis de la faz subjetiva o de la culpabilidad como elemento del delito. La teoría de la equivalencia de las condiciones es una teoría generalizadora o naturalista;<sup>11</sup> plantea que todas las condiciones concurrentes en la producción de un resultado son, además, causa de este. Para determinar qué circunstancia es condición de un resultado, se debe recurrir a la fórmula de la supresión mental hipotética, según la cual se considera condición del resultado toda circunstancia concurrente que, al ser suprimida de forma hipotética, también desaparece el resultado.<sup>12</sup> Por lo tanto, según esta teoría, toda condición es causa del resultado.

---

prescindir de la causalidad, pero entendida en términos mucho más modestos que el que suele otorgársele».

<sup>8</sup> RETTIG (2019), p. 294; VARGAS (2011), p. 80; CURY (2020), p. 390; VAN WEEZEL (2023), pp. 204 y 205; GARRIDO (2005), p. 78.

<sup>9</sup> NOVOA (2005), p. 273, incluso sostiene que esta sería la teoría correcta para establecer el vínculo de causalidad entre un movimiento corporal externo (acción) y un resultado material, ya que esta teoría plantea que no hay una única condición para la producción de un resultado, sino que son múltiples factores los que intervienen. No obstante, este autor prescinde de recurrir a otras categorías, como el vínculo de imputación, ya que solo bastaría con establecer la relación natural de causalidad entre movimiento corporal externo y resultado.

<sup>10</sup> CARNEVALI (2008), p. 7; RETTIG (2019), p. 291; CURY (2011), p. 300; CURY (2020), p. 332; VARGAS (2011), p. 80; GARRIDO (2005), p. 79.

<sup>11</sup> NOVOA (2005), p. 279; GARRIDO (2005), p. 81; VARGAS (2011), p. 68; ETCHEBERRY (1998), pp. 188 y 189; NÁQUIRA (2015), p. 151; POLITOFF (1997), p. 198.

<sup>12</sup> CURY (2020), pp. 391 y 392; RETTIG (2019), p. 293; VAN WEEZEL (2023), p. 207; NÁQUIRA (2015), p. 151; MEDINA (2004), p. 226; VARGAS (2011), pp. 67 y 68; ETCHEBERRY (1998), pp. 188 y 189; GARRIDO (2005), p. 81; POLITOFF (1997), p. 200; NOVOA (2005), pp. 277 y 278.



Se han planteado variadas críticas a esta teoría, como la imposibilidad de hacerse cargo de cursos causales complejos, alternativos o acumulativos;<sup>13</sup> se sostiene que conduce a un *regressus ad infinitum*, ya que no se le puede poner coto al vínculo causal.<sup>14</sup> Además, presupone un vínculo causal ya conocido, pues no se puede suprimir mentalmente un hecho, para que desaparezca el resultado, si no sabemos con anticipación cuál es el efecto.<sup>15</sup> Es por esto que han surgido teorías que buscan limitar o corregir la extensión desmesurada del nexo causal que establece la teoría de la equivalencia. Sin embargo, estas teorías no han tenido gran acogida en la doctrina, debido a que incluyen un análisis valorativo en un punto en el que solo debe establecerse un nexo natural o fáctico.<sup>16</sup> Estas teorías son la de la causa adecuada, la de la causa principal y la de la relevancia típica. Algunos autores exponen que las críticas que se plantean a la teoría de la equivalencia de las condiciones han sido superadas con la teoría de la imputación objetiva, entendiendo que la teoría de la equivalencia solo establece la vinculación fáctica entre un hecho y un resultado. Posteriormente, a través de la imputación objetiva se fijan parámetros normativos, donde se establece cuál de todas las condiciones es causa prevalente desde un punto de vista jurídico-penal.<sup>17</sup>

Respecto del punto de la causalidad, cabe mencionar otra teoría que ha ganado adeptos en el tiempo reciente. Se trata de la teoría de las condiciones ajustadas a las leyes de la naturaleza,<sup>18</sup> conforme a la cual se consideran condiciones solamente aquellas que vinculan la acción o la omisión con el resultado y que se explican según las leyes de la naturaleza conocidas.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> VAN WEEZEL (2023), pp. 209-214.

<sup>14</sup> POLITOFF (1997), p. 202; VARGAS (2011), p. 79; RETTIG (2019), pp. 293 y 294; CURY (2020), p. 392; ETCHEBERRY (1998), p. 190; GARRIDO (2005), p. 83.

<sup>15</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 207; POLITOFF (1997), p. 201; VARGAS (2011), p. 79; RETTIG (2019), p. 295; GARRIDO (2005), p. 83.

<sup>16</sup> RETTIG (2019), pp. 312-317; VARGAS (2011), pp. 76-79; CURY (2020), pp. 337-340; ETCHEBERRY (1998), pp. 190-193; NÁQUIRA (2015), pp. 157-160; GARRIDO (2005), pp. 84-87; NOVOA (2005) pp. 279-289.

<sup>17</sup> CURY (2020), p. 397 y ss; RETTIG (2019), p. 294; CARNEVALI (2008), p. 7; VARGAS (2011), p. 70; GARRIDO (2005), p. 87.

<sup>18</sup> RETTIG (2019), p. 307; VARGAS (2011), p. 72; VAN WEEZEL (2023), p. 208.

<sup>19</sup> RETTIG (2019), p. 308; VAN WEEZEL (2023), p. 208.

### 3.2. Imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva busca establecer en qué casos puede imputarse, normativamente, un resultado a un determinado comportamiento humano; esta vinculación va más allá del mero nexo causal que se establece a través de la teoría de las condiciones ajustadas a las leyes de la naturaleza, ya que busca establecer un nexo normativo entre la lesión del bien jurídico y una conducta jurídicamente relevante. Este vínculo no reemplaza la causalidad, sino que se sumaría a ella; es decir, una vez establecido el vínculo causal, se debe establecer el nexo de imputación, sobre la base de criterios valorativos o normativos.<sup>20</sup> En términos generales, se considera que el autor, con su conducta, debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado y este debe ser el que se ha realizado en el resultado.<sup>21</sup>

Existen distintas posturas en la doctrina sobre cómo debe configurarse el análisis de la imputación objetiva; en ese sentido, han ido ganando fuerza aquellas posturas que sostienen que el análisis se divide en dos esferas: por una parte, la conducta típica, donde se debe corroborar que efectivamente la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y, por otra parte, la imputación del resultado, donde debe verificarse que ese riesgo jurídicamente desaprobado es el que se materializa en el resultado.<sup>22</sup> Son diversos los criterios que la doctrina ha utilizado para determinar la imputación de la conducta y la imputación del resultado; así las cosas, la gran mayoría concuerda en que, para establecer que una conducta es imputable a una persona determinada, esta debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado. En ese sentido, se entiende por riesgo prohibido o jurídicamente desaprobado la creación, *ex ante*, de un peligro jurídicamente relevante.<sup>23</sup> Se han planteado variados criterios que excluirían la imputación de la conducta; no obstante, la doctrina no es clara en el ámbito de análisis donde deben incluirse dichos criterios y en los alcances de cada uno. Algunos de estos criterios

<sup>20</sup> VARGAS (2011), p. 80; RETTIG (2019), p. 327; GARRIDO (2005), p. 78; NÁQUIRA (2015), pp. 160 y 161.

<sup>21</sup> RETTIG (2019), pp. 336-340; VARGAS (2011), p. 80; CURY (2020), pp. 397 y ss; GARRIDO (2005), pp. 87 y 88; NÁQUIRA (2015), pp. 165 y 166.

<sup>22</sup> RETTIG (2019), p. 351; VAN WEEZEL (2023), p. 182; VARGAS (2011), p. 83; NÁQUIRA (2015), p. 162.

<sup>23</sup> RETTIG (2019), pp. 336-340; VARGAS (2011), pp. 83 y 84; CURY (2020), pp. 397-398; POLITOFF (1997), p. 210; NÁQUIRA (2015), p. 162.

son (i) el riesgo permitido,<sup>24</sup> (ii) el principio de confianza,<sup>25</sup> (iii) la prohibición de regreso,<sup>26</sup> y (iv) la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima,<sup>27</sup> entre otros, y no existe unanimidad en la ubicación y alcance de estos criterios.

Por otra parte, en cuanto a la imputación del resultado, se postula que no basta con que la conducta de un sujeto haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado o prohibido; es necesario que ese riesgo sea el que se haya materializado en el resultado, y que exista un vínculo de causalidad entre la creación del riesgo prohibido y el resultado producido.<sup>28</sup> En ese sentido, la doctrina ha planteado distintos criterios que sirven como base para establecer cuándo a una conducta que ha creado un riesgo prohibido no le es imputable el resultado material; no obstante, estos criterios son heterogéneos y no existe acuerdo al respecto. Así las cosas, el criterio de la conducta alternativa adecuada a derecho ha sido el que, por lo general, se afirma que puede excluir la imputación de resultado. Según este criterio, es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a derecho cuando, con una probabilidad rayana en la certeza, este se habría evitado en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada a derecho.<sup>29</sup> El problema surge cuando no existe probabilidad rayana en la certeza, sino sólo posibilidades o probabilidades, mayores o menores; en esos casos, se sostiene que es aplicable el criterio del incremento del peligro por encima del riesgo permitido y, con ello, la imputación de un delito imprudente.<sup>30</sup> No obstante, el criterio del incremento de riesgo ha sido ampliamente cuestionado por ir en contra del principio *in dubio pro reo* y convertir delitos de lesión en tipos de peligro concreto.<sup>31</sup>

En suma, en aquellos delitos de resultado material es necesario establecer un vínculo de causalidad entre conducta y resultado; para ello se han planteado varias teorías sobre la causalidad, siendo la predominan-

<sup>24</sup> RETTIG (2019), p. 352; VAN WEEZEL (2023), p. 184. Estos autores sostienen que hay riesgos que se encuentran permitidos en una sociedad por legitimación histórica.

<sup>25</sup> CURY (2020), p. 397; VAN WEEZEL (2023), pp. 188 y 189.

<sup>26</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 193; CURY (2020), pp. 406 - 407

<sup>27</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 197.

<sup>28</sup> RETTIG (2019), pp. 351 y 352; CURY (2020), pp. 388 - 389 ; VARGAS (2011), pp. 88 y 89; GARRIDO (2005), p. 90.

<sup>29</sup> RETTIG (2019), p. 353; CURY (2020), pp. 410

<sup>30</sup> RETTIG (2019), p. 358; CURY (2020), p. 410

<sup>31</sup> RETTIG (2019), p. 359; CURY (2020), pp. 344 y 345; NÁQUIRA (2015), p. 166.

te, todavía, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Dicha teoría sirve para establecer el nexo causal en un primer nivel, que sería natural o fáctico, el que constituye la base para determinar qué condiciones producen un resultado en sentido natural. Una vez establecido este vínculo natural, se deben aplicar los criterios normativos que sostiene la teoría de la imputación objetiva, es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o prohibido y la materialización de este riesgo en el resultado. Así, se podrá imputar jurídico-penalmente un resultado a una conducta determinada.

#### **4. Propuesta de un método para la solución del problema**

En casos como los reseñados al comienzo siempre conviene hacerse la pregunta por la cuestión específica que plantea el caso que se tiene a la vista. Como la doctrina mayoritaria distingue entre el vínculo de causalidad, concebido en términos estrictamente descriptivos, y la relación de imputación objetiva, comprendida en un sentido normativo, entonces es necesario hacerse primero la pregunta acerca de la concurrencia o no del nexo de causalidad y luego identificar la pertinencia de algún criterio de imputación objetiva en el caso concreto. Por ejemplo, en el caso ADN claramente se plantea un problema de causalidad. Pero el problema se ve acentuado en este caso, sumamente complejo, por la circunstancia de que la teoría de la equivalencia de las condiciones no parece conducir a ningún resultado auspicioso, porque si se hace el ejercicio de suprimir hipotéticamente la acción colectiva de producción y distribución del alimento, no se sabe exactamente si la hipocalcemia que sufrió la víctima se habría producido igualmente o no. De ahí que este caso difícil se presta para recurrir a la teoría de las condiciones ajustadas a leyes de la naturaleza.

Una vez que se ha zanjado el punto de la causalidad, en algunos casos, como el paradigmático reseñado al comienzo, se plantean problemas de imputación objetiva. Como esta teoría se ha ido desarrollando de la mano de la discusión de varios grupos de casos, aquí la recomendación metodológica consiste en hacer el ejercicio de preguntar a qué grupo pertenece el caso concreto que se tiene ante sí. Por ejemplo, si se trata de un caso en que la conducta de la propia víctima ha adquirido relevancia para la explicación normativa del resultado, entonces en tal escenario conviene revisar los criterios y principios que la doctrina ha desarrollado para abordar esta clase de casos.



## Capítulo 2

# Dolo o culpa: en particular, dolo eventual

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

Resulta iluminador tener presente que el legislador originario tomó la distinción entre delito y cuasidelito que el propio Código Civil –artículo 2314– había trazado casi veinte años antes del CP; pero, honrando el principio de legalidad, que en esa época ya reconocía la Constitución de 1833 –artículo 133–, el legislador penal sometió dicha distinción a un régimen sancionatorio esencialmente diverso. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre con las sanciones civiles, el Código Penal partió de la base, por lo demás obvia en la época, de que solo un *delito* genera responsabilidad a hacerse efectiva mediante la aplicación de penas; en cambio, el que comete un *cuasidelito* se encuentra, en principio, exento de responsabilidad (artículo 10 número 13 CP). Es decir, subyace a la regulación del Código Penal la premisa de que todo delito, sancionado con penas de crimen o de simple delito, supone *dolo*. Esta premisa explica que luego, en las normas de sanción previstas en la parte especial, el legislador no se moleste en pronunciarse acerca de la faz subjetiva, como sucede, por ejemplo, en la norma del artículo 391, relativa al homicidio, o en la del artículo 397, referida a las lesiones graves. Pero, metodológicamente, este régimen sancionatorio de regla-excepción se traduce en que, en todo caso, luego de ventilar la faz objetiva del hecho típico correspondiente, es menester verificar la concurrencia al menos de dolo, salvo que se trate de un caso excepcional, en que el propio legislador se refiere expresamente a la negligencia o imprudencia del sujeto.

Ahora bien, y nuevamente en contraste con la legislación civil –artículo 44 CC–, el propio Código Penal no define lo que se entiende por dolo, de modo que el alcance de este concepto queda entregado casi íntegramente a la discusión entre doctrina y jurisprudencia. Tradicionalmente, tanto una como otra han distinguido tres clases de dolo: el



dolo directo o intencional, el dolo indirecto o de las consecuencias necesarias, y el dolo eventual. En algunos casos, nada infrecuentes en la praxis, la cuestión del dolo se plantea bajo la argumentación, proveniente de la defensa, de que se trata sólo de una hipótesis *preterintencional*. El caso paradigmático aquí es el de las lesiones corporales seguidas de muerte, en que, por ejemplo, el sujeto agrede físicamente a la víctima sin intención de matarla, pero esta muere a consecuencia de la lesión corporal infligida por aquel. Sin perjuicio de esta clase de hipótesis, no cabe duda de que los casos más difíciles son aquellos que se ubican en la frontera subjetiva entre el dolo eventual y la culpa consciente. Estos casos se caracterizan por la circunstancia común de que el sujeto realiza una acción peligrosa para la vida o la salud individual de otra persona, representándose la posibilidad de que ocurra un suceso lesivo para ella. Observado el caso desde arriba, esto es, desde la óptica del dolo, se trata de uno ubicado en el límite inferior de la faz subjetiva, que se suele ventilar bajo la categoría del dolo eventual, donde lo eventual es precisamente la posibilidad de que ocurra el resultado. Mirado desde abajo, esto es, desde la perspectiva de las reglas sobre imprudencia, se trata de un grupo de casos ubicado en el techo superior de la culpa, ya que el sujeto despliega una acción de modo manifiestamente imprudente para los bienes de otra persona, de modo que este responde al menos a título de imprudencia temeraria. La pregunta crucial, en consecuencia, es precisamente si el agente responde a título doloso o sólo culposo; es decir, ¿dolo o culpa? En la praxis, dicha pregunta se torna relevante en el ámbito de los delitos contra las personas, esto es, en relación con los tipos de homicidio o de lesiones corporales. De ahí que el punto de partida radica en estas normas de sanción previstas en este título de la parte especial del código, cuya aplicación exige al menos dolo eventual. En este ámbito de la parte especial, la consecuencia práctica no se plantea en los términos binarios de la responsabilidad o la impunidad, puesto que, en el caso de concluir que no hay dolo eventual, queda en pie la responsabilidad a título de imprudencia. De este modo, en el caso concreto, únicamente se encuentra en juego la imposición de las penas, tendencialmente mayores, previstas para el crimen o simple delito respectivo, o solo la aplicación de las normas de sanción del artículo 490 CP.

## 2. Caso paradigmático

Hemos seleccionado como ejemplo de estas consideraciones el caso conocido como del «bebé llorón».

### 2.1. *Dolo o imprudencia: síntesis del caso «bebé llorón»*<sup>32</sup>

El 1 de marzo de 2001, alrededor de las 14:00 horas, en una sala cuna ubicada en la comuna de Las Condes, se encontraba el menor S.N.V., de siete meses de edad, al cuidado de las educadoras y cuidador a cargo. Según los hechos contenidos en la sentencia de primera instancia, el menor se encontraba llorando de forma persistente, hecho ante el cual uno de los cuidadores presentes colocó una cinta adhesiva sobre su boca, en la que escribió «soy un llorón». Exhibió al menor ante las demás cuidadoras presentes burlándose de él. La educadora de párvulos que atendía al menor, sin retirar la cinta que cubría su boca, lo acostó en una cuna boca abajo, donde permaneció hasta aproximadamente las 16:00 horas, momento en el que las auxiliares de párvulo se percataron de que este se encontraba inconsciente. A las 16:55 horas, el lactante fue llevado a la posta Aristía en estado agónico. La médica de turno constató que no respiraba espontáneamente, carecía de pulsos palpables y presentaba cianosis facial y palidez en extremidades. A pesar de los esfuerzos de resucitación cardiopulmonar avanzada durante treinta minutos, no se pudo revivir al bebé. La causa del fallecimiento fue asfixia por sofocación debido a la obstrucción de las vías respiratorias causada por la cinta adhesiva en su boca. El informe de un perito de criminalística de Carabineros indicó que la sofocación fue causada por la obstrucción de la vía aérea con la cinta adhesiva. El informe de autopsia médico-legal concluyó que la muerte fue por asfixia por sofocación, destacando que bastaba con ocluir la cavidad bucal en un lactante para causar sofocación. El informe de histopatología sugirió un mecanismo de muerte por asfixia mecánica y las declaraciones del médico de turno respaldaron estos hallazgos. Un informe complementario indicó que el bebé aún estaba vivo al ingresar a la posta de urgencia.

El presente caso plantea un problema de delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, toda vez que surge la duda sobre

<sup>32</sup> Síntesis de caso: Corte Suprema, rol 3970-2008.

si los autores aceptaron realizar el resultado de muerte o simplemente lo provocaron al crear un riesgo de lesión. En este sentido, y de forma general, se puede señalar que mientras el dolo eventual implica la realización de un riesgo de lesión del bien jurídico, respecto del cual existe aprobación o conocimiento del posible resultado, la imprudencia consciente implica una desaprobación o desconocimiento de esa lesión y resultado. En el presente caso, la dificultad radica en determinar cuál era entonces el nivel de imputación subjetiva de los autores, ya que, si bien con sus conductas han creado un riesgo jurídicamente desaprobado, relativo al resultado de muerte del delito de homicidio, no es posible extraer de la prueba rendida certeza sobre la aceptación consciente de la posible muerte del menor. Ello implica, por lo tanto, que el tribunal deba recurrir a las teorías desarrolladas al efecto para el problema dogmático del caso en comento. Al respecto, si bien el tribunal de instancia determinó que se trataba de un delito doloso, posteriormente, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema llegaron a la conclusión de que se trataba de un delito realizado por imprudencia temeraria. Esto, pues aplicaron la teoría del consentimiento o aprobación para el problema de delimitación, que consiste en preguntarse si frente al riesgo creado por los agentes existe aprobación interna en torno a la realización del resultado. En este contexto, la Excma. Corte sostiene que no hay evidencia de aprobación interna por parte de los autores respecto al resultado letal, en su fuero interno. En consecuencia, se concluye que el evento se enmarca en la esfera de la imprudencia y se descarta la presencia del dolo eventual.

### **3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia**

A pesar de que las distintas posturas doctrinarias sitúen estos elementos en diferentes partes del análisis del delito, se acepta de manera transversal que tanto el dolo como la culpa permiten fundamentar el reproche jurídico subjetivo; por tanto, la concurrencia de uno u otro es indispensable para la declaración de responsabilidad penal. A partir de la definición formal de delito que nos entrega el artículo 1, se formula la discusión sobre cómo debe ser interpretada la noción de «voluntariedad» enunciada en el inciso segundo de este. El sentido de este concepto





no ha sido interpretado con igual criterio. Una parte de la doctrina sostiene que el alcance de la disposición solo abarca lo relativo al dolo; otro sector afirma que en el artículo 1 se da un concepto genérico de delito, que abarca su posibilidad dolosa y culposa,<sup>33</sup> por lo que interpreta que, cuando en este caso en particular se hace uso del término «voluntariedad», se está haciendo mención a una de las exigencias propias de la culpabilidad.<sup>34</sup>

Es discutible si el legislador, cuando en el artículo 2 del CP habla de «dolo o malicia», introduce la conjunción «o» con un carácter equiparable o simplemente alternativo. En efecto, en diversas disposiciones es factible advertir que en la expresión «malicia» la doctrina cree ver una referencia al dolo, una limitación al dolo directo, o bien una manera de excluir el dolo eventual.<sup>35</sup> Otra postura afirma que la disposición se debe leer como una alusión a que el dolo implica la conciencia de lo ilícito de la conducta, lo que repercute de manera directa en cómo debe ser analizado el error de prohibición evitable, si es imputable a título de dolo, y cómo se debería fundamentar esa punibilidad.<sup>36</sup> Si bien existe consenso respecto de la necesidad de concurrencia de un elemento de carácter subjetivo, se debate sobre la naturaleza del dolo y, en consecuencia, de la imprudencia, existiendo, por un lado, posturas que afirman que corresponden a elementos propios del análisis de culpabilidad «genérica», y por otro, posturas que sostienen que son elementos propios de cada tipo y que deben ser analizados en atención al tipo penal cuyo supuesto de hecho fue realizado por el agente.

En otras palabras, dependiendo del modelo teórico al que se adscriba, el dolo y la imprudencia serán algo que pueda dissociarse del tipo penal a la hora de analizar su concurrencia. Los partidarios de la teoría finalista sostienen que cada tipo penal se encuentra compuesto por un tipo objetivo y uno subjetivo. Mientras el tipo objetivo contiene toda

---

<sup>33</sup> GARRIDO (2005), p. 13.

<sup>34</sup> A favor de la primera tesis, NOVOA (2005) y ETCHEBERRY (1998). A favor de la segunda, GARRIDO (2005), VAN WEEZEL (2023), CURY (2020) y MAÑALICH (2011).

<sup>35</sup> NÁQUIRA (2015), p. 227.

<sup>36</sup> La adopción de esta postura supone que en casos de inexistencia de un auténtico conocimiento del tipo cuyo supuesto de hecho se está realizando, es posible imputar a título de dolo cuando concurra un error de carácter vencible o evitable fundamentando que el reproche, en este caso en particular, se basa en una supuesta peligrosidad del autor.

clase de especificaciones referentes a la acción (u omisión) material y, en casos excepcionales, ciertas características inherentes al sujeto activo,<sup>37</sup> el tipo subjetivo comprende la descripción de las exigencias volitivas, que dicen relación con la voluntariedad de la acción (finalidad), y, a veces –cuando el tipo las contiene–, referencias a determinados estados anímicos o tendencias del sujeto que han de concurrir en su ejecución.<sup>38</sup> En contraste, el modelo neoclásico afirma que el tipo constituye por esencia una unidad indivisible y que solo una vez que se comprueba la existencia de una conducta típica y antijurídica, corresponde la indagación subjetiva de la conducta perpetrada por el hechor (identificar si concurrió dolo o culpa), lo cual se hace en el campo del análisis de la culpabilidad por el injusto.<sup>39</sup> Respecto de mismo artículo 2, cabe afirmar que las mismas acciones u omisiones constituyen delito o cuasidelito según si se cometen con dolo o con culpa. Esta forma de expresarse del Código permite sostener que las descripciones del hecho doloso y del hecho culposo corresponden a dos caras de la misma moneda. Sistemáticamente hablando, por lo tanto, no se trata de dos caras de dos tipos penales distintos, sino de un mismo tipo penal que tiene dos facetas. Esto explica, por ejemplo, que, si respecto de una conducta que implica la muerte de otro no se puede probar dolo, pero sí que el hecho era individualmente evitable para su autor, se pueda condenar por el correspondiente cuasidelito.<sup>40</sup>

### 3.1. *El dolo*

Tradicionalmente, el dolo ha sido definido como *conocer* y *querer* los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal. De esta manera, el dolo se encontraría compuesto por dos elementos diferentes; por un lado, un elemento intelectual, que comprende el campo de conocimiento de las circunstancias fácticas por parte del agente, y por otro, un elemento volitivo, que abarca lo relativo a la voluntad del agente respecto de la realización del supuesto de hecho<sup>41</sup>. En el Código Penal se hace referencia al «dolo» únicamente en el artículo 2, pero en ninguna de

<sup>37</sup> GARRIDO (2005), pp. 66 y 67.

<sup>38</sup> GARRIDO (2005), p. 66.

<sup>39</sup> Para profundizar: NOVOA (2005), pp. 462 y ss.

<sup>40</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 418.

<sup>41</sup> Para profundizar: VAN WEEZEL (2023), pp. 420 y ss.

sus disposiciones se señala en qué consiste, en qué elemento del delito incide, si se admiten diversas categorías, etc.; es la dogmática penal la que se ha ocupado tanto de precisar esa noción como de determinar su trascendencia.<sup>42</sup>

### 3.2. Clasificación del dolo

Usualmente se distingue entre el dolo directo, el dolo de las consecuencias seguras y el dolo eventual. El dolo directo, también denominado de primer grado, es la forma más característica y a la vez más grave de dolo. Se presenta cuando el sujeto activo no solamente realiza la conducta típica y antijurídica de modo voluntario y consciente, sino que, además, está animado por el propósito preciso de obtener la producción del hecho antijurídicamente reprochable que aquella trae consigo. En esta clase de dolo no tiene mayor trascendencia el conocimiento del autor sobre la mayor o menor probabilidad que tenía su acción de plasmarse en tal resultado<sup>43</sup> y, por esto mismo, suele considerarse como el más gravoso. Se piensa que el legislador exige esta clase de dolo cuando emplea términos como «maliciosamente», «a sabiendas», «de propósito», o semejantes, pues son indicadores de que el tipo exige una equivalencia entre la intencionalidad del autor y el resultado de la acción.<sup>44</sup> En contraste, el dolo directo de segundo grado, o de las consecuencias seguras, existe sólo si el sujeto se ha representado el hecho delictivo como una consecuencia necesaria o inevitable de la actuación que espera llevar a cabo y, a pesar de no pretenderla, la ha aceptado en su voluntad final de realización encaminada hacia el logro de su objetivo.<sup>45</sup> Por último, se encuentra el dolo eventual, el cual ha sido descrito por la Corte Suprema como la forma de dolo que se presenta cuando las consecuencias lesivas inherentes a un determinado comportamiento aparecen, en una perspectiva *ex ante*, como meramente posibles, no como un evento seguro, habiéndose representado el sujeto su probable ocurrencia y habiendo seguido este adelante con su acción, no importándole lo que ocurra.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> GARRIDO (2005), p. 8.

<sup>43</sup> Para profundizar: NOVOA (2005), pp. 485 y ss.

<sup>44</sup> GARRIDO (2005), p. 101.

<sup>45</sup> NÁQUIRA (2015), pp. 206 y ss.

<sup>46</sup> Corte Suprema, rol 16945-2021, p. 72.



### 3.3. *La culpa o imprudencia*

Según la jurisprudencia, hay culpa en la realización voluntaria de una conducta, sin aceptación del resultado antijurídico que de ella se deriva, pero con violación concreta de un deber de cuidado.<sup>47</sup> Este concepto se vuelve operativo en el ámbito de aquellas actividades riesgosas cuya detallada regulación permite asimilar la culpa a la infracción de una norma que establece un deber de cuidado específico, como sucede en la navegación marítima, aérea y el tráfico rodado.<sup>48</sup> Dentro de la culpa suelen distinguirse dos formas en las que puede concurrir: consciente e inconsciente.

Conforme a la opinión más extendida, el agente obra sólo con culpa o imprudencia consciente cuando, en lugar de dejar todo librado al azar, confía en que el resultado no se va a producir y, por tanto, no es indiferente a la producción del resultado.<sup>49</sup> Ahora bien, la confianza que el actor tiene de que el hecho delictivo no se va a producir debe ser objetivamente fundada, pues de otra manera es irracional e indicativa de dolo eventual.<sup>50</sup> De este modo, existe culpa inconsciente si el sujeto, aunque no tuvo consciencia de peligro, pudo haberse representado que, como consecuencia de su actuación descuidada, era factible la producción de un hecho delictivo que no buscaba ni perseguía.<sup>51</sup> Así, la culpa inconsciente o sin representación abarca los supuestos en que el individuo ni siquiera ha previsto –no se ha representado como una posibilidad– la producción del daño al bien jurídico involucrado, demostrando tal actitud íntima una infracción al deber de observar el cuidado requerido en el ámbito de relación social.<sup>52-53</sup>

Respecto del dolo eventual y la culpa consciente, se presentan dificultades para demarcarlos, pues en ambos es requisito *sine qua non* que el agente se haya representado como posible el resultado lesivo no buscado. Son dos las principales teorías que se disputan la determinación de la esencia del dolo, con el fin de marcar la diferencia entre dolo

<sup>47</sup> Corte Suprema, rol 185-2014.

<sup>48</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 200.

<sup>49</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 428.

<sup>50</sup> NÁQUIRA (2015), p. 251.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Corte Suprema, rol 16945-2021, p. 74.

<sup>53</sup> Para profundizar: Corte Suprema, rol 16945-2021, pp. 72 y ss., NOVOA (2005), pp. 512 y ss.

e imprudencia consciente. Por una parte, se encuentra la teoría de la representación,<sup>54</sup> la cual le otorga preponderancia al elemento intelectual que integra el concepto de dolo; por otra, se encuentra la teoría de la voluntad, la cual coloca el acento del concepto en el elemento volitivo.<sup>55</sup>

Por regla general, en el sistema jurídico penal chileno se sancionan los delitos dolosos, y en forma excepcional, y sólo cuando el legislador de manera expresa y directa así lo establece, se castigan los delitos culposos o cuasidelitos.<sup>56</sup> La esencia de la imprudencia se encuentra en la infracción de una norma de cuidado que subyace a un tipo penal, de tal manera que es posible afirmar que la imprudencia se define a nivel normativo<sup>57</sup>; así, la lesión o infracción del cuidado objetivo dota de contenido al desvalor de la conducta y funge como núcleo del injusto imprudente.<sup>58</sup>

#### 4. Propuesta de un método para la solución del problema

Los casos que plantean un problema de delimitación entre dolo eventual y culpa consciente, como el reseñado al inicio, tienen que analizarse, primeramente, a la luz del tipo doloso correspondiente, y solo subsidiariamente bajo alguna regla de imprudencia. Conviene proceder de este modo, porque en tal clase de casos no puede descartarse *a priori* la responsabilidad a título doloso, con la consecuencia penológica significativamente mayor. Metodológicamente, este grupo de casos supone que no existe ni un problema de causalidad ni tampoco uno de imputación objetiva, puesto que si esto fuera así, habría que ventilar estos puntos con antelación al análisis de imputación subjetiva. La pregunta por el dolo o la culpa se halla ubicada en la faz subjetiva del delito correspondiente. En esta sede de análisis es preciso indagar en la cuestión de si el agente ha obrado, o no, con *conocimien-*

---

<sup>54</sup> Los partidarios de la teoría de la representación no niegan el papel de la voluntad en la conducta dolosa, pero se inclinan a considerar agotada esa voluntad con el simple dar impulso a los nervios motores que imprimen movimiento al cuerpo humano, debido a lo cual estiman que las consecuencias externas de la acción solamente pueden ser previstas y no queridas. NOVOA (2005), p. 466.

<sup>55</sup> Para profundizar: NOVOA (2005), pp. 468 y ss., y GARRIDO (2005), pp. 103 y ss.

<sup>56</sup> NÁQUIRA (2015), p. 239.

<sup>57</sup> RETTIG (2017), p. 187.

<sup>58</sup> CORCOY (2012), pp. 27 y 28.

to del riesgo que se estaba creando para el bien tutelado por la norma. Como no es posible inquirir en el fuero interno del agente, la única forma de aproximarse a la faz subjetiva es valorando el contexto en el que se realiza la acción o se incurre en la omisión; las circunstancias inmediatamente previas, simultáneas e incluso inmediatamente posteriores al comportamiento del sujeto, y, sobre todo, la forma en la que este se realiza. Es lo que la doctrina más moderna denomina *indicadores* de dolo. Sin embargo, como en nuestra tradición jurídica todavía no es posible ver inclinada la balanza de las posiciones del lado de las más modernas teorías del conocimiento, lo más prudente estriba en hacerse igualmente la pregunta por la actitud del agente en el momento de realizar la acción, luego de que se ha asentado el conocimiento con el cual este ha obrado. Esta pregunta no se traduce en ninguna abdicación ante el derecho penal de autor, puesto que sirve de criterio delimitador de la responsabilidad a título doloso. Una forma sutil de plantearla consiste en indagar, a partir de las circunstancias concomitantes a la acción u omisión del agente, si este ha adoptado una toma de *posición* en contra del bien tutelado por la norma de comportamiento respectiva. Si, en cambio, al momento de obrar, aun creando un riesgo significativo para este bien jurídico, el agente ha confiado racionalmente en que el resultado lesivo no se va a producir, entonces puede concluirse que, en el caso concreto, no hay dolo, sino solamente culpa consciente.

### Capítulo 3

## Causales de justificación: legítima defensa y artículo 10 número 10 CP

### 1. Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

Tradicionalmente, los problemas de antijuridicidad se han ventilado en una sede distinta de los elementos del tipo correspondiente, generándose así la impresión de que lo que se encuentra en juego en estos casos es una cuestión de orden material también diverso. Sin embargo, al contemplar el legislador una causa de justificación en la parte general, este no hace más que anticiparse a casos en los cuales, de alguna manera, el contenido de ilicitud descrito por los tipos de la parte especial se ve excluido, decae. La causa de justificación por antonomasia, porque deriva del concepto mismo de derecho, es la legítima defensa. La regulación de este instituto se ubica en el artículo 10 numerales 4 a 6 CP. Otro ejemplo, pero más problemático en su fundamento normativo, es el del estado de necesidad agresivo, regulado, por consiguiente, de manera extremadamente restrictiva en el artículo 10 número 7 CP. Además de estas reglas, nuestro legislador también se ha preocupado de regular el supuesto en que un sujeto comete una acción «penada por la ley», esto es, típica, pero en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber, cargo u oficio, en el artículo 10 número 10 CP.

Pues bien, metodológicamente, los problemas de antijuridicidad surgen en los casos en que, además del hecho que realiza algún tipo de la parte especial, concurren otras circunstancias fácticas, por decirlo así, adicionales al hecho típico y que, por ende, conviene deslindar de este, puesto que, de satisfacer los requisitos de alguna causa de justificación, implicarían la ausencia de responsabilidad del sujeto, por verse excluido ya lo que la doctrina llama un «injusto típico».

El problema metodológico que se plantea en estos casos radica en que dichas circunstancias fácticas adicionales son, regularmente, simul-

táneas al hecho subsumible bajo el tipo de la parte especial y, en consecuencia, es muy fácil confundirlos. Un método en cierta medida útil para evitar el traslape de circunstancias relevantes bajo el tipo y bajo alguna causa de justificación estriba en mantener a la vista el comportamiento típico que despliega el sujeto activo y distinguirlo de las acciones desplegadas por la víctima, en un supuesto de legítima defensa, o de las circunstancias concomitantes a aquel, incluso provenientes de fenómenos naturales, en un caso de estado de necesidad justificante. Por ejemplo, en un caso de legítima defensa, comparativamente mucho más relevante en la praxis, en que aquella deriva de la acción del morador consistente en repeler la entrada del «ladrón» a la casa, con la consecuencia de una lesión corporal en perjuicio o incluso la muerte de este, la responsabilidad que se encuentra en juego es la del morador a título de un delito de lesiones corporales o de homicidio, y el «ladrón», en cambio, ostenta la calidad de *víctima* de este delito, aun cuando este haya cometido otro delito, como sería, en el ejemplo, el de robo con fuerza en las cosas ejecutado en un lugar habitado. La distinción es metodológicamente relevante, puesto que solo así puede ventilarse, por un lado, si la acción desplegada por el «ladrón» cuenta como una agresión ilegítima en el sentido de la primera circunstancia del artículo 10 números 4 o 5 CP, y, por el otro, si el comportamiento desplegado por el morador satisface o no el requisito de la necesidad racional del medio empleado, estatuido como segunda circunstancia exigida por ambas reglas para la justificación.

En cuanto a la relevancia penológica de un caso discutido en sede de antijuridicidad, cabe señalar que, si en el caso concreto se satisfacen *todos* los requisitos de una causa de justificación, la consecuencia es la *impunidad* del sujeto, a pesar del daño que este ha causado a otra persona sea el agresor o un tercero. El fundamento de la eximente de responsabilidad estriba en que, si ese es el caso, en definitiva, no se está en presencia de un *hecho* contrario a las normas del ordenamiento jurídico, al menos no para efectos jurídico-penales, esto es, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivas otras clases de responsabilidad jurídica, civil o administrativa. En cambio, si concurre un requisito de la causa de justificación respectiva, pero faltan otros para su configuración, entonces la consecuencia es la contraria, esto es, la responsabilidad por el hecho, puesto que este sí sería, en esa medida, contrario a derecho. Lo anterior, sin perjuicio de que, en este último caso, venga en consideración una



rebaja significativa de la pena, contemplada por la lesión corporal o el homicidio, en el ejemplo mencionado, en virtud del artículo 73, o solo una atenuante genérica, en los términos del artículo 11 número 1 CP.

## 2. Caso paradigmático

Hemos seleccionado como caso ejemplar para ilustrar este punto el conocido como caso «Panguipulli».

### 2.1. *Legítima defensa: síntesis del caso «Panguipulli»*<sup>59</sup>

El día 5 de febrero de 2021, pasadas las 15:00 horas, F.M.R. (la víctima) se encontraba realizando malabares con tres cuchillos tipo machete marca «Truper» de 50 cm de hoja y 14 cm de empuñadura en la intersección de las calles Martínez de Rozas y Pedro de Valdivia en la ciudad de Panguipulli. En este contexto, un funcionario de Carabineros (el imputado) procede a controlar la identidad de M., quien se niega a exhibir su cédula de identidad. Siguiendo el procedimiento, el funcionario policial le indica a M. que deberá ser trasladado a una unidad policial, momento en que el malabarista levanta uno de los cuchillos antes descritos en señal de amenaza. El funcionario policial retrocede y saca su arma de servicio revólver calibre 38 mm, efectuando un primer disparo al suelo; sin embargo, la víctima continúa avanzando con los cuchillos en sus manos. El funcionario de Carabineros le ordena que deje los cuchillos, haciendo la víctima caso omiso a la indicación y acercándose durante un trayecto de 18 metros mientras el imputado retrocedía. Posteriormente, la víctima se ubica tras una estructura metálica, momento en que el imputado efectúa un segundo y tercer disparo, uno de los cuales impacta a la víctima en una de sus piernas. Tras recibir el impacto, F.M.R. se dirige hacia el funcionario policial portando un cuchillo en cada una de sus manos. El imputado efectúa un cuarto y quinto disparo, los cuales impactan en el tercio medio del muslo derecho y en la zona fosa iliaca derecha de la víctima. A consecuencia de los disparos, la víctima comienza a caer al suelo, momento en que el imputado efectúa un sexto y último disparo en la zona del tórax en contra de M., provocando su muerte en el lugar. Antes de caer al suelo, F.M.R. habría alcanzado a impactar con uno de los cuchillos la gorra del imputado.

<sup>59</sup> Síntesis caso Ministerio Público c/ J.G.G.I., Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, RIT Ordinaria 170-2021; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 848-2021.

En este caso se presenta, por una parte, un análisis en torno a la legítima defensa del artículo 10 número 4 del Código Penal, y, por otra parte, respecto a la institución del ejercicio legítimo de un derecho o cargo del artículo 10 número 10 del mismo cuerpo legal. Conforme a lo primero, es importante determinar si el actuar de la policía se encontraba dentro de los límites o requisitos para la configuración de la legítima defensa. Se puede cuestionar, por un lado, si concurría el primer requisito de la legítima defensa, esto es, si existía una agresión ilegítima por parte del malabarista en contra del policía, y, por otro, si existía o no el requisito de la necesidad racional del medio empleado para repeler el ataque del malabarista. Si bien respecto de lo primero el tribunal llega a determinar que había una agresión ilegítima, es cuestionable plantearse si el actuar de la policía se encuadraba dentro de la necesidad racional del medio para repeler dicha agresión del malabarista, toda vez que si bien la legítima defensa en Chile no exige un estándar de proporcionalidad, sí demanda uno de racionalidad.

El estándar de racionalidad, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, es aquel que debe aplicar el tribunal en el caso concreto y entre otras cosas debe considerar el contexto de la agresión, la situación específica del agresor y la condición de la víctima. Además, deberá considerar si existían o no otros medios disponibles para repeler el ataque, entre los cuales el tribunal realizará un análisis de *subsidiariedad*, consistente en determinar si existía dentro de aquellos medios alternativos uno menos gravoso que los demás. Este último análisis se conoce como análisis de idoneidad.

Por otra parte, el caso permite un análisis conforme al artículo 10 número 10 del CP, en el sentido de evaluar si el actuar de la policía se ha ajustado a derecho bajo el alero de cumplir un deber o ejercer un legítimo derecho, autoridad, oficio o cargo. Para el presente caso, ello implicaría un análisis conforme al cumplimiento de deber o ejercicio legítimo de autoridad o cargo, que, a diferencia de la legítima defensa, no requiere de la agresión ilegítima de otro para su procedencia. En este sentido, para el actuar del funcionario policial se podría invocar dicha causal con prescindencia de ese tipo de agresión. Con todo, ello no implica un uso ilimitado de la fuerza, toda vez que para su procedencia es necesario que concurren copulativamente requisitos que hacen del uso de la fuerza –en el marco del cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de cargo o autoridad– un uso legítimo, a saber: que exista obligación



de actuar dentro del contexto del cumplimiento de deber, con mesura y prudencia, y, por último, con adecuación y proporcionalidad. En este caso, es dudoso que el actuar de la policía se pueda amparar en dicha causal, toda vez que no se supera el examen de mesura y prudencia ni el de adecuación y proporcionalidad, pues bien cabe preguntarse si el actuar letal de la policía estaba dentro de estos los cánones bajo el supuesto fáctico de contar con otras opciones igualmente efectivas para realizar el deber o ejercer el cargo o autoridad.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

Si bien la antijuridicidad (o antijuricidad, como la llamarían algunos),<sup>60</sup> estudiada habitualmente como elemento estructural de la teoría del delito, no es mencionada expresamente por nuestra legislación como elemento común a todo delito, esto no quita que sea un motivo de preocupación y reconocimiento por nuestro legislador. En efecto, ya en el artículo 10 encontramos una serie de causales de justificación que vienen a excluir la responsabilidad penal.<sup>61</sup>

En este sentido, la antijuridicidad «viene constituida por la disconformidad de la conducta con la norma jurídica y, por consiguiente, falta cuando la conducta, no obstante adaptarse a una descripción típica, guarda conformidad con el derecho».<sup>62</sup> Algunos hacen referencia a lo prescindible de la contemplación expresa de las causales, toda vez que el propio calce de la conducta con el tipo vendría a dar por hecho la antijuridicidad. Sin embargo, la ley, constituyéndose como una «guía práctica de las decisiones judiciales, ha optado por señalarlas expresamente»,<sup>63</sup> técnica, por lo demás, no exclusiva de nuestra legislación.<sup>64</sup> En alivio a la preocupación de las posibles consecuencias que generaría un listado taxativo de causales de justificación, aquella del artículo 10 número 10 del CP se muestra, como mencionaremos enseguida, lo suficientemente amplia como para consignar las conductas que carecerían de antijuridicidad material, pero no se enmarcarían en el tenor literal de las demás

<sup>60</sup> NOVOA (2005), p. 312.

<sup>61</sup> Así, también en determinados tipos penales que hacen mención expresa de la antijuridicidad en su propia estructura típica. NOVOA (2005), p. 320.

<sup>62</sup> NOVOA (2005), p. 321.

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Ídem.

causales. Dentro del listado de causales de justificación, podemos destacar al menos dos: la legítima defensa y la genérica del décimo numeral, sobre cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

### 3.1. Legítima defensa

La legítima defensa, contemplada por el legislador en el artículo 10 numeral 4 del Código Penal, considera tres requisitos copulativos para su configuración, a saber: i) agresión ilegítima, ii) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y iii) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Lo anterior, sin considerar el requisito subjetivo propio de esta causal, que, si bien no se encuentra contemplado de manera expresa como elemento adicional, se puede desprender fácilmente del enunciado «el que obra en defensa de [...]». Ahora bien, en cuanto al primero de estos requisitos, la doctrina tradicional chilena es conteste en entender que la agresión debe provenir necesariamente de otro ser humano, con la excepción del animal utilizado como mero instrumento para provocarla.<sup>65</sup> También la doctrina es uniforme en cuanto a la innecesaria distinción, para estos efectos, entre acciones y omisiones, incluyendo estas últimas sin problema alguno. Las exigencias mínimas que se requieren para configurar este primer elemento son que esta debe revestir los caracteres de real, actual e ilegítima. Así, es real la agresión que objetivamente existe conforme a un juicio *ex post*; por lo tanto, este requisito no lo cumplirían las agresiones meramente aparentes ni las agresiones constitutivas de tentativa inidónea.<sup>66</sup>

La exigencia de actualidad o inminencia de la agresión emana del tenor literal del artículo referido, allí donde el legislador refiere a «impedir la o repelerla». De esta manera, la agresión que se repele es actual y la que se impide es inminente. Por último, para la doctrina dominante la agresión es ilegítima cuando es, en general, contraria a derecho, sin necesidad de que sea penalmente típica, ni dolosa o imprudente, y ni siquiera culpable.<sup>67</sup> Respecto del segundo requisito, es menester dejar de lado el análisis como una simple proporcionalidad, si se quiere, matemática, y atender a la verdadera voluntad del legislador en cuanto

<sup>65</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 271.

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 272.

a comprender el requisito como una exigencia de racionalidad. Así se ha pronunciado también la Corte Suprema al indicar que la necesidad racional del medio de reacción en la legítima defensa no hace referencia a una proporcionalidad matemática, sino a la razonabilidad, lo que implicaría atender necesariamente a las particularidades del caso concreto.<sup>68</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago.<sup>69</sup> En relación con el tercero de estos requisitos, la provocación suficiente es aquella que hace explicable la reacción del otro, pero no la justifica; es decir, no llega a ser ella misma a su vez una agresión ilegítima.<sup>70</sup> Dentro de los supuestos que pueden volver problemática la aplicación de esta justificación podemos mencionar la riña mutuamente aceptada entre dos sujetos, donde ninguno de ellos podría invocar defensa legítima, así como también la imposibilidad de realizar acciones defensivas con el propósito de impedir un ataque futuro que se prevé, pero que todavía no comienza. Finalmente, resulta menester señalar que la falta del primer elemento de la legítima defensa, a saber, agresión ilegítima, no da lugar ni siquiera a la causal de eximente incompleta, tal como lo reconoce la propia jurisprudencia,<sup>71</sup> a diferencia de lo que sucede si falta alguno de los otros dos requisitos.

### 3.2. Causales de justificación: artículo 10 número 10 CP

Por otro lado, parece ser que el artículo 10 número 10 del Código Penal sería el contenedor óptimo para todos aquellos casos que no calzan en la redacción del legislador para las causales de justificación. Siendo tan vasto, cumple con el propósito de permitir incluir en él los supuestos de antijuridicidad material que no se condicen con la antijuridicidad formal. Respecto de esta causal de justificación, que Novoa llama conducta dentro de la ley, podemos afirmar que comprende al menos dos grupos de casos: (1) aquellos en que la ley exige una conducta determinada y (2) aquellos en que la ley permite determinadas conductas por encontrarse reconocidas expresamente como un derecho, o por encontrarse facultados quienes las despliegan por sus oficios o cargos.

<sup>68</sup> Corte Suprema, rol 6466-2005.

<sup>69</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, rol 864-2021.

<sup>70</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 277.

<sup>71</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1442-2006. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 7-2022.

De esta forma, entendemos que obraría en cumplimiento de un deber el sujeto que declara como testigo ante un tribunal competente y, si al llevar a cabo dicha labor los hechos revelados menoscaban el honor de otra persona, no incurre por ello en responsabilidad penal.<sup>72</sup> Respecto del segundo grupo de casos, la doctrina afirma que son necesarias dos condiciones para que esta causal opere, a saber, que exista un derecho que faculte expresamente para la realización de actos típicos, y que dicho derecho se ejerza de forma legítima, es decir, en la forma y bajo las circunstancias que la propia ley señala.

Un punto que se plantea como problemático con relación a esta causal atañe a la posibilidad de incluir dentro de esta eximente de responsabilidad penal a aquel sujeto que decide hacer justicia por su propia mano, al haber sido injustamente privado de lo que le pertenece o impedido del ejercicio de un derecho.<sup>73</sup> Sin embargo, la doctrina tradicional es conteste en admitir que la justicia de propia mano, por tratarse de una hipótesis que excedería los límites propios fijados para una defensa legítima, sería del todo contraria al ordenamiento jurídico chileno y los principios establecidos por este en cuanto a la proscripción de la autotutela extrajudicial. Es ampliamente sabido que la única hipótesis de autotutela reconocida expresamente por nuestra legislación es la legítima defensa, causal de justificación que ya fue mencionada con anterioridad.

#### 4. Propuesta de un método para la solución del problema

Como el caso expuesto al comienzo lo evidencia, ante la alternativa de analizar un caso bajo la regla del artículo 10 número 10 CP o según alguna regla de legítima defensa, la praxis suele inclinarse por esta última opción. Y esta tendencia tiene mucho sentido, pues si uno compara el tenor de ambas disposiciones, claramente las reglas de legítima defensa se encuentran dotadas de un nítido contenido *material*, cariz que no aparece en la primera regla citada. Metodológicamente, por ende, es recomendable partir el análisis del caso bajo la regla pertinente de legítima defensa. Como se ha visto, esta regla tiene la peculiaridad de que se encuentra construida sobre la base de una *interacción* entre autor y víc-

<sup>72</sup> NOVOA (2005), p. 372.

<sup>73</sup> NOVOA (2005), p. 376; ETCHEBERRY (1998), p. 245.

tima, en la que, paradójicamente, la agresión surge del campo de acción de esta última, al tiempo que aquel obra en defensa de sus derechos. En el caso de introducción, por ejemplo, la víctima fue el malabarista y el funcionario policial fue tratado como autor de un delito de homicidio, pero era este último quien había sido agredido por aquel. Más allá de la solución de fondo al problema, lo que interesa es el método para abordar un caso tan difícil como este. En este sentido, resulta por cierto necesario tener presente, en todo momento, la distinción de roles –autor y víctima–, mas dada la estructura eminentemente interactiva de la legítima defensa, el estándar de racionalidad al cual se encuentra sometido el ciudadano que aparece como autor tiene que aplicarse siempre en relación con la clase y entidad de la agresión con la cual este se hallaba confrontado en la situación crítica. La regla de legítima defensa hace expresa referencia a la necesidad racional del «*medio empleado*», pero este juicio de necesidad, a su vez, no puede emitirse en abstracto, sino únicamente en relación con la clase de medios usados a su turno por el agresor. De ahí que sea necesario escudriñar en el grado de peligro objetivo que provenía del campo de acción del agresor y, sobre todo, para qué bienes jurídicos y derechos del eventual autor. Tratándose de agentes estatales, estos se encuentran sometidos, por cierto, a un estándar de racionalidad mayor. No por ello pierden, huelga decirlo, sus derechos de defensa, pero estos tienen que ser ejercidos legítimamente en el sentido acuñado precisamente por la otra regla del artículo 10 número 10. Esto es, tienen que obrar en el cumplimiento de un deber, autoridad o cargo, lo que los obliga a observar un estándar de proporcionalidad al cual el ciudadano / ciudadana común y corriente no se encuentra sujeto. Lamentablemente, el legislador reciente ha hecho caso omiso de este constreñimiento, que se encuentra anclado en el origen mismo del Estado de Derecho.

## Capítulo 4

# Error de tipo o error de prohibición: a propósito del error acerca del presupuesto fáctico de una causa de justificación

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

El uso de la palabra *error* siempre ha sugerido, en la doctrina y en la jurisprudencia, algo así como una discrepancia entre la representación del sujeto activo y lo que sucede en el mundo externo. Es decir, la concurrencia de un error tiene un notorio cariz *subjetivo* y, por ende, ha de ventilarse, en un caso concreto, recién luego de constatar el *objeto* respecto del cual se presenta la mentada discrepancia. Si esta concurre respecto de circunstancias fácticas o propiedades normativas incluidas como elementos ya del tipo correspondiente de la parte especial, como, por ejemplo, la circunstancia de que allí hay una persona –artículo 391 CP– o de que esa cosa me es ajena –artículo 432 CP–, entonces tanto la doctrina como la jurisprudencia recurren a la categoría del *error de tipo*, desarrollada también en el marco de la tradición jurídica alemana. Nuestro CP, empero, y a diferencia de lo que sucede tanto en el CP alemán como en el español, no contempla ninguna disposición que regule expresamente tal hipótesis de error. El único precepto que se refiere a un caso análogo es la regla del artículo 1 inciso tercero CP, que, por lo demás, regula un supuesto en rigor diverso, más bien de discrepancia entre la *voluntad* del sujeto y el daño que ocurre en perjuicio de una «persona distinta de aquella a quien se *proponía* ofender». No obstante, el caso sencillo, en que el sujeto no abarca con su representación una circunstancia fáctica o una propiedad normativa relevante bajo el tipo correspondiente de la parte especial, como en los ejemplos mencionados, concierne ya a un requisito *subjetivo* de aplicación de la norma de sanción respectiva. Como ya se tuvo ocasión de ver *supra* –capítulo II–, por constreñimientos del principio de legalidad, *todo* tipo de la parte





especial, sea del propio CP, sea de la legislación especial y accesoria, presupone, para su configuración, la concurrencia de *dolo*. Y dolo, a su vez, supone al menos *conocimiento*, precisamente de dichas circunstancias fácticas o propiedades normativas relevantes bajo el tipo objetivo de la parte especial. De ahí que si, en el caso concreto, el sujeto ni siquiera sabe que allí hay una persona, porque, por ejemplo, cree erróneamente que se trata de un animal, o no sabe que la cosa que sustrae le es ajena, porque, por ejemplo, la tiene en comunidad, entonces obra bajo un error de tipo, que excluye ya el dolo exigido, respectivamente, por la norma de sanción del artículo 391 o la del artículo 446 CP.

Pues bien, si en tal caso es un hecho que el sujeto, a pesar del error, ha matado a otra persona o ha sustraído una cosa que le era ajena, entonces lo que sucedería sería que, en el mundo circundante, una persona ha perdido la vida a consecuencia de la acción de aquel, o se ha producido el desplazamiento de una cosa a su propia esfera de custodia, en contravención a las normas del derecho de bienes. En clave dogmática, se habría realizado el tipo *objetivo* del homicidio o del hurto, sin que se configure la faz subjetiva respectivamente exigida. Pues bien, en uno y otro caso correspondería preguntarse si el sujeto podría haber evitado o no la realización del tipo objetivo, por ejemplo, prestando mayor atención a lo que sucedía en el mundo externo, en el momento de desplegar su comportamiento. Si es el caso que, en la situación concreta, el sujeto pudo evitar la realización del tipo objetivo, nacería la responsabilidad a título de culpa o imprudencia, la negligencia. Sin embargo, la legislación vigente restringe el castigo a este otro título solo a los casos expresamente penados por la ley y a los «delitos contra las personas» incluidos en el Título VIII de la parte especial del CP. Por ende, en el primer ejemplo, el sujeto, si bien no respondería a título doloso, por la concurrencia del error de tipo, sí podría hacerlo a título culposo, mas no en el segundo. Esta hipótesis es denominada por la doctrina con la nomenclatura de error de tipo *vencible*.

Ahora bien, si resulta que, en el caso concreto, el sujeto, si bien no se ha equivocado en relación con las circunstancias fácticas o normativas relevantes del tipo correspondiente, pero sí ha incurrido en un error respecto de otra circunstancia que funge como requisito de configuración de una causa de justificación, por ejemplo, respecto a la agresión que supuestamente estaba sufriendo, cuando este no era el caso, entonces en tal supuesto tendría lugar una clase de error bien peculiar, que la doc-

trina designa con diversas etiquetas: error de tipo permisivo o legítima defensa putativa, o, simplemente y de un modo neutral, error acerca del presupuesto fáctico de una causa de justificación. Se trata de una constelación de error muy discutida en la doctrina y que ha recibido un tratamiento bastante disímil por parte de la jurisprudencia. Sin perjuicio del debate que este grupo de casos ha generado en nuestro medio, este error se caracteriza por una nota muy distintiva y peculiar que al menos permite ubicarlo en una posición *sui generis* al interior de la sistemática del concepto de delito. Tal nota radica en que el objeto respecto del cual el sujeto se equivoca consiste en una circunstancia fáctica relevante ya en el plano de la concordancia entre las esferas de derechos de autor y víctima, es decir, en el mismo plano material que subyace al tipo correspondiente de la parte especial.

En cambio, el objeto respecto del cual el sujeto yerra en un supuesto de *error de prohibición*, si bien pertenece también al mundo externo, se encuentra tejido de normas jurídicas, como el nombre de la categoría lo sugiere. Esto es, un caso sencillo de error de prohibición se caracteriza por la circunstancia de que el sujeto realiza, antijurídicamente, algún tipo delictivo de la parte especial, por ejemplo, alguna hipótesis no permitida de aborto, pero sin estar *consciente* de que el hecho realizado se encuentra prohibido por las normas del ordenamiento jurídico. El problema, nuevamente, radica en que tampoco existe alguna regla de la parte general que regule tal clase de error; al contrario, existe una regla que impide cualquier excusa fundada en la ignorancia de la ley (artículo 8 del CC). De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia han desplegado una serie de esfuerzos interpretativos con el fin de *construir* una regla de error de prohibición, al menos para efectos penales.

## 2. Caso paradigmático

Ilustraremos este punto de la discusión ofreciendo un resumen del caso conocido como «Comercial Antivero».

### 2.1. *Error de prohibición: síntesis del caso «Comercial Antivero»*<sup>74</sup>

A fines del año 2001, un sujeto encarga a la empresa «Comercial Antivero» la venta de su automóvil, el cual es efectivamente vendido en

<sup>74</sup> Síntesis caso Corte Suprema, rol 1739-03.

enero del año 2002 a un precio de \$2.000.000, precio que a su turno fue pagado mediante un cheque; sin embargo, dicho medio de pago es cambiado con posterioridad por dinero en efectivo. Luego de haberse realizado la compraventa del bien, este no pudo ser inscrito a nombre del comprador. El sujeto tomó conocimiento de la celebración de la compraventa, reclamando de «Comercial Antivero» el pago del precio, que se realizaría mediante un cheque, el cual quedó afecto a una orden de no pago, por motivos que no se logran esclarecer. Frente a lo anterior, el sujeto exige la devolución del vehículo, como consecuencia del no pago del precio acordado. Este señala, en su declaración contenida en la sentencia de la Corte de Apelaciones, que no niega haber recibido el cheque de parte de «Comercial Antivero»; sin embargo, indica que un empleado de la misma empresa concurrió a su domicilio con «intenciones de estafarlo», argumentando que, si la contraparte recibió el dinero del tercero comprador, no se justifica que se le haya entregado un cheque y que lo que correspondía era la entrega del dinero en efectivo. De un modo tampoco esclarecido, el sujeto toma conocimiento de la ubicación del automóvil en cuestión y, a comienzos de abril del año 2002, sustrae el vehículo que se encontraba estacionado en la vía pública frente al domicilio del comprador, usando una copia de la llave que había conservado, bajo la convicción de que su conducta consistía en el ejercicio lícito de un derecho.

Uno de los problemas más importantes que presenta el caso «Comercial Antivero» dice relación con la conciencia de la antijuridicidad y, en particular, con el error de prohibición. Para la constitución de un delito es necesaria una conducta típica, antijurídica y culpable. La culpabilidad, a su vez, supone que el sujeto conozca el carácter antijurídico de su conducta, conforme a la clásica fórmula de Mezger, es decir, según una valoración paralela en la esfera del profano y no estrictamente jurídica. Este conocimiento no concurre en los supuestos de error de prohibición. La Corte Suprema sostiene que la conducta del sujeto fue realizada sin conciencia de la antijuridicidad y, por lo tanto, se trataría de una hipótesis de error de prohibición. Mas luego afirma que este error es uno que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación y, específicamente, en relación con los requisitos del artículo 10 número 10 CP, toda vez que el sujeto creía que «el ordenamiento lo facultaba para obtener la solución de la deuda sustrayendo el vehículo de quien detenía su posesión, al obrar así, pensaba ejercitar legítimamente un dere-

cho y, en consecuencia, se creía cubierto por la causal de justificación a que se refiere el artículo 10 número 10 del Código Penal». La sentencia de la Corte, por lo tanto, demuestra que en lo que se refiere a la conciencia de antijuridicidad y el error de prohibición y, en particular, al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, sigue los postulados de la teoría de la culpabilidad.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

La culpabilidad también constituye una valoración, aunque, a diferencia de la tipicidad y de la antijuridicidad, no se radica en el hecho, que se considera contrario al orden jurídico, sino que se refiere a la persona del sujeto y tiene por objeto hacerla responsable de aquel hecho.<sup>75</sup> La atribución de culpabilidad requiere que se satisfagan los siguientes elementos: la imputabilidad del sujeto, el conocimiento por parte de este de la ilicitud (o de la antijuridicidad) de lo obrado y la exigibilidad de otra conducta. La conciencia de la ilicitud es un componente indispensable de la voluntariedad exigida por el artículo 1 y, por tanto, su concurrencia o no en el hecho requiere ser probada. Quien actúa sin conciencia de la ilicitud se encuentra en un error que excluye la culpabilidad o «error de prohibición».<sup>76</sup> Existen situaciones en las que el sujeto, al momento del hecho, se encontraba obnubilado por un error, que a su vez puede versar sobre distintas cuestiones y que, en un principio, resulta incompatible con la conciencia de la ilicitud. Quien en virtud de un error desconoce que aquello que está haciendo es ilícito no puede motivarse a evitar lo que está haciendo y ajustar su comportamiento de acuerdo con lo requerido o prohibido por la norma. Estos son casos en donde el sujeto sabe perfectamente que, por ejemplo, está realizando una acción peligrosa para la vida de otro, pero cree que esa acción se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico. Por ende, existe un «error de prohibición» cuando el sujeto sabe lo que hace, pero no puede motivarse a adaptar su conducta a los requerimientos del orden jurídico porque, en la situación concreta, carece de los elementos para comprender adecuadamente el significado antijurídico del hecho.<sup>77</sup> El CP chile-

<sup>75</sup> Cfr. MEDINA (2004), pp. 282 y ss.

<sup>76</sup> MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 205.

<sup>77</sup> MEDINA (2004), pp. 305 y 306.

no lo consagra de manera explícita; sin embargo, es posible realizar su construcción a partir de diversas disposiciones del texto legal, tales como el artículo 1 y, en particular, su inciso segundo.<sup>78-79</sup> En el pasado, se solía utilizar las etiquetas de «error de hecho» y «error de derecho»; sin embargo, estas quedaron obsoletas, pues no lograban ser suficientemente explicativas de todos los grupos de casos que pretendían abarcar, en particular, los casos de error de tipo y su conexión con el error sobre los elementos normativos del tipo.<sup>80</sup>

Son dos las principales constelaciones de casos de error de prohibición, a saber:

- Error sobre la existencia de la prohibición (directo): el sujeto cree que actúa conforme a derecho pues desconoce de la existencia de una norma jurídica, o bien, conociendo de su existencia y sobre la base de una interpretación errada, la considera inválida o no aplicable a su caso, razón por la que pasa por alto la significación antijurídica de su conducta.<sup>81</sup>
- Error sobre los límites de una causal de justificación: también denominado error de prohibición indirecto, que es aquel en donde el sujeto, al momento de actuar, conoce el carácter de prohibido de lo que se encuentra *ad portas* de realizar; sin embargo, cree equivocadamente que está amparado por una causal de justificación, pero no concurren los requisitos.

El error sobre la ilicitud –que excluye la conciencia de la ilicitud– debe ser distinguido respecto de aquel error que es excluyente del dolo. Este último es aquel que se conoce como error sobre las circunstancias del hecho o «error de tipo». Según la doctrina más reciente, para estar frente a un error que tenga aparejada la exclusión de una imputación a título de dolo, no es necesario que el error consista en un desconocimiento de las circunstancias fácticas que le confieren relevancia típica, sino que también comprende aquellas situaciones en donde el agente supone que se dan las circunstancias que permitirían que el comportamiento quedara cubierto por una causa de justificación. Un error sobre las circunstancias del hecho que volverían aplicable una causa de justificación –llamado

<sup>78</sup> Cfr. NOVOA (2005), p. 554.

<sup>79</sup> Para profundizar: ETCHEBERRY (1998), p. 331.

<sup>80</sup> Para profundizar: MATUS y RAMÍREZ (2021) p. 406 y ss.

<sup>81</sup> NÁQUIRA (2015), p. 567.

«error de tipo permisivo»– tiene el efecto de excluir la imputación a título de dolo, mientras que un error sobre la ilicitud que verse sobre una causa de justificación excluye la conciencia sobre la ilicitud y, por tanto, sólo la culpabilidad del sujeto. Este último contempla tanto aquellos casos en donde el sujeto cree que las circunstancias caen dentro de los límites de una causa de justificación existente como aquellos en donde el sujeto se imagina la existencia de una causa de justificación.

La doctrina y la legislación contemporáneas que han reconocido esta clase de error distinguen entre aquel error de prohibición de carácter invencible y aquel que es vencible. Error de prohibición inevitable o invencible es aquel en que incurre el autor por carecer, en la situación en que se encontraba, de la posibilidad real para conocer la significación antijurídica de su actuar, a pesar de haberse esforzado para conocer el alcance de la norma.<sup>82</sup> Este error se caracteriza por no haber podido ser evitado por el agente aun empleando toda la diligencia que le era exigible. Por otra parte, el error de prohibición evitable o vencible es aquel en que el sujeto pudo evitarlo, en la situación concreta, ya que disponía de la capacidad real para conocer la significación antijurídica de su actuar, si se hubiere esforzado en este sentido.<sup>83</sup> Este comprende a aquel error que podía haberse evitado empleando la diligencia que era posible exigir. La doctrina concuerda en que sólo el primero exime totalmente de responsabilidad penal, pues permite descartar la culpabilidad por el hecho doloso o culposo, según el caso; pero respecto del segundo, en cambio, se admite que sólo autoriza una disminución significativa del juicio de reproche, mas el sujeto responde a título doloso o culposo, según el caso. Ahora bien, el reconocimiento del efecto excluyente del error de prohibición inevitable o excusable ha sido recientemente acogido por la jurisprudencia nacional.<sup>84</sup>

#### 4. Propuesta de un método de solución para el problema

En ausencia todavía de reglas de la parte general que reconozcan las diversas constelaciones de error, y dado que tampoco es posible aún re-

<sup>82</sup> Cfr. NÁQUIRA (2015), p. 569.

<sup>83</sup> NÁQUIRA (2015), p. 569.

<sup>84</sup> En esta línea, sentencia de la Corte Suprema, rol 830-2017, «caso del alcalde de Salamanca».

conocer un consenso generalizado en torno a ellas, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, metodológicamente lo más recomendable es proceder al análisis de estos grupos de casos en tres niveles sucesivos. En un primer nivel de análisis, es necesario preguntarse si el error en el que incurre el sujeto, en el caso concreto, ya atañe a alguna circunstancia relevante a la luz del tipo correspondiente de la parte especial y, por ende, a ventilar en sede de tipicidad. Retomando el ejemplo del caso reseñado al principio –«Comercial Antivero»–, como en este la transacción aún no se había inscrito en el Registro correspondiente, no puede descartarse *a priori* que el sujeto hubiese creído que aún conservaba la propiedad sobre el vehículo. Es decir, habría que descartar antes la posible configuración de un error de tipo. En un segundo nivel de análisis, que se vuelve crítico en los supuestos todavía discutidos del «error de tipo permisivo» o sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, es conveniente tematizar esta constelación de casos ya en el plano del «injusto típico», por su parecido de familia con el error de tipo. De hecho, la propia Corte Suprema usó esta etiqueta en el caso «Comercial Antivero», en tanto partió de la premisa que el sujeto se había equivocado respecto del presupuesto de aplicación del artículo 10 número 10 CP al creerse habilitado para «recuperar» el vehículo «de propia mano», a pesar de la calificación del caso como un error de prohibición, nomenclatura que se explica por la orientación hacia la teoría de la culpabilidad en el punto. Recién en un tercer nivel de análisis ha de procederse a ventilar el error de prohibición propiamente tal, esto es, los casos en los cuales la persona del sujeto se equivoca acerca de la existencia de una norma jurídica, sea porque cree que esta le autoriza a emprender la acción, cuando lo contrario es lo que rige, sea porque derechamente no sabe que el ordenamiento jurídico le prohíbe desplegar la acción, hipótesis que es más bien residual en la práctica. Si en el caso de introducción el motivo que impulsó al sujeto a la sustracción del vehículo, que antes le había pertenecido, fue solamente la condición de acreedor impago, entonces no habría razones más que para concederle un error de prohibición en la forma de un *error de permisión*, en todo caso, vencible.

## Capítulo 5

# Imputabilidad y eximentes de responsabilidad penal: en particular, las reglas de inexigibilidad de otra conducta

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

A diferencia de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho civil, la pena estatal, por definición, se aplica a la *persona* del ciudadano o ciudadana, y no agota jamás su relevancia a un plano meramente patrimonial. La clase de responsabilidad jurídica que se hace efectiva mediante la aplicación de penas –en particular, de la pena privativa de libertad– se encuentra caracterizada por una fuerte dimensión *personal*, a tal punto que, históricamente, el derecho penal se ha encontrado sometido, además de la exigencia de legalidad, al principio de que no hay delito ni pena sin «culpa», entendida esta última en el sentido amplio de *culpabilidad*. Dicho de otra manera, ya que esta rama del derecho se traduce en la imposición y ejecución de una sanción en la *persona* misma del condenado o condenada, entonces resulta casi necesario que esta se vea reflejada como tal entre los elementos que fundan y explican la responsabilidad penal. Nuevamente, en contraste con el derecho civil e incluso con el derecho administrativo sancionador, la aplicación de las normas de sanción penal presupone que el sujeto del condenado responde *personalmente* por el hecho constitutivo de delito y que se encuentra descrito como tal por la ley. Sistemáticamente, el lugar previsto, al interior del concepto de delito, para canalizar consideraciones relativas a la persona del sujeto activo ha sido siempre la sede o elemento de la *culpabilidad*. Su verificación supone, en un caso concreto, que concurre lo que la doctrina denomina un «injusto típico» –*vid. supra* capítulo III–, esto es, que el hecho realizado satisfaga todos los elementos de algún tipo de la parte especial y que, al mismo tiempo, no se encuentre amparado por ninguna causa de justificación. Lo anterior, porque la voz



«culpabilidad» no se usa en un sentido genérico, sino en uno específicamente referido al injusto cometido por una persona en un caso *concreto*, de modo que, por ejemplo, la culpabilidad por un homicidio simple es distinta de aquella por un homicidio calificado, y otro tanto sucede con la culpabilidad por lesiones graves o menos graves, por un hurto o un robo, etc.

Obviamente, el legislador originario no pudo menos que contemplar esta clase de consideraciones de orden netamente personal en el CP, aunque sin usar la expresión «culpabilidad». Este espacio de consideraciones se vio recogido, bajo las eximentes de responsabilidad criminal, en el artículo 10 número 1 y en la segunda parte del numeral 9 de la misma disposición. Leídos con los anteojos de la doctrina posterior, la primera regla citada se refiere, junto al numeral 2, a la inimputabilidad del sujeto, mientras que la segunda alude a un estado emocional o psicológico de «miedo insuperable», en el sentido de que se tornaría inexigible, para el sujeto concreto, obrar de una manera distinta. A esta segunda regla se suma el actual artículo 10 número 11, introducido en el año 2010 por la Ley 20.480, en el entendido de que aquella se refiere a una hipótesis de estado de necesidad *exculpante*.

Respecto del artículo 10 número 1 CP, la nomenclatura usada en doctrina y jurisprudencia es uniforme en orden a hablar de *inimputabilidad*, permanente o situacional. En cuanto a las reglas del artículo 10 número 9 y número 11 CP, el lenguaje actualmente usado se divide entre una parte que se refiere a la categoría moderna de la *inexigibilidad* de otra conducta y otra que simplemente habla de *exculpación*. El uso dispar del lenguaje, empero, se explica por la diversidad de las hipótesis comprendidas por unas y otras reglas, aun cuando compartan la ubicación en la sede eminentemente personal, como lo es la culpabilidad. En efecto, cualquier regla de inimputabilidad siempre concierne a las capacidades *cognitivas* y *volitivas* del agente para comprender lo ilícito del hecho concretamente realizado por él o ella. En cambio, en una hipótesis de coacción ejercida por un tercero o ante una situación de necesidad extrema, en los términos del estado de necesidad, e incluso en un caso de «miedo insuperable», al menos las capacidades cognitivas y volitivas del sujeto permanecen intactas, y también su capacidad de comprender que está realizando un hecho ilícito, en el sentido de que obra con plena consciencia del carácter antijurídico de este. Pero la *motivación* del sujeto para emprender el comportamiento ilícito se encuentra de

tal manera alterada por la coacción o la emoción propia del miedo, o por las circunstancias concomitantes extremas que caracterizan al estado de necesidad, que el derecho no se encuentra en condiciones de exigirle que obre de otra manera, al menos no para los efectos de fundar responsabilidad penal en el «poder en lugar de ello», como reza la antigua fórmula que subyace a la idea de culpabilidad como libertad de la voluntad. A estas notas peculiares se suma la circunstancia de que, en estos supuestos, el sujeto se ve compelido, por la coacción o el miedo, o por las circunstancias concomitantes del estado de necesidad, a realizar antijurídicamente un hecho en perjuicio de los derechos de un tercero, que en principio nada tiene que ver con el conflicto netamente personal que concierne a aquel. De ahí también que la doctrina se resista incluso a hablar aquí de exclusión de la culpabilidad *stricto sensu*, y se satisfaga con la expresión de la «mera exculpación».

Ahora bien, para efectos prácticos, la concurrencia de todos los requisitos de cualquiera de las eximentes mencionadas implica la exclusión de la pena, es decir, la impunidad. Si, en cambio, en el caso concreto se verifica la concurrencia de uno de los requisitos de cada regla –por ejemplo, el estado de miedo o la situación de extrema necesidad–, pero faltan uno o más para la configuración de la eximente respectiva –por ejemplo, se trata de miedo el sufrido por el agente, pero no insuperable–, en tal caso procede la aplicación de la regla de eximente incompleta del artículo 73 CP, es decir, hay responsabilidad, pero con una significativa rebaja de la pena.

## 2. Caso paradigmático

Para ilustrar este punto hemos seleccionado la situación ventilada en el caso conocido como del «camionero».

### 2.1. *Inexigibilidad de otra conducta: síntesis del caso «camionero»*

El caso de Karina S. es uno de los más emblemáticos en Chile respecto a la violencia de género y su tratamiento en el sistema de justicia penal. Karina fue juzgada por el homicidio de su pareja, Claudio R., en octubre de 2011, luego de casi dos décadas de agresiones físicas, psicológicas y sexuales. Claudio R., según el testimonio de Karina y las pruebas presentadas, ejercía un control absoluto y constante, sometiéndola a una violencia que no solo dejó marcas físicas –más de 64

cicatrices en su cuerpo– sino también un profundo daño emocional y psicológico.

En el proceso inicial, Karina fue juzgada en el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, donde su defensa argumentó que actuó bajo un “estado de necesidad exculpante”. Este concepto, regulado en el artículo 10 del Código Penal chileno, establece que no es punible quien actúa para evitar un mal grave e inminente para sí mismo o para un tercero, siempre que no exista un deber jurídico de soportarlo. En este caso, la defensa argumentó que Karina actuó movida por la desesperación y el temor fundado de que su vida y la de sus hijos corrían peligro inminente, dadas las reiteradas amenazas de su pareja y la constante violencia ejercida sobre ella.

En enero de 2013, el tribunal la absolvió, considerando que su acción se encontraba justificada dentro de este contexto de violencia extrema. Este fallo fue un precedente importante, pues significaba el reconocimiento judicial de que una víctima de violencia intrafamiliar prolongada puede actuar en defensa propia, incluso en circunstancias en las que el agresor no está ejerciendo una agresión inmediata, como fue el caso en que Claudio dormía al momento del disparo. Sin embargo, este fallo inicial fue apelado por la Fiscalía, que cuestionó la aplicación de la eximente y argumentó que el homicidio de Claudio R. debía ser analizado con un criterio de culpabilidad y proporcionalidad en la respuesta de Karina.

La apelación interpuesta por la Fiscalía llegó a la Corte de Apelaciones de San Miguel, que en marzo de 2013 anuló el fallo del tribunal oral y ordenó un nuevo juicio. Este paso marcó una controversia jurídica en torno a los límites de la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante en casos de violencia de género. La Corte consideró que debía realizarse un análisis exhaustivo sobre si la respuesta de Karina se encontraba dentro de los márgenes permitidos por el derecho penal chileno, particularmente en cuanto a la proporcionalidad de la acción de quitarle la vida a su pareja mientras este dormía.

En junio de 2013, se llevó a cabo el segundo juicio en el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, donde nuevamente la defensa argumentó la situación de extrema necesidad y peligro en la que se encontraba Karina. Durante este proceso, se presentó un análisis más detallado de la violencia a la que había sido sometida, incluyendo testimonios de familiares, amigos y peritos psicológicos que describieron los efectos devastadores

de 18 años de maltrato. Se explicó que la acción de Karina no surgió de un impulso inmediato, sino de una situación sostenida de abuso y amenazas que la llevó a ver el homicidio como su única alternativa para escapar del círculo de violencia.

El tribunal, de forma unánime, absolvió a Karina nuevamente, ratificando la aplicación del estado de necesidad exculpante. En su fallo, el tribunal destacó que, aunque Claudio R. no estaba en ese preciso instante ejerciendo violencia física, el peligro que representaba era constante y absoluto, un “peligro permanente” en la vida de Karina y sus hijos. Este criterio jurídico fue fundamental para la absolución, ya que la eximente tradicionalmente aplicada en casos de legítima defensa exige que el peligro sea inminente. En este caso, el tribunal amplió la interpretación de inminencia, considerando que la violencia sostenida y la amenaza constante eran elementos suficientes para justificar la respuesta de Karina.

Este caso fue el primero en Chile en el que se aplicó la eximente de “estado de necesidad exculpante” bajo la Ley de Femicidio, que había sido promulgada en 2010. La Ley de Femicidio reconoce la especificidad de la violencia de género, incluyendo el contexto de las relaciones de pareja y las dinámicas de abuso que muchas veces resultan invisibilizadas en la jurisprudencia. La sentencia de absolución de Karina S. marcó un hito, pues sentó un precedente en el sistema judicial chileno sobre cómo la violencia intrafamiliar prolongada y el riesgo constante pueden constituir un contexto exculpante cuando una víctima se ve obligada a actuar contra su agresor.

El caso de Karina S. abrió la puerta a un análisis más profundo sobre los límites de la legítima defensa y el rol del sistema de justicia frente a situaciones de violencia doméstica extrema. A nivel jurídico, este caso ha sido estudiado como ejemplo de interpretación progresiva de las normas penales, ya que reconoció que el estado de necesidad puede aplicar en un contexto de violencia intrafamiliar prolongada, donde el concepto de “inminencia” debe interpretarse considerando el contexto y la realidad de la víctima<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Síntesis caso Ministerio Público c/ Karina S., Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, RIT Ordinaria 166-2012; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 133-2013.

Como ya se ha anotado, la doctrina y la jurisprudencia, mayoritariamente, han partido de la base de que, para la categoría de la culpabilidad, son necesarios tres requisitos: imputabilidad, conocimiento de antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta. Respecto de esta última, se establece que para la configuración del delito es necesario que el sujeto activo lo haya realizado en circunstancias concomitantes normales, conforme a un baremo de sujeto medio en la sociedad. Esto quiere decir que es una conducta exigible conforme a derecho aquella que un sujeto promedio, en las mismas circunstancias del autor, haya podido llevar a cabo. *A contrario sensu*, se excluye la exigibilidad de otra conducta y se actúa bajo una regla de inexigibilidad en aquellos casos en que la realización del delito se vea permeada o aparezca en razón de una circunstancia concomitante anormal. Esto quiere decir lo siguiente: si bien el sujeto tiene las aptitudes intelectuales y volitivas para realizar una conducta conforme a derecho y, además, entiende el carácter antijurídico de la suya, no puede realizar esta conducta lícita a causa de un contexto que lo inhabilita para el cumplimiento de la norma de conducta.

En el ordenamiento jurídico chileno, los supuestos en que una conducta se torna inexigible han sido tradicionalmente subsumibles en las hipótesis del artículo 10 número 9 y, ahora, número 11 CP. En otras palabras, estos dos artículos incluirían auténticos supuestos de inexigibilidad de otra conducta. Mientras que el artículo 10 número 9 se refiere a la fuerza irresistible o miedo insuperable, el artículo 10 número 11 incluye el supuesto de estado de necesidad exculpante.

En el presente caso, la Corte establece que, si bien Karina S. llevó a cabo una conducta ilícita y actuó con conocimiento de la misma, no le era exigible un comportamiento conforme a derecho, dado que se encontraba en una situación de estado de necesidad exculpante conforme al artículo 10 número 11 del Código Penal chileno. Durante casi dos décadas, Karina fue sometida a constantes y graves agresiones físicas, psicológicas y sexuales por parte de su pareja, Claudio R., quien ejercía sobre ella un control absoluto y amenazaba su integridad física y psicológica. El acto de Karina, que resultó en la muerte de su agresor mientras este dormía, se produjo en un contexto de extrema violencia y desesperación.

El tribunal, en este caso, consideró que la situación de Karina constituía un mal futuro grave y permanente, debido a que las amenazas y la violencia de su pareja generaban un peligro continuo para su vida y la



de sus hijos. Al amparo del estado de necesidad exculpante, el tribunal entendió que, aunque su conducta era ilícita, se encontraba justificada bajo las condiciones extremas de amenaza y sometimiento que la llevaron a considerar su acto como la única vía para protegerse.

El estado de necesidad exculpante, introducido en 2011 en el artículo 10 número 11 del Código Penal, permite justificar conductas que, aunque ilícitas, se realizan bajo una situación en la que la inexigibilidad de una respuesta distinta se hace evidente. Este marco jurídico fue esencial para que la Corte entendiera que Karina actuó ante un mal que no solo era futuro, sino inevitable, dado que las agresiones y amenazas de su pareja eran sistemáticas, recurrentes y de una intensidad que la justicia reconoció como un factor que excedía las posibilidades de resistencia de una persona en su situación.

La decisión judicial en el caso de Karina S. refleja una aplicación progresiva y sensible del derecho penal, considerando el contexto de violencia de género en el que ella se encontraba y la ausencia de otras alternativas de protección efectiva. Con este fallo, se reconoció que el estado de necesidad exculpante no exige la inmediatez estricta del peligro, sino que permite considerar la constante amenaza y el sometimiento prolongado como elementos suficientes para justificar la conducta bajo el artículo 10 número 11 del Código Penal.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

La culpabilidad, como elemento de la teoría del delito, implica un juicio de reproche<sup>86</sup> personal individualizador; se basa en atribuir a un sujeto una conducta típica y antijurídica, bajo la premisa de que podría haber actuado conforme a las normas, pero optó por no hacerlo.<sup>87</sup> Constituye el último elemento necesario para configurar el delito; por ende, no procede imponer una pena sin culpabilidad.<sup>88</sup> Al respecto, se considera que el principio de culpabilidad está consagrado a nivel cons-

<sup>86</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 377, consideran que no se trata de «reprochar a una persona por lo que hizo o dejó de hacer, sino, simplemente de declarar su responsabilidad por el hecho, sin hacer ningún juicio moral sobre la conducta del agente».

<sup>87</sup> CURY (2020), p. 566; VARGAS (2011), pp. 161 y 162; GARRIDO (2005), pp. 253 y 254; NÁQUIRA (2015), p. 467; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 97; VAN WEEZEL (2023), p. 386; MEDINA (2004), p. 283.

<sup>88</sup> CURY (2020), pp. 571-574; VARGAS (2011), p. 162; GARRIDO (2005), p. 253.

titucional, ya sea a través de la interpretación del concepto de dignidad humana del artículo primero,<sup>89</sup> o del artículo 19 número 3 inciso séptimo, del que se desprende que la culpabilidad no se puede presumir de derecho, ya que esta sería uno de los presupuestos de la responsabilidad penal.<sup>90</sup> No obstante, sólo la imposición de la pena requiere como presupuesto este juicio de reprochabilidad personal; las medidas de seguridad y corrección pueden ser decretadas contra aquellos sujetos que han cometido una conducta típica y antijurídica, pero no culpable.<sup>91</sup>

Los elementos constitutivos de la culpabilidad como categoría del delito son<sup>92</sup> la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud y la posibilidad concreta de autodeterminarse conforme a las exigencias del derecho.<sup>93</sup> Algunos autores, como Matus y Ramírez,<sup>94</sup> consideran que, además, el dolo y la culpa integran la culpabilidad.

Cuando se excluye alguno de estos elementos, no hay culpabilidad y, por lo tanto, no se configura el delito. Son causales de exclusión la inimputabilidad, el error de prohibición y las causales de inexigibilidad de otra conducta. La culpabilidad es en esencia graduable,<sup>95</sup> por lo que las causas que la excluyen también lo son; en este sentido, si nos encontramos ante una causal incompleta, no se excluye la culpabilidad, pero sí se puede atenuar el reproche, con base en el artículo 11 número 1 en relación con el artículo 73.<sup>96</sup>

### 3.1. Imputabilidad

Se define la imputabilidad como la capacidad de comprender lo injusto de un hecho y de poder autodeterminarse conforme a esa comprensión, es decir, es la capacidad personal de ser objeto de un juicio de

<sup>89</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 384.

<sup>90</sup> CURY (2020), p. 573; NÁQUIRA (2015), p. 469; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 378.

<sup>91</sup> CURY (2020), p. 574; VAN WEEZEL (2023), p. 385.

<sup>92</sup> Cabe mencionar que un sector de la doctrina nacional adhiere a la idea de que la culpabilidad es un juicio de reproche en el que se le atribuye subjetivamente el resultado a la acción de un sujeto; en ese sentido, al ser la culpabilidad un juicio subjetivo, tendría dentro de sus componentes el dolo e imprudencia. Así se pronuncian POLITOFF (1997), pp. 311 y 312; NOVOA (2005), pp. 403-405; VAN WEEZEL (2023), p. 415; ETCHEBERRY (1998), p. 270.

<sup>93</sup> CURY (2020), pp. 596 y 597; GARRIDO (2005), p. 270; NÁQUIRA (2015), p. 272; VAN WEEZEL (2023), p. 390.

<sup>94</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021) p. 377.

<sup>95</sup> CURY (2020), pp. 604-606.

<sup>96</sup> GARRIDO (2005), p. 318, supra nota 35.

reproche por la conducta antijurídica, en breve, la capacidad de culpabilidad.<sup>97</sup> Es presupuesto de la imputabilidad cierto estado de normalidad y suficiencia de las facultades intelectuales y volitivas del sujeto; por lo tanto, si estas se encuentran alteradas o no han alcanzado cierto nivel de desarrollo, la imputabilidad se ve excluida.<sup>98</sup> La regla general es que todos son imputables y solo son inimputables aquellas personas que obran en los casos específicamente determinados por ley.<sup>99</sup>

### 3.2. *Inimputabilidad*

La capacidad es la regla general, supone que las facultades intelectuales y volitivas son normales y están desarrolladas; en caso contrario, nos encontramos ante incapacidad jurídico-penal. Los casos de inimputabilidad están expresamente determinados por ley<sup>100</sup> y, para excluir la responsabilidad, es preciso que concurren en el momento de ejecutarse la acción típica.<sup>101</sup>

#### A) LA «LOCURA O DEMENCIA»

En virtud de lo dispuesto en el artículo 10 número 1 primera parte CP, está exento de responsabilidad criminal el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido. Actualmente, las expresiones «loco» o «demente» no tienen un sentido técnico preciso desde la psiquiatría; no obstante, el empleo de estas expresiones permite una interpretación teleológica, con base en su sentido natural y obvio.<sup>102</sup> La interpretación de estos conceptos debe efectuarse con relación a la «privación total de razón» contemplada en el artículo 10 número 1 segunda parte. Así, la lo-

<sup>97</sup> CURY (2020), p. 607; VARGAS (2011), p. 168; GARRIDO (2005), p. 271; NÁQUIRA (2015), p. 501; NOVOA (2005), pp. 423 y 424; POLITOFF (1997), p. 395; MEDINA (2004), p. 290; ETCHEBERRY (1998), p. 278.

<sup>98</sup> CURY (2020), p. 608; VARGAS (2011), p. 168; GARRIDO (2005), p. 272; NÁQUIRA (2015), p. 501; POLITOFF (1997), p. 393.

<sup>99</sup> CURY (2020), p. 609; VARGAS (2011), p. 168; GARRIDO (2005), pp. 272 y 273; NÁQUIRA (2015), pp. 502-508; NOVOA (2005), p. 425; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 97; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 381 y 382.

<sup>100</sup> VARGAS (2011), p. 169; GARRIDO (2005), pp. 279 y 280; VAN WEEZEL (2023), p. 391.

<sup>101</sup> CURY (2020), p. 611; NOVOA (2005), p. 427.

<sup>102</sup> CURY (2020), p. 617; VARGAS (2011), p. 169; GARRIDO (2005), p. 281; NÁQUIRA (2015), p. 516; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 104; ETCHEBERRY (1998), p. 280.



cura o demencia son consideradas como estados patológicos de carácter durable<sup>103</sup> que, en su sentido normativo, se entienden como una amplia alteración de las facultades intelectuales y volitivas de una persona.<sup>104</sup> Lo que diferencia ambos supuestos<sup>105</sup> del artículo 10 número 1 (locura o demencia y privación total de razón) sería el carácter permanente o transitorio de esta alteración.<sup>106</sup>

Existe discusión respecto del intervalo lúcido. Parte de la doctrina niega su existencia con base en los avances de la ciencia moderna, considerando que la enfermedad mental tiene una estructura compleja, en la que la conducta total del enfermo es producto de su anomalía.<sup>107</sup> La postura contraria expresa que, si el individuo está en condiciones de ejecutar sus actos como un sujeto normal, debe tenerse por capaz de responsabilidad penal.<sup>108</sup> En cuanto a la imputabilidad disminuida,<sup>109</sup> si los trastornos son parciales, no excluyen la imputabilidad y puede

---

<sup>103</sup> No obstante la falta de definición, la doctrina ha entendido que las expresiones «loco o demente» hacen referencia a «desórdenes mentales» (FERNÁNDEZ [2021]), situaciones de enajenación mental (GARRIDO [2005], ETCHEBERRY [1998]) o de enfermedad mental (CURY [2020], MEDINA [2004]) que comprenderían hipótesis de paranoia, esquizofrenia, locura maniaco-depresiva y oligofrenia.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ (2021), p. 296, plantea una interpretación distinta: sostiene que «la privación de razón que el inimputable experimenta es la capacidad de razonar prácticamente, es decir, la capacidad de establecer planes para el futuro».

<sup>105</sup> CURY (2020), p. 617; VARGAS (2011), p. 169; GARRIDO (2005), p. 282; NÁQUIRA (2015), p. 519; NOVOA (2005), pp. 429 y 430.

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ (2021), pp. 298-300, se muestra contrario a la distinción entre trastorno mental transitorio y permanente como base para diferenciar entre las hipótesis del artículo 10 número 1. Prefiere referirse a un estado versus una condición mental. Dentro de estado mental se enmarcaría la hipótesis del artículo 10 número 1 primera parte; el sujeto no es reconocido en general en sus interacciones con otros como agente en toda su expresión. Por otro lado, en la condición, que se enmarcaría en la hipótesis de pérdida total de razón del artículo 10 número 1 segunda parte, el sujeto, a pesar de tener un desorden mental, es comprendido en general como agente.

<sup>107</sup> CURY (2020), p. 621; VARGAS (2011), p. 170; POLITOFF (1997), p. 417; MEDINA (2004), p. 303; ETCHEBERRY (1998), p. 282.

<sup>108</sup> NÁQUIRA (2015), pp. 521 y 522; NOVOA (2005), p. 438; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 104; VAN WEEZEL (2023), p. 396; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 387.

<sup>109</sup> Algunos autores sostienen que esta concepción es errónea, ya que la imputabilidad como tal es un estado personal que no admite graduaciones; por lo tanto, lo que se denomina imputabilidad disminuida es más bien una circunstancia de exigibilidad disminuida por la anormalidad de las circunstancias personales concomitantes. En ese sentido se pronuncian CURY (2020), pp. 626 y 627, y POLITOFF (1997), p. 415.

afirmarse la responsabilidad penal si se dan los demás elementos de la culpabilidad, aunque disminuida, apoyándose en el artículo 11 número 1 CP en relación con el 10 número 1 primera parte.<sup>110</sup> Por otra parte, las medidas de seguridad aplicables al loco o demente se encuentran reguladas en los artículos 455 y ss. del Código Procesal Penal.<sup>111</sup>

*B) LA PRIVACIÓN TOTAL DE RAZÓN (ARTÍCULO 10 NÚMERO 1 SEGUNDA PARTE)*

Según lo preceptuado en el artículo 10 número 1 segunda parte, está exento de responsabilidad penal el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. Esta regla se refiere a una incapacidad temporal para comprender lo injusto del actuar y autodeterminarse conforme a esa comprensión, debido a una causa exógena o endógena. Es preciso que su origen sea independiente de la voluntad del sujeto;<sup>112</sup> por lo tanto, si la situación de inimputabilidad se debe a la voluntad de aquel, *a contrario sensu* se entiende que el sujeto sí es responsable penalmente. Esta privación total de razón debe tener el carácter de transitoria.<sup>113</sup> Por otro lado, aunque en muchos casos de privación total de razón existe una base patológica, no es posible afirmar de modo categórico que en todas las situaciones existe tal enfermedad base; en consecuencia, establecer esta exigencia supone un peligro para el principio de culpabilidad.<sup>114</sup>

Para que se declare la inimputabilidad es menester que la privación de razón sea total, es decir, que, al momento de ejecutar el acto, el sujeto haya estado efectivamente incapacitado para comprender la significación antijurídica del hecho y autodeterminarse consecuentemente. Por otro lado, la exigencia de que esta privación de razón responda a causas independientes del sujeto permite que se sancione penalmente a sujetos que realizaron la conducta típica en una situación de inimputabilidad, aunque autoprovocada. Esta interpretación ha sido tachada de contraria

<sup>110</sup> CURY (2020), p. 627; VARGAS (2011), p. 170; NÁQUIRA (2015), pp. 550 y 551; NOVOA (2005), p. 439.

<sup>111</sup> CURY (2020), p. 624; VARGAS (2011), p. 171.

<sup>112</sup> CURY (2020), p. 629; VARGAS (2011), p. 171; GARRIDO (2005), p. 285; NÁQUIRA (2015), p. 527; ETCHEBERRY (1998), p. 285.

<sup>113</sup> CURY (2020), p. 630; NOVOA (2005), p. 443; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 391.

<sup>114</sup> CURY (2020), p. 630; NÁQUIRA (2015), pp. 533 y 534; POLITOFF (1997), p. 427; VAN WEEZEL (2023), p. 397; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 391.

al principio de culpabilidad, por tratarse de una suerte de responsabilidad objetiva.<sup>115</sup>

Se ha planteado que una interpretación progresiva sugiere que lo que ha de ser voluntario es la realización de la conducta ilícita en estado de inimputabilidad. Sólo en estos casos la inimputabilidad sobreviniente no beneficiaría al hechor; acá se trataría de hipótesis de la denominada *actio libera in causa*.<sup>116</sup> En cambio, los casos en que sólo la privación total de razón ha sido provocada dolosamente, pero sin la preordenación a delinquir, o aquellos en que ha sido provocada de manera imprudente, deben ser tratados bajo los cuasidelitos.<sup>117</sup> En los casos de embriaguez forzada o fortuita, se entiende que la pérdida total de razón se da por causas independientes del sujeto y, por lo tanto, sí se aplica la causal.<sup>118</sup>

### C) LA MINORÍA DE EDAD

Se trata de un caso de inimputabilidad debido a un desarrollo insuficiente de la personalidad. Los individuos menores de cierta edad son inimputables a raíz de que su desarrollo en proceso los priva de la madurez suficiente para comprender el significado antijurídico de sus actos y autodeterminarse conforme a esa comprensión.<sup>119</sup> Según el artículo 10 número 2 CP, está exento de responsabilidad penal el menor de dieciocho años; la responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce años se regulará por la Ley de Responsabilidad Juvenil.<sup>120</sup> Por lo tanto, los menores de catorce años son inimputables de pleno derecho, y los menores de dieciocho, pero mayores de catorce años, quedan sujetos a la Ley de Responsabilidad Juvenil, que es un régimen especial de responsabilidad penal para quienes están aún en proceso de desarrollo.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> CURY (2020), p. 631; NÁQUIRA (2015), pp. 531 y 532.

<sup>116</sup> GARRIDO (2005), pp. 290 y 291; NÁQUIRA (2015), p. 533; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 106; VAN WEEZEL (2023), p. 402.

<sup>117</sup> CURY (2020), pp. 631 y 633; GARRIDO (2005), pp. 290 y 291; NÁQUIRA (2015), p. 533; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 106.

<sup>118</sup> CURY (2020), pp. 634 y 635; GARRIDO (2005), p. 292; VAN WEEZEL (2023), pp. 402-404; ETCHEBERRY (1998), p. 287; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 392.

<sup>119</sup> CURY (2020), p. 640; VARGAS (2011), p. 172.

<sup>120</sup> Ley 20.084.

<sup>121</sup> CURY (2020), p. 641; VARGAS (2011), p. 173; NÁQUIRA (2015), pp. 548 y 549; NOVVOA (2005), pp. 454 y 455.

### 3.3. Eximentes de responsabilidad penal: en particular, las reglas de inexigibilidad de otra conducta

No basta con que el sujeto sea imputable y haya actuado con conocimiento de la ilicitud de su conducta, sino que, además, es necesario que haya podido ajustar su conducta a la norma, es decir, dejarse motivar por ella.<sup>122</sup> Se parte de la regla general de que las personas cuentan con la capacidad de conducir su actuar en la forma prescrita por la ley.<sup>123</sup> No obstante, en los casos límite, cuando el sujeto no es libre para decidir a pesar de su comprensión, el ordenamiento jurídico le concede una excusa personal, renunciando a castigarlo, porque no se le podría exigir haber actuado de otra forma<sup>124</sup>. El fundamento de la eficacia excusante de las causales de inexigibilidad de otra conducta se explica en una deformación de la voluntad del agente, como consecuencia de las circunstancias concomitantes que la han limitado.<sup>125</sup> En cuanto a la medida de la exigibilidad, existe discusión al respecto, ya que parte de la doctrina adhiere a una tesis individualizadora<sup>126</sup> y otra, a una tesis generalizadora.<sup>127</sup>

En nuestra legislación, las hipótesis generales de no exigibilidad de otra conducta están contempladas en el artículo 10 números 9, primera y segunda parte, y 11; además, algunos autores incluyen aquí el encubrimiento de parientes del artículo 17 inciso final y la obediencia debida prevista en el Código de Justicia Militar.<sup>128</sup>

#### A) FUERZA IRRESISTIBLE (ARTÍCULO 10 NÚMERO 9 PRIMERA PARTE)

Se exime de responsabilidad por ausencia de exigibilidad a quien obra violentado por una fuerza irresistible. La postura mayoritaria sostiene que esta fuerza irresistible debe ser entendida como *vis compulsiva*, es decir, como fuerza moral irresistible,<sup>129</sup> no obstante, algunos au-

<sup>122</sup> CURY (2020), p. 673; VARGAS (2011), p. 181; GARRIDO (2005), p. 311, NÁQUIRA (2015), p. 589; VAN WEEZEL (2023), p. 404; MEDINA (2004), p. 310.

<sup>123</sup> CURY (2020), p. 673; GARRIDO (2005), p. 311; VAN WEEZEL (2023), p. 404; MEDINA (2004), p. 310.

<sup>124</sup> CURY (2020), p. 674; VARGAS (2011), p. 181; GARRIDO (2005), p. 313.

<sup>125</sup> CURY (2020), p. 679.

<sup>126</sup> NÁQUIRA (2015), pp. 478 y 479.

<sup>127</sup> CURY (2020), p. 678.

<sup>128</sup> CURY (2020), pp. 678 y 679; VARGAS (2011), p. 181; NÁQUIRA (2015), p. 602.

<sup>129</sup> CURY (2020), p. 697; VARGAS (2011), pp. 181 y 182; GARRIDO (2005), p. 313; NÁ-

tores plantean que solo puede tratarse de una coacción mediante fuerza física<sup>130</sup> o que se admite tanto fuerza física como moral.<sup>131</sup> Esta fuerza debe entenderse como un estímulo especialmente de origen externo, lo que desencadena en el sujeto un estado grave de conmoción psíquica.<sup>132</sup> Sólo pueden ser apreciados estímulos que hayan obrado realmente sobre el sujeto, no sobre un tercero; la perturbación experimentada por el agente debe ser tan profunda que reduzca efectivamente su capacidad de autodeterminación.<sup>133</sup>

*B) MIEDO INSUPERABLE (ARTÍCULO 10 NÚMERO 9 SEGUNDA PARTE)*

Está exculpado por ausencia de exigibilidad quien obra impulsado por un miedo insuperable. El miedo es entendido como un estado de perturbación anímica más o menos profundo, provocado por la previsión de ser víctima o de que otro será víctima de un daño.<sup>134</sup> En cuanto al origen del miedo, este puede ser un temor real,<sup>135</sup> actual o próximo e incluso que obedezca a una representación inevitablemente errada del agente;<sup>136</sup> su fuente puede ser la actividad humana, fenómenos naturales o las meras circunstancias concomitantes al hecho.<sup>137</sup> Además, que el miedo provoque en el autor un estado de perturbación anímica severo constituye un requisito fundamental, pues debe existir un compromiso grave de la capacidad de autodeterminación conforme a derecho.<sup>138</sup>

---

QUIRA (2015), p. 608; POLITOFF (1997), p. 474; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 148; MEDINA (2004), p. 314.

<sup>130</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 406.

<sup>131</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 436.

<sup>132</sup> CURY (2020), p. 697; GARRIDO (2005), p. 314.

<sup>133</sup> CURY (2020), pp. 698 y 699; GARRIDO (2005), pp. 315 y 316; NÁQUIRA (2015), pp. 610 y 611; VAN WEEZEL (2023), p. 406.

<sup>134</sup> CURY (2020), p. 701; VARGAS (2011), p. 182; GARRIDO (2005), pp. 316 y 317; NÁQUIRA (2015), p. 602; POLITOFF y ORTIZ (2002), p. 148.

<sup>135</sup> GUERRA (2019), pp. 55-66, sostiene que solo puede tratarse de un mal real, que produzca en el agente un impulso irresistible; además, según este autor, debe existir una patología de base, suponiendo el reconocimiento de aquellos trastornos que no alteran el juicio de realidad.

<sup>136</sup> CURY (2020), p. 701; VARGAS (2011), p. 182; GARRIDO (2005), pp. 316 y 317; NÁQUIRA (2015), p. 603.

<sup>137</sup> GARRIDO (2005), p. 317; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 442 y 443.

<sup>138</sup> CURY (2020), p. 701; NÁQUIRA (2015), p. 604.

C) ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE (ARTÍCULO 10 NÚMERO 11)

El artículo 10 número 11 del CP establece que está exento de responsabilidad penal quien ha causado un mal para evitar otro mal grave.<sup>139</sup> El mal grave es el primer requisito básico; debe ser actual e inminente y determinado *ex ante*; puede tener cualquier origen, salvo la agresión ilegítima de la propia «víctima»; puede recaer sobre cualquier bien jurídico relativo a la persona o derecho de quien causa el mal o un tercero. No es un requisito que este mal haya provocado en el autor un estado de perturbación anímica; además, la inminencia se observa de una manera más flexible, e incluso puede tener un carácter permanente.<sup>140</sup> Un segundo requisito es que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, es decir, se aplica un criterio de subsidiariedad, lo que es propio del estado de necesidad. Si existe otro medio menos gravoso y no se utiliza, no se está en una hipótesis de necesidad que pueda eximir de responsabilidad.<sup>141</sup> Aquí es necesario tener presente la situación de emergencia en la que por lo general se encuentra en estos casos el amenazado y que naturalmente reduce sus posibilidades de hacer un examen detenido de la situación concreta.<sup>142</sup>

Un tercer requisito consiste en que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita; por lo tanto, el mal puede ser menor, igual o incluso superior al mal evitado. Esta es una diferencia fundamental respecto del estado de necesidad justificante. La comparación de los males debe hacerse observando todos los intereses comprometidos y a la luz de las normas que entran en conflicto.<sup>143</sup> Finalmente, el cuarto requisito es que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta. No se aplicaría esta eximente si el agente está obligado a soportar el mal, como por ejemplo en aquellas profesiones donde el sujeto está obligado a enfrentar ciertas clases de peligro.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> CURY (2020), p. 683; VARGAS (2011), p. 185; NÁQUIRA (2015), p. 615.

<sup>140</sup> CURY (2020), pp. 684-689; VARGAS (2011), pp. 185 y 186; NÁQUIRA (2015), pp. 621 y 622; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 446.

<sup>141</sup> CURY (2020), pp. 688 y 689; VARGAS (2011), p. 187; NÁQUIRA (2015), p. 623; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 448.

<sup>142</sup> CURY (2020), p. 690.

<sup>143</sup> CURY (2020), p. 690; VARGAS (2011), p. 188; NÁQUIRA (2015), p. 624.

<sup>144</sup> NÁQUIRA (2015), pp. 626 y 627; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 448 y 449.

#### D) OBEDIENCIA DEBIDA Y ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES

Un sector de la doctrina incluye dentro de las causales de exculpación la obediencia debida y el encubrimiento de parientes. Por un lado, la obediencia debida está regulada en el Código de Justicia Militar, en el artículo 214 y siguientes; se establece como requisitos la existencia de un vínculo de jerarquía o subordinación, la orden se debe referir a materias propias del servicio y el superior debe actuar dentro del ámbito de sus atribuciones. La obediencia exigida es reflexiva, es decir, se debe acatar la orden, pero el subordinado debe manifestar estar en desacuerdo por el carácter antijurídico de esta.<sup>145</sup> Por otro lado, el encubrimiento de parientes está regulado en el inciso final del artículo 17 del CP. Parte de la doctrina plantea que se trata de una excusa legal absolutoria;<sup>146</sup> por el contrario, quienes adhieren a que se trata de una causal de exculpación sostienen que la circunstancia que presiona la voluntad es el parentesco, por lo que no se puede exigir al pariente una conducta distinta.<sup>147</sup> La disposición contempla un requisito negativo: que el autor no se haya aprovechado por sí mismo ni haya facilitado los medios a la persona encubierta para que se aprovechara de los efectos del crimen.

### 4. Propuesta de un método para la solución del problema

Si bien las causas de exclusión de la culpabilidad tienen en común su relación con la *persona* del sujeto, existen diferencias relevantes entre las hipótesis de inimputabilidad, por un lado, y las reglas de inexigibilidad, por el otro, cuya consideración incluso ha conducido a planteamientos teóricos que introducen una diferencia *estructural* entre unas y otras (así, Roxin ya desde el año 1970). Esta nota distintiva adquiere relevancia metodológica. Pues los supuestos de inimputabilidad conciernen a las capacidades *personales* del sujeto, cognitivas y volitivas, que de modo permanente o solo en el momento del hecho se encuentran por debajo de la *media*, de tal manera que no es legítimo

<sup>145</sup> CURY (2020), pp. 703-714; VARGAS (2011), pp. 190 y 191; GARRIDO (2005), pp. 319-323; NÁQUIRA (2015), pp. 630 y 631; POLITOFF (1997), pp. 490 y 491; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 451 y 452.

<sup>146</sup> NÁQUIRA (2015), p. 644.

<sup>147</sup> VARGAS (2011), p. 190; CURY (2020), p. 602; POLITOFF (1997), p. 483; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 450 y 451.

formularle un juicio de reproche por esta razón. En cambio, en los supuestos de inexigibilidad se trata de personas comunes y corrientes que obran ante una situación de extrema necesidad, o impulsadas por la coacción ejercida por otro o por un medio insuperable. De ahí que siempre, en toda concepción sistemática, la imputabilidad como requisito se ventila antes de la exigibilidad de otra conducta. Metodológicamente, lo anterior implica que, si en un caso concreto surgen indicios de la configuración de una eventual hipótesis de inimputabilidad, por alguna patología mental o alteración meramente situacional, sea necesario tematizarla antes de considerar otras circunstancias concomitantes a la acción del sujeto, que pudieran ser relevantes bajo alguna regla de inexigibilidad de otra conducta.

Al mismo tiempo, empero, existe una nota distintiva entre las propias hipótesis de inexigibilidad que se vuelve metodológicamente sensible. Esta radica en que la regla de estado de necesidad exculpante se encuentra construida sobre la base de una situación objetiva de peligro para los bienes personales del sujeto, mientras que las dos hipótesis de fuerza irresistible y miedo insuperable son altamente dependientes del impacto que una u otra circunstancia tiene en la persona del sujeto. Teóricamente al menos, es perfectamente posible que un sujeto se encuentre amparado por la regla de estado de necesidad exculpante, si concurren todos sus requisitos, no obstante obrar con toda calma, incluso de manera «calculada y fría» –en lenguaje coloquial, como «operado de los nervios»–, mientras que ese mismo estado de ánimo es muy difícil que se mantenga en un caso de fuerza irresistible o, desde luego, de miedo insuperable. Dicho con otras palabras, entre las reglas de exculpación, estas dos últimas tienen una connotación personal mucho más marcada, acentuada. De ahí que sea recomendable, en el caso en que venga en consideración más de una regla de exculpación, preferir el análisis del supuesto bajo la regla de estado de necesidad exculpante y sólo subsidiariamente ventilarlo bajo cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 10 número 9 CP.



## Capítulo 6

# ***Iter criminis* y grados de ejecución del delito: en particular, la distinción entre delito frustrado y mera tentativa, por un lado, y los criterios para la determinación del principio de ejecución, por el otro**

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

La cuestión del *iter criminis* se plantea solamente cuando, en el caso concreto, no se ha producido la *consumación* del delito respectivo, esto es, en el supuesto en que no se han realizado, antijurídicamente, todos los elementos del tipo *objetivo* correspondiente. Para este caso, la regla del artículo 7 inciso primero CP declara punibles, además del delito consumado, al delito frustrado y la tentativa. La definición que luego ofrece el legislador, tanto del delito frustrado como de la tentativa, empero, no es muy afortunada y, por lo mismo, ha generado mucha discusión en la doctrina e incluso confusión. Particularmente enigmática es la oración que usa el legislador, al definir el delito frustrado, en los términos del sujeto que «pone de su parte todo lo necesario» para la consumación, pero esta no se produce por causas independientes de su voluntad. Lo oscuro del pasaje no radica, por cierto, en la explicación de la ausencia de consumación, sino más bien en el contenido positivo que el legislador pretende atribuirle a la definición en los términos de «poner todo lo necesario» para que esta suceda. Este fragmento puede ser interpretado en dos sentidos diversos. En general, la jurisprudencia tiende a leer este giro en el sentido de que alude a la faz *subjetiva*, con la consecuencia práctica de que, entonces, el delito frustrado supondría, siempre, dolo directo. Otra lectura posible, y que ha ganado adeptos en el tiempo reciente, es entender que dicha oración se refiere a la faz *objetiva*, específicamente al comportamiento típico del sujeto activo, a la acción u omisión de este. La ventaja práctica de esta otra lectura reside en que, si esto es así, entonces sí sería posible cometer un delito frustra-

do con dolo eventual, en la medida en que el tipo correspondiente de la parte especial se satisfaga con este elemento subjetivo.

La definición legislativa de la tentativa, por su lado, tampoco logra salir de la penumbra. Aquí el artículo 7 inciso tercero CP ofrece un concepto de tentativa que gira en torno al principio de ejecución del delito «por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento». Este párrafo genera mucha perplejidad. Por un lado, el legislador sorprende al lector con el uso de la palabra *hecho*, y además en plural, cuando él mismo había definido, previamente, delito en torno al eje de una «acción u omisión voluntaria», en el artículo 1 inciso primero CP. La referencia que luego hace el precepto al hecho o los hechos «que faltan para su complemento» –del delito–, de alguna manera, parte de la premisa de que las normas de sanción previstas en la parte especial aluden a hechos que, a su turno, soportan algún grado de *fraccionamiento* (el hecho del homicidio, el hecho de la violación, etc.). Sólo así puede entenderse que la tentativa suponga la concurrencia de un hecho y, al mismo tiempo, la falta de otro u otros. Pero, sin duda, lo que más desconcierto genera es la inserción del adjetivo «directos» junto a la voz «hechos». Nuevamente, una parte de la doctrina lee esta referencia en un sentido *subjetivo* y, por consiguiente, sostiene que la configuración de una tentativa supone dolo directo, intención. Lo que resulta sumamente paradójico, incluso contradictorio, es que la doctrina aún mayoritaria crea ver en ese mismo adjetivo la exigencia de idoneidad de la tentativa, en un sentido ahora *objetivo*, con la pretendida consecuencia práctica de la supuesta impunidad de la tentativa inidónea. Ambas tendencias pasan completamente por alto que lo directo de un hecho se opone, simplemente, a lo *indirecto* del mismo y, por ende, el único alcance plausible de dicha exigencia radica solamente en que no hay principio de ejecución del delito correspondiente si el sujeto, en el caso concreto, sólo alcanza a ejecutar un hecho indirecto con relación al tipo correspondiente de la parte especial, y nada más.

Ahora bien, si el legislador habla de «delito frustrado», para referirse al supuesto regulado en el inciso segundo del artículo 7 CP, y, en cambio, sólo se refiere a la tentativa para aludir el caso contemplado en el inciso tercero del mismo precepto, entonces alguna diferencia relevante tiene que existir entre ambos supuestos. De hecho, según las reglas de los artículos 51 y 52 CP, la pena se rebaja solo en un grado en el supuesto de un delito frustrado y, en contraste, aquella disminuye

en dos grados en el caso de la tentativa, por orden del legislador. Por ejemplo, en el supuesto de un femicidio frustrado, a partir del marco penal del artículo 390 bis CP, la pena a imponer sería de presidio mayor en su grado medio –10 años y un día hasta 15 años–; en cambio, en el supuesto de una tentativa de femicidio, la pena bajaría a presidio mayor en su grado mínimo –5 años y un día hasta 10 años–, es decir, 5 años de diferencia en la extensión de la privación de libertad de la persona del condenado. Esta diferencia penológica, muy relevante, además de estar fijada legalmente, tiene que responder a una diferencia previa en el plano del contenido de injusto de uno y otro supuesto. Ambos, tanto el delito frustrado como la tentativa, suponen la ausencia de consumación y, por ende, son considerados menos graves en comparación con el delito consumado, que vuelve aplicable la pena contemplada en la parte especial, tal cual (artículo 50 CP). Pero, a su vez, en el marco del artículo 7 CP, al menos a los ojos del legislador, la tentativa es aún menos grave que el delito frustrado. La pregunta es por qué. ¿Cuál es el criterio de diferenciación entre uno y otro supuesto, en el plano de lo injusto?

Una lectura aún desprejuiciada de la disposición, y que supone un simple ejercicio de contraste entre ambos párrafos, sugiere que, en los supuestos del delito frustrado, sencillamente el sujeto se encuentra más avanzado en el *iter criminis*, ha alcanzado un grado de ejecución más cercano al hito de la consumación; en cambio, en los casos de la tentativa, el sujeto recién ha dado principio a la ejecución del delito correspondiente, es decir, se encuentra menos avanzado en el mismo *iter criminis*, y de ahí que la pena sea significativamente menor. Pero esta misma explicación plantea un problema respecto de la tentativa que, en general, no se presenta en relación con el delito frustrado. Y este radica en que, a diferencia de la relevancia penológica de la pregunta de si hay delito frustrado o tentativa en el caso concreto, lo que está en juego en un supuesto límite de la tentativa es ya la frontera entre el ámbito de lo punible y la zona de la impunidad, dado que, en virtud de la regla siguiente del artículo 8 CP, los actos meramente preparatorios del delito son impunes, salvo en los casos expresamente regulados por el legislador. Es decir, si en un caso concreto se llega a la conclusión de que el sujeto no ha alcanzado siquiera a dar principio a la ejecución del delito, en el sentido acuñado por el artículo 7 inciso tercero CP, entonces esta constatación obstaría a la aplicación de la pena contemplada para la

tentativa y el sujeto restaría impune por haber cometido un mero acto preparatorio. De ahí que sea usual hablar aquí del «umbral de la tentativa», recurriendo así a una expresión de la doctrina alemana.

## 2. Caso paradigmático

Hemos seleccionado un caso de robo de vehículo para ilustrar este punto de la exposición.

### 2.1. *Iter criminis: síntesis del caso “robo de vehículo”*<sup>148</sup>

La madrugada del 11 de septiembre de 2015, alrededor de las 00:10 horas, F.P.V. y J.S.M., luego de fracturar la luneta de la puerta trasera del costado izquierdo del vehículo Toyota Yaris placa patente TJ.98.77, lograron apropiarse sin la voluntad de su dueño, don A.R.C., con ánimo de lucro, de tres mochilas que el afectado mantenía al interior del portamaletas del referido vehículo, las que fueron posteriormente recuperadas y reconocidas por A.R.C. como de su propiedad. Este último reconoció estas pertenencias como suyas cuando llegó al lugar. Ambos acusados fueron vistos llevando las mochilas, las cuales abandonaron al lado del vehículo al momento en que el sargento segundo T.M. les gritó, identificándose como policía. El presente caso contiene auténticos problemas de *iter criminis*. Para resolver estos problemas, el CP contiene reglas tanto en la parte general como en la parte especial.

En la parte general se insertan las disposiciones de los artículos 7 y 8 del mismo, en las que se incluyen los siguientes momentos de ejecución de un delito. En primer lugar, los actos preparatorios, que en nuestro ordenamiento por regla general son impunes excepto en los casos de la conspiración y/o proposición y sólo cuando en la parte especial se encuentren expresamente castigados. En segundo lugar, la tentativa de delito, que conforme a la regla del artículo 7 es punible en cuanto exista principio de ejecución por hechos directos de un delito. Al respecto, cabe mencionar que, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, existen distintas interpretaciones de lo que se entiende por hechos directos, sin perjuicio de estar contestes en que la tentativa de un delito requiere superar el umbral del principio de ejecución para separarla de los actos preparatorios. En tercer lugar, la regla del artículo 7 castiga lo

<sup>148</sup> Síntesis de caso: Corte de Apelaciones de Concepción, rol 673-2016.

que se conoce como un delito frustrado (tentativa acabada) que consiste en que el autor pone todo de su parte para la ejecución del delito y este no se consuma por causas independientes a su voluntad. Ello quiere decir que el autor realiza las fases de actos preparatorios y de tentativa punible, sin alcanzar la consumación. Además, es menester aclarar que si bien el Código Penal no se refiere a qué tipo de delito puede estar en fase frustrada, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia es una fase en la que solamente pueden estar los delitos de resultado.

En la presente causa, el tribunal reflexiona, a propósito de un robo con fuerza en un bien nacional de uso público, sobre si la conducta de los autores se encontraba consumada o frustrada. Mientras el tribunal de primera instancia señaló que la conducta estaría consumada, toda vez que los sujetos habrían afectado la esfera de custodia del dueño y aprehendido las cosas en su poder, la Corte, dándole la razón a la defensa, señaló que el delito se encontraba frustrado, toda vez que si bien se había quebrantado la esfera de custodia del dueño, no se había constituido una nueva, a partir del hecho de que el delito fue frustrado por la policía.

Como se logra apreciar en el caso, existe un dilema auténtico de *iter criminis*, que a su vez refleja que si bien existen reglas en la parte general para todos y cada uno de los delitos, la concreción y particularidad de estas reglas se llena de contornos dependiendo del tipo de problema de la parte especial que cada uno de estos delitos representa. En particular, en este caso se logra apreciar un problema de *iter criminis* relativo al delito de robo con fuerza en las cosas, en el que se puede advertir una diferencia en la toma de postura por parte del tribunal de primera instancia y por parte de la Corte de Apelaciones en concreto.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

Cuando nuestro Código Penal describe las distintas conductas merecedoras de castigo penal, normalmente hace alusión a la forma perfecta de realización del delito, esto es, el supuesto consumado cometido en forma dolosa por el autor individual. Sin embargo, el legislador no pasa por alto el injusto que contemplan las llamadas formas especiales de aparición del delito y extiende la punibilidad allí donde la configuración de la tipicidad es incompleta e incluso, en algunos casos, donde esta úl-

tima todavía no se configura siquiera parcialmente. A este camino que recorre el sujeto desde la ideación del delito hasta su consumación –o, si se quiere, hasta el agotamiento– se lo conoce como *iter criminis* y encuentra su regulación en nuestro código en los artículos 7, 8 y 9. Ahora bien, como figuras distintas a la forma perfecta de aparición del delito, era esperable que se presentaran una serie de problemáticas que la doctrina nacional ya ha intentado resolver ampliamente. En este apartado, nos referiremos a dos de ellas, que cobran especial relevancia práctica para el aplicador del derecho: la determinación del principio de ejecución, por un lado, y la distinción entre delito frustrado y mera tentativa, por el otro.

En cuanto a la determinación del momento en el que se produce el principio de ejecución (cuya relevancia destaca, principalmente, por permitirnos trazar la línea divisoria entre la conducta –por regla general– impune y la punible), la doctrina ha zanjado cuestiones preliminares a la introducción de las teorías que pretenden resolver la cuestión. Así, por un lado, debe tratarse de un delito que sea susceptible de desglose cronológico en distintas etapas. Esto aplica tanto a delitos materiales o de resultado, como a aquellos delitos formales que se componen de diversos actos externamente observables, los cuales son percibidos como eventos separados en el tiempo. Es importante destacar, entonces, que la tentativa no sería aplicable a los delitos de omisión simple y otros estrictamente formales que no permitan su descomposición en actos individualizados.<sup>149</sup> Por otro lado, dado que el Código hace referencia a la tentativa de crimen o simple delito, se excluye la posibilidad de considerarla en el caso de las faltas, lo cual se desprende del propio artículo 9.<sup>150</sup> Dicho lo anterior, podemos pasar a dar cuenta de los criterios doctrinales que encontramos al referirnos al punto que distingue el acto preparatorio del ejecutivo y que pueden agruparse, en términos generales, en teorías objetivas y subjetivas.

Las teorías que realizan el análisis desde la objetividad en sí de los actos hacen referencia a su vez a la equivocidad de los actos, o bien a si estos son mediatos o inmediatos. Así, los actos equívocos serían solo preparatorios, en tanto que los inequívocos son ya ejecutivos.<sup>151</sup> Aquí es

<sup>149</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 58.

<sup>150</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 59.

<sup>151</sup> BUSTOS (2007), p. 670.

evidente la crítica a la complejidad de decidir objetivamente respecto de lo inequívoco o inmediato de un acto.<sup>152</sup> Dentro de estas teorías objetivas, podríamos profundizar más y distinguir entre las hipótesis de Beling y de Frank, o incluso comenzar desde más atrás y realizar la distinción entre teorías objetivas propias e impropias;<sup>153</sup> sin embargo, para el propósito seguido en este acápite, es suficiente con la agrupación en términos generales que referimos inicialmente.

Como segundo grupo de criterios doctrinales, podemos destacar las teorías subjetivas, que destacan la intención del sujeto, siendo ya un acto ejecutivo, por ejemplo, la compra de la pistola, por tratarse de una exteriorización total de la voluntad criminal.<sup>154</sup> La crítica, entonces, dice relación con la ampliación extrema de los actos ejecutivos.<sup>155</sup>

Son varios los autores que descartan la idea de encontrar una respuesta en criterios puramente objetivos o subjetivos, y destacan elementos de ambas categorías.<sup>156</sup> Así, parece ser necesario iniciar considerando la elaboración de una representación de los hechos según la anticipación del autor sobre la secuencia de eventos. Esta representación, inicialmente neutra, busca establecer una secuencia de manera crucial, ya que la ley se refiere a «dar principio a la ejecución del crimen o simple delito». Esto implica que no es simplemente una constatación causal y que la perspectiva legal se ubica en una perspectiva *ex ante*, teniendo en cuenta el conocimiento del autor.<sup>157</sup> Posteriormente, es esencial determinar cuándo objetivamente comienzan los actos de ejecución directa en relación con el tipo penal analizado, a través de un juicio de subsunción realizado de manera objetiva.<sup>158</sup> En concordancia con lo mencionado anteriormente, Etcheberry sostiene que la solución a la problemática también debe contemplar otros elementos, como las demandas de la figura legal en relación con el verbo rector y el resultado.<sup>159</sup> Asimismo,

<sup>152</sup> BUSTOS (2007), p. 671.

<sup>153</sup> CURY (2011), p. 552.

<sup>154</sup> BUSTOS (2007), p. 670.

<sup>155</sup> BUSTOS (2007), p. 670.

<sup>156</sup> Entre estos, ETCHEBERRY (1998), p. 61; VAN WEEZEL (2023), p. 312, entre otros.

Para un panorama más acabado respecto de la postura de distintos autores en nuestra doctrina, incluyendo aquellos que ven irrelevancia en la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, consúltese HERNÁNDEZ y COUSO (2011), pp. 141 y ss.

<sup>157</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 312.

<sup>158</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 312.

<sup>159</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 61 y 62.

destaca la importancia de que los actos ejecutados sean lógicamente aptos para lograr dicho resultado, cuestión que puede desprenderse del propio artículo 7 del Código Penal.<sup>160</sup>

Sobre la segunda cuestión que hemos decidido analizar en este apartado, es decir, la diferencia entre frustración y mera tentativa, podemos esclarecer algunos puntos clave. Primero, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el caso de nuestro legislador se hace la clara distinción entre estas formas de aparición del delito e incluso se les asigna distinta penalidad. Segundo, la figura frustrada es posible aplicarla exclusivamente respecto de los llamados delitos materiales, en los que el tipo legal requiere necesariamente la producción de un resultado, tal como afirma la propia jurisprudencia.<sup>161</sup> En el caso del delito frustrado es importante reconocer también que al delincuente ya no le queda ninguna acción pendiente. En este contexto, si el resultado aún no se ha materializado, se debe a factores causales externos que no están vinculados a las acciones del agente, sino más bien a intervenciones de terceros o fenómenos naturales.<sup>162</sup> Así las cosas, pareciera ser que, en lo esencial, los elementos fundantes del delito frustrado son los mismos que los de la tentativa, encontrando su diferencia solo en la cantidad de actos de ejecución necesarios; en la tentativa se requiere parte de ellos, mientras que en la frustración se suponen todos.<sup>163</sup>

A pesar de la aparente simplicidad teórica que podría sugerir lo planteado anteriormente, en la práctica establecer esta línea divisoria puede resultar complejo. El punto crucial radica en esclarecer el significado de la expresión utilizada en el Código que hace referencia a «poner de su parte todo lo necesario». Según Mera, este proceso implica determinar si objetivamente el individuo ha completado las acciones que están bajo su responsabilidad o si, por el contrario, esto se evalúa según la representación del autor, como argumenta Cury.<sup>164</sup> En este contexto, y en oposición a la opinión de Cury, se sugiere que la existencia de un delito en grado frustrado requiere que la acción típica esté plenamente materializada en la realidad objetiva, sin depender de la representación del

<sup>160</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 61 y 62.

<sup>161</sup> Tribunal de Juicio Oral de La Serena, RIT 53-2007, considerando octavo, como se cita en VAN WEEZEL (2023).

<sup>162</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 65.

<sup>163</sup> POLITOFF et al. (2010), pp. 382 y 383.

<sup>164</sup> Como se hace referencia en VAN WEEZEL (2023), p. 315.



individuo.<sup>165</sup> Finalmente, la doctrina no ha tenido problemas para afirmar que el aspecto subjetivo es el mismo tanto en la hipótesis frustrada como en la tentada.<sup>166</sup> Así, existe acuerdo en general en que no existe algo así como un «dolo de tentativa», puesto que el dolo es común a la tentativa y la consumación: el conocimiento y la voluntad están dirigidos a la ejecución completa y perfecta del delito.<sup>167</sup>

Vale la pena recalcar una vez más que este punto del estudio de la parte general del derecho penal presenta una serie de problemáticas en términos prácticos; aquí hemos tratado sobre dos de ellas. Así, no hay que pasar por alto otras cuestiones relevantes y que presentan todavía discusión en nuestra doctrina, tales como la (in)compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual<sup>168</sup> o la discusión en torno al hurto-falta frustrado del artículo 494 bis,<sup>169</sup> entre otras.

#### 4. Propuesta de método para la solución del problema

Ya que la doctrina se encuentra aún lejos de llegar a consensos básicos en esta materia, resulta aconsejable proponer un camino de análisis que no prejuzgue mayormente en cuanto a las soluciones de fondo. Lo primero que es necesario despejar en un caso concreto, como el mencionado al comienzo, es si el hecho ejecutado por el agente alcanzó o no el grado de consumación del delito correspondiente, puesto que, si este fuera el caso, entonces ya habría un delito consumado a castigar según la norma de sanción respectiva de la parte especial. De ahí que, de alguna forma, la *no consumación* tiene que ser verificada al modo de un *check list* previo al análisis por frustración o tentativa, incluso en los supuestos en que viene en consideración la aplicación de la regla especial del artículo 450 CP, en el ámbito de ciertos delitos de robo. Luego es necesario zanjar si, en el caso concreto, se trata de un delito frustrado o de mera tentativa, usando la nomenclatura del artículo 7 CP. Esta distinción, a su vez, depende de cuán avanzado se encuentra el sujeto en el *iter criminis*. Un criterio más o menos seguro para poder identificar si,

<sup>165</sup> HERNÁNDEZ y COUSO (2011), p. 162.

<sup>166</sup> Cury, Etcheberry, Politoff/Matus/Ramírez, tal como se cita en HERNÁNDEZ y COUSO (2011), p. 162.

<sup>167</sup> HERNÁNDEZ y COUSO (2011), p. 148.

<sup>168</sup> Cuestión ya tratada en nuestra jurisprudencia, para ello véase: Corte Suprema, rol 106702-2023, considerandos cuarto al séptimo.

<sup>169</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 317.

en un caso concreto, se trata de frustración, consiste en revisar la forma en que el tipo de la parte especial describe el hecho constitutivo del delito respectivo, específicamente donde se formula lo que, generalizando, puede denominarse el «comportamiento típico». Por ejemplo, en el caso de introducción, este aparece definido, en virtud de la relación entre el artículo 443 y el artículo 432 CP, con base en el concepto de sustracción. En cambio, suele ser común a los casos de tentativa que, si se compara lo que el sujeto alcanzó a hacer, en el caso concreto, con la forma en que aparece descrito el hecho en el tipo correspondiente, el agente no logra siquiera la ejecución del comportamiento típico, sino que, normalmente, alcanza a ejecutar sólo actos estrechamente vinculados con dicho hecho. En estos casos, viene en consideración un análisis bajo la categoría de la tentativa, también llamada tentativa inacabada en la doctrina alemana. Pues bien, en esta clase de situaciones se vuelve pertinente la contraposición de teorías que ofrece una serie de criterios para determinar, en el caso concreto, si hubo o no principio de ejecución en los términos del artículo 7 inciso tercero CP, o, formulado el punto con otras palabras, si el agente ha cruzado o no el «umbral de la tentativa».

Ahora bien, tanto en los casos de «delito frustrado» como en los de «mera tentativa» es preciso verificar si el sujeto ha obrado con dolo, más precisamente si concurre o no la faz subjetiva exigida por el tipo correspondiente de la parte especial. Y aquí se vuelve relevante, prácticamente, la discusión más bien teórica acerca del «objeto del dolo». Puesto que, a diferencia de lo que sucede con el concepto de dolo para efectos civiles, el dolo, en materia penal, es siempre *específico*, es decir, se encuentra necesariamente referido al *hecho* descrito como delito por el tipo respectivo de la parte especial. Como en estos casos, en la faz objetiva, solo se está ante un fragmento del hecho, entonces es necesario, para responder a título de tentativa, que la faz *subjetiva* respectivamente exigida se encuentre *completa*, esto es, que el agente obre sabiendo que la ejecución de su acción puede traer consigo la realización del hecho típico en su totalidad. Así, por ejemplo, si se trata de tentativa de hurto o robo, el sujeto debe obrar con dolo y ánimo de apropiarse de la cosa mueble ajena; si se ventila un caso de femicidio frustrado, este supone que el agente obre, al menos, con conocimiento del peligro que crea para la vida de la mujer y, por ende, no basta que actúe con una intención genérica de agredirla, incluso físicamente. Metodológicamente, lo anterior se traduce en que *siempre*, en todo caso, es preciso verificar la

configuración de la faz subjetiva respectivamente exigida por el tipo de la parte especial, aun cuando el tipo objetivo se encuentre incompleto.

## Capítulo 7

# Autoría y participación: con acento en los problemas de delimitación entre autoría mediata e inducción y entre coautoría y complicidad por el otro

## 1. Coordenadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

De la sola lectura del artículo 14 CP se sigue, diáfanoamente, que el punto de la distinción entre las calidades de autor, cómplice o encubridor sólo se plantea en los casos en que interviene, en la realización del delito, más de una persona. Esta premisa se ve reflejada, asimismo, en el propio encabezado del artículo 15, donde se inserta la oración «se consideran autores», en plural. Es decir, si en el caso concreto interviene una sola persona, entonces esta responde en calidad de autor del delito correspondiente, de concurrir todos los requisitos señalados por la norma de sanción a su respecto. En tal situación no es necesario recurrir al artículo 15 CP, en ninguno de sus numerales, ni a las otras reglas de participación criminal. Estas reglas se vuelven pertinentes únicamente en los casos de intervención múltiple en la realización de uno o más delitos. También se habla, en la doctrina, del concurso o de la concurrencia de personas.

Pues bien, la pregunta que se plantea en tal clase de casos, y que la doctrina está llamada a responder mediante la interpretación de estas reglas, atañe a la calidad en virtud de la cual la persona del interviniente ha de responder por su participación en el delito, esto es, si ha de hacerlo en calidad de autor, cómplice o solo encubridor. Para aproximarse a una respuesta plausible, sirve hacer un ejercicio de delimitación previa entre los ámbitos de aplicación de las tres reglas de participación criminal, contenidas en los artículos 15, 16 y 17 CP. El sentido del ejercicio radica en que esta última regla solo es pertinente cuando, respecto del sujeto en cuestión, no resultan aplicables ni el artículo 15 ni el artículo 16, y esta

segunda regla, a su vez, únicamente viene en consideración fuera de los casos regulados por el artículo 15 CP. El criterio de delimitación entre dichos ámbitos regulativos surge, *expressis verbis*, de distinciones trazadas al interior del *iter criminis*. Así, es común a los supuestos comprendidos por el artículo 17 CP que el sujeto concreto interviene con posterioridad a la ejecución, total o parcial, del delito por parte de otras personas. Bajo esta misma óptica, es común, ahora, a los supuestos regulados tanto por el artículo 15 como por el artículo 16 que el sujeto en cuestión interviene antes o durante la ejecución, total o parcial, del delito, pero no después.

Ahora bien, con este ejercicio queda pendiente la búsqueda de un criterio delimitador entre los supuestos regulados por el artículo 15 y la calidad de cómplice prevista por el artículo 16 CP. Para avanzar en esta dirección, conviene tener presente algunas distinciones internas al artículo 15 CP, que el propio legislador se ha preocupado de trazar. Si se parte por el comienzo, hay una nota característica de los supuestos regulados en el numeral 1 del artículo 15 CP, que, en su época, Sergio Yáñez tuvo el gran mérito de destacar, cual es que, si uno se fija bien en el tenor de la disposición, ambos casos tienen en común la circunstancia de que al menos dos sujetos toman parte en la *ejecución* misma del delito. En cambio, por lo menos en el plano del *texto*, es común a los supuestos regulados luego, en los numerales 2 y 3, que los sujetos a los cuales se refieren estas reglas no toman parte en la ejecución misma del delito, porque es otro quien lo hace. Así, el numeral 2 se refiere expresamente al sujeto que fuerza o induce a otro a ejecutarlo. Y otro tanto sucede con el numeral 3, que se satisface, además del concierto, con la facilitación de medios con los cuales, nuevamente, otro lleva a efecto el *hecho*, o con la presencia del sujeto en el momento y lugar de este, pero «sin tomar parte inmediata en él».

Respecto de los supuestos previstos en el artículo 15 número 2 CP, que tienen en común la circunstancia de que es otro el que ejecuta el hecho, forzado o inducido por el sujeto en cuestión, surge la pregunta de si tiene sentido o no volver a distinguir, en su interior, entre los dos casos, previstos de manera equivalente por el legislador originario, y no sin buenas razones. Aquí la doctrina ampliamente mayoritaria recurre a la idea del *dominio del hecho*, desarrollada también en el contexto originario de la doctrina alemana, para diferenciar el primer caso del segundo. En este sentido, se sostiene que el caso de ejercicio de fuerza sobre el ejecutor es uno de *autoría mediata*, por «dominio de la voluntad» de

este por parte del agente. En cambio, en la segunda parte del numeral 2, que se refiere a la *inducción*, se trata de una forma de participación no constitutiva de autoría, porque, si bien la idea de cometer el delito se reconduce al inductor, es más bien el inducido quien, además de ejecutar el hecho, lo domina.

Pero, sin duda, la regla que más discusión ha generado en la doctrina, y, a través de ella, la que más desconcierto ha causado en la jurisprudencia, es la de los supuestos comprendidos por el artículo 15 número 3 CP. Dado que este presupone la existencia de un *concierto* entre dos o más personas, con razón la doctrina ha sostenido que se está en presencia de la forma de intervención delictiva múltiple de la *coautoría*. Además de este requisito constitutivo, la propia regla del artículo 15 número 3 CP se refiere, adicionalmente, a dos formas de intervención en el plano *externo* del hecho, sea facilitando medios, sea presenciado el hecho. De este modo, la regla del artículo 15 número 3 se refiere a una clase de conductas que luego agota todo el contenido de la definición de complicidad, acuñada en el artículo 16 CP. De ahí que la doctrina salga en búsqueda de criterios diferenciadores entre coautoría y complicidad, para así delimitar el ámbito de aplicación del artículo 15 respecto de la función más bien subsidiaria que cumple la regla del artículo 16 CP.

Ahora bien, en cuanto a la relevancia *penológica* de la discusión, cabe señalar, respecto del alcance del artículo 15 número 2 CP, que la inducción, en tanto forma de participación criminal no constitutiva de autoría, se encuentra sometida, para los efectos ya de su punibilidad, a los principios rectores de tal clase de intervención, como lo es, paradigmáticamente, el principio de accesoriedad. Mas, de concurrir los requisitos de punibilidad de la inducción, por decisión expresa del legislador esta se castiga con la misma pena prevista para el autor (artículo 15 número 2 en relación con el artículo 50 CP). En cambio, la discusión en torno a la delimitación entre los supuestos de coautoría del artículo 15 número 3 y la complicidad recogida en el artículo 16 CP incide significativamente en el plano penológico, puesto que la regla del artículo 51 CP ordena una rebaja de un grado, a partir de la pena contemplada para el autor, para el cómplice de un delito.

## 2. Caso paradigmático

Para ilustrar este punto de la discusión hemos seleccionado el caso conocido como de «La Quintrala».

### 2.1. Autoría y participación: síntesis del caso «La Quintrala»<sup>170</sup>

El caso consta de tres hechos contenidos en la acusación, cuyo relato, sin embargo, se ha acotado, a continuación, a solo dos de ellos.

#### A) HECHO UNO

F.Z.M. y la imputada contrajeron matrimonio. Posteriormente, los cónyuges se separaron de hecho. Aproximadamente en el año 2004, por motivos laborales, M.P.L. conoció a J.M.R.R. A fines del año 2007, la imputada contactó a R.R. con el fin de solicitarle que buscara a una persona para matar a F.Z.M. y a su pareja H.A.O. Le señaló que el precio o recompensa por dar muerte a cada uno sería de \$1.000.000, adelantándole parte del precio, mostrándole fotografías e indicándole el nombre y la dirección de ambas víctimas, señalando que, si mataba a los dos, el precio o recompensa sería \$2.000.000. R.R. intentó contratar a n.n., pero este último se quedó con el dinero sin realizar el encargo. En 2008, M.P.L. insistió en el asesinato, y R.R. decidió llevarlo a cabo personalmente. Adquirió una pistola con silenciador para dicho fin. El 23 de abril de 2008, R.R., armado con pistola y guantes, asesinó a las víctimas F.Z.M. y H.A.O. en su domicilio en Providencia, en calle J. Manuel Infante xx. R.R. abordó a H.A.O. preguntándole por el arquitecto Z., con la excusa de buscar unos planos; la víctima lo condujo hasta el segundo piso, donde se encontraba F.Z.M. Una vez en el segundo piso, R.R. sacó la pistola con silenciador e intimidó a las víctimas indicándoles que era un asalto y ordenándoles que se arrojaron al suelo. Mientras las víctimas estaban en el suelo, R.R. procedió a efectuar un certero disparo a cada una de ellas en la nuca, las que fallecieron en el lugar. La víctima F.Z.M. falleció producto de traumatismo cervical raquimedular por bala, mientras que H.A.O. falleció producto de traumatismo craneoencefálico por bala. Al día siguiente, el imputado R.R. se reunió con M.P.L. y obtuvo el pago de dinero por el encargo efectuado.

---

<sup>170</sup> Síntesis caso: Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, rol interno 136-2010.

## B) HECHO DOS

A principios de 2008, M.P.L. contactó a n.n. para contratar a alguien que robara y asesinara a A.M.M. en su domicilio en Providencia. Ante la falta de resultados con n.n., M.P.L. propuso a J.M.R.R. realizar dos encargos adicionales: el primero para robar y asesinar a los familiares de su hermana G.P.L., ofreciendo a R.R. \$10 millones por cada muerte; el segundo, para ingresar al domicilio de Seminario N° xx y matar a A.M.M. M.P.L. proporcionó información detallada sobre el lugar y las personas involucradas. R.R. aceptó el encargo y modificó su arma en octubre de 2008, instalando un nuevo cañón que permitiría efectuar disparos sin que quedaran en las municiones las huellas de haber sido disparadas por su arma. El 4 de noviembre de 2008 esperó a las afueras del domicilio de A.M.M. y, al ver llegar a D.S.N., novio de M.B.M.P., lo empujó hacia el interior de la casa. Tras un forcejeo, disparó dos veces, impactando a D.S.N. en el cuello y apuñalándolo posteriormente. R.R. huyó del lugar cuando llegó A.M.M. D.S.N. fue trasladado a la Posta Central, donde falleció debido a las heridas.

Los hechos del caso «La Quintrala» ofrecen, en particular, problemas de concurso de delitos, de *iter criminis* y de autoría y participación. Lo anterior, toda vez que se dan los presupuestos de un concurso al realizarse más de un delito, concurren problemas de *iter criminis* al realizarse tantos hechos consumados como tentados, y de autoría y participación en el sentido del encargo realizado por M.P.L. al autor directo, R.R..

En el presente comentario se abordará la tercera temática, esto es, aquella relacionada con los problemas de autoría y participación.

Respecto del primer hecho, el tribunal condenó a R.R. por el delito de homicidio calificado en las personas de F.Z.M. y H.A.O., calificando el hecho como homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria, lo que constituye la hipótesis de “sicariato” en la legislación penal chilena. Y a M.P.L. la condenó como autora del delito de parricidio de su cónyuge F.Z.M. y de homicidio calificado en la persona de H.A.O. Como se puede apreciar, respecto de la relación de la acusada M.P.L. con R.R., el tribunal establece que el homicidio de F.Z.M. es uno que corresponde a R.R. como autor de homicidio calificado, mientras que a M.P.L. como autora de parricidio. Lo anterior bajo la hipótesis de que, en este supuesto, M.P.L., sería «autora mediata» de un delito de parricidio, no pudiendo aplicar la calificación de autor directo de parricidio a



R.R., toda vez que no tendrían la relación de parentesco con la víctima cónyuge de M.P.L.

A este respecto, el tribunal hace propia la teoría de la comunicabilidad limitada y de los problemas de participación en esta clase de delitos, bajo el rótulo de que solamente podría realizar un delito especial quien ostente la calidad personal del delito, sin posibilidad de comunicarlo a quien no la ostente. Por ello, y siendo coherente con el razonamiento del tribunal, si M.P.L. no hubiese sido cónyuge de F.Z.M., habría sido condenada como autora de homicidio calificado, tal como lo expresa el tribunal, en la persona de H.A.O. Lo anterior demuestra que el tribunal interpreta al delito de “sicariato” en Chile –esto es, el homicidio por premio o promesa remuneratoria–, como uno cuyo alcance se extiende tanto a quien cumple el encargo por el premio o promesa como a quien encarga dicho delito.

A diferencia del razonamiento anterior, respecto del hecho dos el tribunal se encuentra imposibilitado de calificar la conducta de M.P.L. como una de parricidio y a su vez como una de homicidio calificado, debido a que, en primer lugar, ninguna de las víctimas tiene una relación de parentesco con la agente y que, en segundo lugar, el tribunal califica el encargo del hecho dos como uno de robo con homicidio, contenido en el artículo 433 número 1 del CP.

Al tratarse de un encargo de robo con homicidio, el tribunal descarta una calificación de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria. Lo anterior, porque tratándose de un robo calificado, prevalece el criterio de especialidad. Por lo tanto, el tribunal razona que la calificación de M.P.L. respecto del segundo hecho corresponde a inductora de robo con homicidio, incorporando la cuestión del premio o promesa remuneratoria como circunstancia modificatoria.

Con relación al razonamiento efectuado por el tribunal respecto a los hechos uno y dos, es posible establecer que, respecto al clásico problema de autoría y participación en torno al homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria, el tribunal interpreta como equivalentes el término «mediante» de la agravante del artículo 12 número 2 y el término «por» del artículo 391 número 1, circunstancia segunda, CP.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

El Código Penal chileno insta un modelo diferenciador de autoría y participación para regular el universo de formas de intervención que pueden existir en la perpetración de un hecho delictivo. Este sistema se encuentra consagrado en los artículos 14, 15 y 16 del CP, entre los cuales el primero entrega un panorama general del régimen de intervención del hecho punible, señalando quiénes pueden ser los que concurren a la realización de un delito.

El código chileno se caracteriza por tomar parte por un modelo diferenciador, en contraste a un modelo unificador;<sup>171</sup> pues distingue entre clases de intervinientes para efectos penológicos. Este modelo se caracteriza por especificar criterios que necesitan ser satisfechos por los agentes para ser responsabilizados por un hecho punible bajo cierta calidad de interviniente. De esta manera, los criterios para responder como autor van a ser distintos de los necesarios para responder, por ejemplo, como cómplice. El código no define en qué consiste la autoría y sólo se limita a, por una parte, determinar quiénes pueden ser responsables de un delito y, por otra, a señalar quiénes pueden ser *considerados* autores para efectos de penalidad. De esta manera, el artículo 15 del CP entrega un concepto legal de autor mucho más amplio que el concepto “ontológico” de autor.

Son dos las principales doctrinas que buscan acotar el concepto de autor. La primera es la doctrina del concepto unitario de autor, la cual postula que no se puede ni se debe pretender establecer un criterio diferenciador entre los diversos intervinientes que, con su actuar, han contribuido causalmente a la realización de un hecho delictivo.<sup>172</sup> Por otro lado, la doctrina del concepto extensivo de autor afirma que será autor todo aquel que interviene con su actuar en el proceso causal que ha producido o realizado un hecho típico delictivo, a menos que dicha actuación puede ser subsumida en una disposición especial sobre inducción o complicidad.

---

<sup>171</sup> Este modelo no diferencia entre títulos de intervención diversos, pues asume que todo interviniente en un hecho punible deberá ser responsabilizado bajo los mismos criterios.

<sup>172</sup> NÁQUIRA (2015), pp. 142 y 143.

La opinión dominante<sup>173</sup> sostiene que el artículo 15 del CP extiende considerablemente la punibilidad a título de autor, pues los tipos subordinados se refieren a situaciones en las cuales la conducta descrita es, en realidad, de simple participación. Por lo demás, tal alcance respondería a una decisión consciente del creador de la ley, claramente manifestada en el hecho de que el artículo está encabezado por la frase «se consideran autores», la cual destaca que el legislador percibía la ampliación y sabía, por consiguiente, que no todos los casos incorporados son normalmente de autoría.<sup>174</sup>

De igual modo, el Código Penal falla en entregar un esquema preciso que especifique la manera en que las distintas formas de intervención se encuentran relacionadas entre sí, dejando a la dogmática penal la tarea de dar respuestas a distintas interrogantes.

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor controversia es la interpretación del artículo 15 número 2, sobre el cual se discute si allí se están enumerando dos formas de intervención distintas, «fuerzan» e «inducen», o si en realidad se deben considerar de manera conjunta. La tesis mayoritaria asume la forma binaria de la disposición, estableciendo que «inducen» hace referencia a una forma de intervención accesoria, mientras que «fuerzan» haría alusión a una forma de autoría mediata, fundamentando esta lectura en un análisis desde la teoría del dominio del hecho.

La teoría del dominio del hecho<sup>175</sup> postula que debe ser considerado autor de un hecho quien, valga la redundancia, ostente dominio sobre el hecho. Entre las principales críticas a esta teoría, se sostiene que ofrece criterios aplicables a la gran mayoría de las formas de comportamiento delictivo acogidas en un código penal promedio, pero no para todas,<sup>176</sup> lo que atentaría contra la pretensión de aplicación general propia de las disposiciones de la parte general de los códigos penales. Desde un análisis a partir de la teoría enunciada anteriormente, la coacción o «fuerza» enunciada en el numeral 2 del artículo 15 se corresponde a una de las modalidades que puede adoptar la autoría mediata.

<sup>173</sup> En ese sentido se pronuncian CURY (2011) y ETCHEBERRY (1998).

<sup>174</sup> CURY (2011), pp. 583 y ss.

<sup>175</sup> Esta teoría tiene sus orígenes en Alemania y su principal exponente es Roxin.

<sup>176</sup> De esta manera, los criterios serían aplicables para aquellos delitos de dominio, mas no a los delitos de infracción de deber.

De acuerdo con esa teoría, el agente podría contar con dominio del hecho en virtud de poseer dominio de la acción, que se correspondería con la autoría directa; dominio de la voluntad ajena, que explicaría el fundamento de la autoría mediata, y el dominio funcional del hecho, que subyace a los casos de coautoría. De esta manera, lo propio de la autoría directa es que quien sea responsabilizado como tal se haya encontrado en una posición de evitar la realización del hecho delictivo. Por otra parte, la autoría mediata se caracterizaría por que la forma en que el agente ostenta el dominio del hecho está mediada por la agencia de otro cuya voluntad es dominada por el primero. Por último, la coautoría alude a aquellos casos en donde existe un dominio funcional del hecho por una o más personas en virtud del principio de división del trabajo.

Dentro de la doctrina es pacífico afirmar que la inducción se corresponde con una forma de participación accesorio, es decir, no puede haber inducción sin que exista un hecho principal que haya sido perpetrado y además inducido. Para efectos de penalidad, la inducción es una forma de participación equiparable con la autoría.

Por otro lado, es partícipe, en general, el que interviene dolosamente en un hecho ajeno sin concurrir a la ejecución de la conducta típica ni contar con el dominio de ella, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley y que de ordinario revisten un carácter puramente preparatorio o –como sucede en el derecho positivo chileno– de colaboración ulterior a la consumación. El Código Penal chileno distingue entre tres formas en que puede manifestarse la participación: inducción, complicidad o encubrimiento.

Se suele entender que el numeral 3 del artículo 15 es una forma de complicidad que es equiparable penológicamente a la autoría. Los casos previstos en este numeral incluyen aquellas situaciones en donde un agente interviene en la materialización del hecho delictivo, mas no lo hace de manera inmediata. De esta manera, responden quienes facilitan los medios con que se ejecuta el hecho o toman presencia de él, en tanto se hayan encontrado concertados con quienes los ejecutan materialmente. Esto último es conocido como el requisito del «concierto previo», el que permite distinguir aquellos casos de mera complicidad de los de coautoría, entendiendo por tal que los agentes se hayan encontrado en una relación de coordinación para la perpetración del hecho. Para que a alguien le sea imputado un hecho en calidad de cómplice no es necesario advertir si este se encontraba coordinado con quien posee

la calidad de autor ejecutor. La adopción de la teoría del dominio del hecho, y la idea de que para ser autor es necesario poseer algún grado de dominio funcional sobre el hecho, para la diferenciación de ambos títulos de intervención, nos permite afirmar que mientras más sofisticado sea el concierto previo existente entre los agentes, entre quienes no intervienen en la ejecución misma del hecho y quienes sí lo hacen, podremos interpretar que el hecho materializado es algo que representa la voluntad de todos los que formaron parte del concierto, permitiendo explicar así que el Código Penal equipare la penalidad de esta figura –la coautoría– con la de la autoría directa.

Es necesario advertir que esta forma de autoría no es autosuficiente, pues esta figura presupone que existe una forma de autoría distinta que se caracteriza por ejecutar materialmente el hecho, la cual se encuentra consagrada en el artículo 15 número 1: «Los que toman parte en la ejecución del hecho». Asimismo, Roxin, bajo un análisis desde la teoría del dominio del hecho, entiende como coautor de un delito a todo interviniente, sin mayor consideración a su disposición subjetiva hacia el hecho, cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento es posible la producción del hecho delictivo. Para ser coautor, deben concurrir los siguientes requisitos: existir resolución al hecho y un plan común para la ejecución conjunta del hecho delictivo, y la contribución efectuada por el agente debe ser esencial para la ejecución del hecho y debe ser previa a la consumación del delito.<sup>177</sup>

Existe consenso dentro de la doctrina en afirmar que las distintas formas de participación en el hecho delictivo se caracterizan por ser accesorias, esto, valga la redundancia, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, el cual postula que puede existir autoría sin participación, pero no participación sin autoría, pues, por necesidad conceptual, no es posible hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa.<sup>178</sup>

Contemporáneamente, se ha entendido que el encubrimiento no puede ser entendido como una forma de participación accesoria, pues a partir de las disposiciones de texto legal vigente solo se puede afirmar que esta forma de intervención tiene un carácter posdelictivo, ya

<sup>177</sup> Para profundizar: NÁQUIRA (2015), pp. 210 y ss.

<sup>178</sup> NÁQUIRA (2015), p. 255.

que quien interviene como encubridor sólo lo hace una vez que la perpetración del delito se encuentra concluida. El carácter accesorio de la participación determina que una intervención que pueda ser calificable como participación solo puede ser previa o simultánea a la perpetración del hecho, nunca posterior. Esta sería una forma no accesorio, pero sí dependiente de la comisión de un hecho delictivo principal.

#### 4. Propuesta de un método para la solución del problema

La doctrina de la autoría y participación, como se acaba de ver, se desenvuelve todavía sobre un suelo muy movedizo, piso incierto que se explica, en gran parte, por la circunstancia de que ella tiene que lidiar, aún, con un texto legal decimonónico, previo al desarrollo de la dogmática más moderna en la materia. De ahí que sea recomendable, nuevamente, sólo ofrecer un camino a seguir frente a esta clase de problemas, sin pretender aventurar ninguna solución de fondo. El punto de partida se encuentra predeterminado por el tenor tanto del artículo 14 como del artículo 15 CP, esto es, que la aplicación de estas reglas sólo viene en consideración si, en el caso concreto, interviene más de una persona. Solamente en esta clase de casos, de intervención múltiple, corresponde preguntarse por la calidad en la que interviene una y otra. Pero si es cierto que, de un modo más bien intuitivo, nuestro CP recoge un modelo diferenciado de intervención delictiva, entonces la tarea fundamental es discernir la calidad en la cual participa uno y otro sujeto. No obstante, con este objeto resulta altamente indicado proceder al análisis de la intervención de cada uno por *separado*, y evitar, en cambio, una valoración conjunta de todas ellas. Así, en un supuesto como el del hecho uno del caso de introducción, en que la pregunta radica en si la persona en cuestión responde como «autora mediata» o como inductora, es preciso, para un mejor análisis, deslindar rigurosamente la intervención concreta de esta en el hecho de aquello que realiza el ejecutor, puesto que sólo así puede calibrarse exactamente el *peso* de la intervención de una y otro en el delito. Piénsese solamente que, si en el caso en comento se llegase a la conclusión de que la persona que obra «desde atrás» –nota común a la autoría mediata y a la inducción– es «autora mediata», entonces la atribución de esta calidad implicaría que el ejecutor sería, en principio, mero partícipe, salvo que se admita la dudosa categoría del «autor de-

trás del autor». En todo caso, esta es solo una muestra de la relevancia que adquiere la forma de abordar un caso de intervención múltiple; no se pretende con ello tomar partido por ninguna orientación teórica.

Ahora bien, junto con esa «regla de oro», conviene observar otra recomendación metodológica en esta clase de supuestos, por lo demás muy frecuente en la praxis. Según esta otra regla, en tal clase de casos siempre conviene empezar con el análisis de la intervención del sujeto que se encuentra, descriptivamente, «más cerca» de la ejecución del hecho constitutivo de delito. Por ende, en casos en que viene en consideración la imputación del sujeto «de atrás» a título de autoría mediata es recomendable tematizar antes la calidad con la cual interviene el ejecutor. Esta regla metodológica es aplicable incluso en casos de coautoría, en los que puede distinguirse la intervención de un sujeto en la fase de preparación y de otro u otros en la de ejecución. Lo anterior se explica porque la imputación a título de coautoría, por definición, supone que al menos uno de los intervinientes realiza «de propia mano» los elementos del tipo legal respectivo de la parte especial, que entonces luego configura el objeto de la imputación a los demás en el marco del concierto previo.

## Capítulo 8

# Concurso de delitos: concurso real heterogéneo (artículo 74 CP), concurso real homogéneo (artículo 351 CPP), concurso ideal y medial (artículo 75 CP)

## 1. Coordinadas generales: ubicación sistemática y relevancia penológica

Desde las memorias de grado de Alfredo Etcheberry, de mediados de la década del 50 del siglo pasado, y de Juan Bustos Ramírez, de principios de la década siguiente, la doctrina nacional ha abordado tanto el concurso aparente de leyes penales como el concurso ideal en estrecha conexión con la teoría general de la acción y del delito. Sin embargo, esta orientación tradicional de la doctrina, que pervive en nuestros días, ha pasado por alto que las dos reglas concursales –artículos 74 y 75– no se encuentran ubicadas en el Título I, § 1 «De los delitos», sino que lo están en el Título III, «De las penas», y, específicamente, en el § 4 «De la aplicación de las penas», de la parte general del CP. Es decir, ya para el legislador originario era claro que la cuestión del «concurso de delitos», aunque ni siquiera usase esta expresión, concernía a un problema netamente *penológico*, esto es, a ventilar sólo una vez que, en el caso concreto, resultase patente que un mismo sujeto había cometido dos o más delitos.

Esta aproximación sistemática al problema se vio corroborada, en el plano semántico, con el uso de la palabra «hecho» en el marco del artículo 75, en lugar de las expresiones «acción u omisión», que en cambio sirven a la definición de delito en el artículo 1 CP. Esta diferencia semántica se le escapa a todo planteamiento dogmático que, para los efectos de dilucidar el supuesto de aplicación de la regla de concurso ideal, insiste en recurrir a la categoría de la «unidad de acción», categoría que, por el contrario, sí aparece recogida –desacertadamente– en el § 52 del Código Penal alemán. Como sea, y al respecto parece existir amplio consenso en los trabajos de la doctrina nacional en las últimas dos décadas del siglo



en curso, lo cierto es que con el uso de la expresión «hecho» el artículo 75 CP recoge un concepto *más amplio* que el de acción u omisión, que a su vez sirve de eje en torno al cual se construye la teoría del delito. Este mayor alcance del concepto de «hecho», y lo mismo sucede con la conexión de medio a fin que define el otro supuesto del así llamado «concurso medial», se explica porque lo único que pretende hacer el legislador originario con la regla del artículo 75 es apartarse del régimen de acumulación de penas contemplado en la disposición precedente y en su lugar prever un régimen de unificación de sanciones, no obstante que se han cometido dos o más delitos, en los supuestos denominados posteriormente por la doctrina de concurso ideal y de concurso medial; es decir, contempla un régimen penológico sensiblemente diverso, otro modo de aplicar las penas fijadas para los diversos delitos cometidos por el mismo sujeto.

Ahora bien, recién el legislador más moderno del siglo XX incluyó una tercera regla general del concurso de delitos en el artículo 509 (537) del antiguo Código de Procedimiento Penal, que posteriormente fue replicada en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Esta regla concursal se ha definido con base en la idea de «reiteración de delitos de la misma especie», es decir, alude al supuesto en que un mismo sujeto ha cometido varias veces la misma clase de delitos, que luego se ventilan en el marco de un mismo proceso penal. En estos casos, la legislación procesal también contempla un régimen de unificación de penas, pero con una exasperación de la pena en uno o dos grados. Respecto del alcance de la frase «delitos de la misma especie», la cuestión ha sido zanjada por el propio legislador de la Reforma Procesal Penal en el sentido acuñado por el artículo 351 inciso cuarto CPP, esto es, se trata de delitos que vulneran el mismo bien jurídico, por ejemplo, homicidio y femicidio, hurto y robo, estafa y administración desleal, etc. Pero el punto que todavía se discute en la doctrina nacional atañe a la diferencia entre el supuesto regulado en el inciso primero del precepto, que alude al caso en que los varios delitos de la misma especie cometidos pueden estimarse «como un solo delito», y el caso previsto en el inciso siguiente, que se refiere al supuesto en que esa valoración conjunta no es plausible por la «naturaleza de las diversas infracciones». Lo otro que se discute bastante es la forma en la que el tribunal ha de proceder para el incremento de la única pena en uno o dos grados, cuando la legislación sustantiva contempla un marco penal, compuesto de varias penas. En todo caso, los alcances de estas

controversias se ven significativamente morigerados por la regla del inciso tercero de la disposición en comento, norma que autoriza al tribunal a volver al régimen de acumulación de penas del artículo 74 CP en el caso en que este le sea más favorable al condenado. Lo interesante de esta norma de remisión es que, de alguna manera, deja en evidencia que el artículo 351 CPP, en su conjunto, ha sido concebido como una excepción a la regla del artículo 74 CP, pues solo así puede entenderse que ella opere como una auténtica contraexcepción. Dogmáticamente, además, esta lectura favorece una interpretación sistemática según la cual ambas reglas pueden ser concebidas bajo la misma categoría del concurso *real* de delitos, con la diferencia de que este sería *homogéneo*, en los supuestos del artículo 351 CPP, en contraste con la *heterogeneidad* de delitos que supondría la regla del artículo 74 CP.

## 2. Caso paradigmático

Para ilustrar este punto del debate hemos seleccionado el caso de N. Riffo.

### 2.1. Concursos de delitos: síntesis del caso N. Riffo<sup>179</sup>

Durante la madrugada del día 14 de mayo del año 2016, M.O.O.R. se encontraba en su domicilio ubicado en calle Lautaro N° xx de Coyhaique, en compañía de un grupo de personas, entre las cuales se encontraba su conviviente doña N.M.R.R., con quien tiene dos hijos en común, de 4 y 3 años. Habiendo consumido bebidas alcohólicas, y bajo los efectos de dicha sustancia, se inicia una discusión entre O.R. (en adelante, el imputado) y su conviviente (en adelante, la víctima). El imputado se descontroló, procediendo a insultar, amenazar y agredir a la víctima, provocando que esta huyera del lugar por calle Lautaro hacia el oriente. El imputado procede a seguirla y la alcanza luego de cruzar la calle M. En el lugar procede a golpear a la víctima en reiteradas oportunidades en la cabeza con dos trozos de concreto que portaba en sus manos, causándole lesiones consistentes en una 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 la cabeza, rostro y extremidades, que le provoca-

<sup>179</sup> Síntesis caso: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, rol 1-2017.

ron 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.

El caso de N. Riffo resulta jurídicamente polémico, particularmente por las distintas calificaciones jurídicas que hiciera la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema sobre el momento en que el sujeto golpea a la víctima con los dos trozos de concreto que portaba en las manos, provocando la serie de lesiones antes señaladas. Mientras la Corte de Apelaciones califica el hecho como un femicidio frustrado con dolo eventual, la Corte Suprema establece que se trata de un supuesto de lesiones graves y gravísimas en virtud de dos argumentos. En primer lugar, se establece que no es claro que el sujeto haya tenido la intención de matarla, y, en segundo lugar, que la fase de frustración de un delito de resultado no puede ser realizada con dolo eventual, sino que únicamente con dolo directo.

Sin embargo, el presente análisis se referirá a la calificación jurídica del concurso real establecido por la Corte.

En el extracto de la sentencia se aprecian tres hechos que tienen su propia calificación respecto de un delito. En el primer hecho se puede constatar un delito de amenazas del artículo 296 número 1 del Código Penal y/o un delito de lesiones menos graves del artículo 399 del mismo cuerpo legal. En el segundo hecho, y a diferencia de la calificación de la Corte Suprema, en este comentario se asume la calificación jurídica realizada por la Corte de Apelaciones y por el voto minoritario del ministro Juica, que corresponde a una calificación de femicidio frustrado en conformidad al entonces artículo 390 inciso segundo, actual artículo 390 bis, y el artículo 7 del CP. Finalmente, el tercer hecho constituye un delito de mutilaciones del artículo 396 del CP o lesiones gravísimas del 397 número 1 del mismo código (este último punto no fue discutido por el recurso de la defensa ni por la Corte Suprema, toda vez que ambos delitos llevarían a la misma pena).

El presupuesto de una calificación jurídica de un concurso de delitos presupone la existencia de más de un delito. En el extracto del caso en cuestión se aprecian tres hechos distintos, cada uno con una calificación jurídica para un delito, lo que, por tanto, se traduce en un concurso de delitos. Al respecto, ambas cortes señalan que se trata de un concurso

real de delitos, sin una mayor fundamentación del tipo de concurso realizado por el sujeto activo, situación que responde a una práctica jurisprudencial común y acrítica en torno a la distinción entre un concurso real y un concurso ideal de delitos y, en particular, a la del criterio de unidad de hecho que los distingue.

Como bien establece el artículo 75, primera parte, del CP, un concurso ideal de delitos es el que, a diferencia de un concurso real, se realiza mediante un solo hecho, traduciéndose este régimen concursal en uno de absorción agravada de la pena, esto es, la aplicación de la pena mayor asignada al delito más grave. En cambio, un concurso real implica la realización de distintos delitos mediante hechos distintos, lo que lleva a un régimen de cuantificación agregada y separada de las penas.

Como se puede apreciar, para la calificación bajo uno u otro de estos regímenes concursales es indispensable el esclarecimiento sobre lo que implica una unidad de hecho en el sentido del artículo 75 del CP. Sin embargo, el contenido de este elemento no se encuentra tratado por la ley positiva y sus contornos han dependido históricamente de los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en la materia.

A propósito de ello, se puede adelantar que existirían tres criterios de distinción. Para Matus, esto implicaría que los distintos hechos se realizaran en un momento espacio-temporal unitario, a fin de establecer la presencia de un concurso ideal de delitos. Para la jurisprudencia tradicional, basándose en los aportes de Etcheberry y Bustos, la unidad de hecho dependería de la realización de los distintos delitos en un supuesto de unidad de acción, lo cual significa que los distintos delitos se realizan mediante solamente una conducta, mientras que para Mañalich la unidad se establecerá conforme al criterio sugerido por Kindhäuser de la “evitabilidad conjunta”, a verificar según un razonamiento hipotético en orden a suprimir la acción (o la omisión) de la conducta a fin de establecer la presencia de un concurso de delitos. Con base en este último criterio, en caso de que mediante la supresión se realice más de un delito, estaríamos en presencia de un concurso ideal de ellos.

Si bien la Corte no fundamenta la razón y el criterio jurídico que adopta para la distinción entre un concurso ideal y un concurso real de delitos, es posible apreciar que adopta el criterio tradicional de la jurisprudencia establecido por Etcheberry y Bustos como corolario de la escuela finalista y sus consecuencias en la interpretación de determinados problemas dogmáticos nacionales.

### 3. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

Cuando nos referimos al concurso de delitos, se trata de hipótesis de pluralidad de hechos constitutivos de una pluralidad de tipos penales, o un solo hecho que satisface la descripción típica de varios tipos o varias veces del mismo tipo penal.<sup>180</sup> Coincide la doctrina al sostener que son principios rectores en esta materia que a cada delito corresponde una pena y que nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo delito (*non bis in idem*).<sup>181</sup>

Es relevante distinguir cuándo nos encontramos ante una unidad de delito, esto es, cuándo se realiza voluntariamente, por una o varias personas, una conducta típica; independientemente de que sea integrada por varios actos, lo relevante es que la ley los considere una sola conducta.<sup>182</sup> Algunos autores se refieren a una unidad natural o jurídica de acción.<sup>183</sup> Por otra parte, un sector de la doctrina adhiere al término de unidad de hecho,<sup>184</sup> ya que la ley habla de «hechos»; en ese sentido, Van Weezel<sup>185</sup> define «hecho» como un efecto en el mundo. Por otra parte, según Cury,<sup>186</sup> la mayoría de los tipos que constituyen la base del sistema exigen la realización de una sola acción; en tales casos, se habla de una unidad natural de acción con consiguiente unidad delictiva. En contraste, se encuentran los casos de unidad jurídica de acción; estas son situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones u omisiones que son valoradas como una unidad por el respectivo tipo penal.<sup>187</sup> Existe unidad jurídica de acción en los delitos complejos, permanentes, de tipicidad reforzada, en los tipos mixtos acumulativos y en los delitos habituales.<sup>188</sup>

<sup>180</sup> VARGAS (2011), p. 298; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 554.

<sup>181</sup> VARGAS (2011); ETCHEBERRY (1998), p. 109; NOVOA (2005), p. 220.

<sup>182</sup> VARGAS (2011); MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 554.

<sup>183</sup> CURY (2011), p. 650; GARRIDO (2005), p. 435; ETCHEBERRY (1998), p. 110.

<sup>184</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 487; ETCHEBERRY (1998), p. 119.

<sup>185</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 487.

<sup>186</sup> CURY (2011), pp. 650 y 651.

<sup>187</sup> GARRIDO (2005), p. 437; CURY (2011), p. 651.

<sup>188</sup> CURY (2011), pp. 651-653; VAN WEEZEL (2023), pp. 494 y 495; MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 558-560.

### 3.1. Delito continuado

Es reconocido como un caso límite de unidad jurídica de delito o acción.<sup>189</sup> Esta figura no tiene un reconocimiento expreso en nuestra legislación, es más bien una creación del derecho consuetudinario.<sup>190</sup> Se utiliza este concepto para referirse a aquellos casos en que se ejecutan varias acciones en tiempos diversos y es posible considerar que cada una, de forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos penales de la misma especie, pero, a pesar de aquello, deben tratarse en conjunto y ser castigadas como un solo hecho punible,<sup>191</sup> porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber.<sup>192</sup> Se establecen como requisitos del delito continuado la unidad de autor y pluralidad de acciones,<sup>193</sup> en la que cada una debe satisfacer independientemente el tipo penal; el transcurso de un cierto lapso temporal entre la ejecución de cada una de estas acciones;<sup>194</sup> si se trata de un delito que afecte bienes jurídicos personalísimos, debe existir unidad en el sujeto pasivo;<sup>195</sup> finalmente, los delitos en conexión deben ser de una misma especie.<sup>196</sup>

En cuanto a la faz subjetiva, se ha planteado que la violación de la norma es única cuando, conforme a la representación del autor, no era posible consumarla sino en forma fraccionada;<sup>197</sup> otros autores exponen que basta con que, conforme a un proyecto general del autor, este decida la ejecución en una serie de actos típicos,<sup>198</sup> exista una unidad de propósito del agente<sup>199</sup> o una igualdad en la motivación.<sup>200</sup> El fundamento de esta figura es el principio de humanidad de las penas. Además, Garri-

<sup>189</sup> CURY (2011), p. 653.

<sup>190</sup> CURY (2011), p. 653.

<sup>191</sup> CURY (2011), p. 654; GARRIDO (2005), p. 440, añade como requisito que esta pluralidad de acciones se debe realizar con base en un plan preconcebido del autor; VAN WEEZEL (2023), p. 493.

<sup>192</sup> CURY ((2011)), p. 656.

<sup>193</sup> CURY (2011), p. 657; GARRIDO (2005), p. 441; ETCHEBERRY (1998), p. 111.

<sup>194</sup> GARRIDO (2005), p. 441; VAN WEEZEL (2023), p. 493.

<sup>195</sup> CURY (2011), p. 658; GARRIDO (2005), p. 443.

<sup>196</sup> CURY (2011) pp. 653 y ss; GARRIDO (2005), p. 442; VAN WEEZEL (2023), p. 493; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 561; ETCHEBERRY (1998), p. 111.

<sup>197</sup> CURY (2011), p. 656.

<sup>198</sup> GARRIDO (2005), p. 444.

<sup>199</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 493; ETCHEBERRY (1998), p. 112.

<sup>200</sup> GARRIDO (2005), p. 444.

do<sup>201</sup> sostiene un fundamento de práctica procesal, cuando resulta difícil establecer en los procesos, en que se investigan los hechos, la oportunidad y circunstancias concretas en que se llevaron a cabo las acciones delictivas múltiples; coinciden con la exigencia de este requisito Matus y Ramírez.<sup>202</sup>

Existen diversas posturas sobre el tratamiento punitivo que debe tener este tipo de casos. Para Cury<sup>203</sup> debe seguirse la regla del inciso segundo del artículo 75 CP, ya que el fraccionamiento necesario sitúa a las acciones en relación de medio a fin. Sin embargo, la postura mayoritaria sostiene que, a pesar de que no existe reglamentación expresa, se debe imponer la pena del único delito que resulta de la unificación.<sup>204</sup> En este punto destaca la posición de Novoa,<sup>205</sup> quien considera que, a falta de legislación expresa, no es aplicable esta figura y, por lo tanto, existen tipos en los que cada conducta típica constituye un nuevo delito, donde deberá aplicarse el concurso real, o tipos para los que la pluralidad es indiferente; en este caso, no multiplican los hechos.

### 3.2. *Concurso real o material*

Nos encontramos ante un concurso real o material cuando un mismo sujeto ejecuta o participa en la ejecución de dos o más delitos independientes entre sí, sin conexión, y no hay una condena previa; además, estos hechos deben ser juzgados en un mismo proceso.<sup>206</sup> El concurso real puede ser homogéneo o heterogéneo; es homogéneo cuando el sujeto realiza en reiteradas ocasiones hechos punibles que afectan el mismo bien jurídico y heterogéneo cuando los diversos delitos no tienen relación entre sí. El concurso real heterogéneo se encuentra regulado en el artículo 74 del Código Penal; por otra parte, el concurso real homogéneo se encuentra previsto en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Además, se regulan de forma especial los casos de concurso en que existe una relación medio-fin entre los distintos delitos, regulados en conjunto con los casos de concurso ideal del artículo 75 del CP.

<sup>201</sup> GARRIDO (2005), p. 441.

<sup>202</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 561.

<sup>203</sup> CURY (2011), p. 657.

<sup>204</sup> GARRIDO (2005), p. 444; VAN WEEZEL (2023), p. 493.

<sup>205</sup> NOVOA (2005), pp. 241 y 242.

<sup>206</sup> VARGAS (2011), p. 298; CURY (2011), pp. 659 y 660; GARRIDO (2005), p. 447; ETCHEBERRY (1998), p. 115; NOVOA (2005), p. 224.

### 3.3. Concurso real heterogéneo (artículo 74 CP)

En estos casos, el sistema consagra un sistema de acumulación material o aritmética de penas, mediante la mera suma de ellas; así lo establece el artículo 74 CP.<sup>207</sup> Según este criterio, los diversos delitos son sancionados como hechos independientes, y el autor común debe cumplir con la suma de penas correspondientes.<sup>208</sup> De ser posible, se cumplirá con las penas de manera simultánea, a no ser que de esto se vuelva ilusoria alguna de las penas, en cuyo caso deberán aplicarse de manera sucesiva, partiendo por las más graves, que serían las privativas de libertad.<sup>209</sup> Para Matus y Ramírez,<sup>210</sup> la suma de estas penas es el máximo a imponer, siendo el punto de partida de las diferentes reglas concursales, que aparecen como una defensa para su mitigación.

### 3.4. Concurso real homogéneo (artículo 351 CPP)

Nos encontramos ante un concurso real homogéneo en las hipótesis en que un sujeto ejecuta o participa en la ejecución de una pluralidad de delitos de la misma especie; en este caso, el tratamiento punitivo se encuentra establecido en el artículo 351 del CPP, que mantiene una estructura similar al antiguo artículo 509 del C. de PP. No obstante, se precisa de manera distinta lo que se entiende por delito de la misma especie. En ese sentido, son delitos de la misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico;<sup>211</sup> Matus y Ramírez<sup>212</sup> proponen una interpretación amplia, en que podrían ser considerados delitos de la misma especie aquellos que protegen un mismo bien jurídico, aunque sean de carácter pluriofensivo. El régimen penológico establecido en este artículo permite aumentar hasta en dos grados la pena señalada por la ley al delito unitariamente considerado.<sup>213</sup>

<sup>207</sup> VARGAS (2011), p. 298; CURY (2011), p. 660; GARRIDO (2005), p. 448; NOVOA (2005), p. 226.

<sup>208</sup> CURY (2011), p. 660; GARRIDO (2005), p. 448; VAN WEEZEL (2023), p. 487; ET-CHEBERRY (1998), pp. 116 y 117.

<sup>209</sup> CURY (2011), p. 661; VAN WEEZEL (2023), p. 491; NOVOA (2005), pp. 226 y 227.

<sup>210</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021) p. 555.

<sup>211</sup> CURY (2011) pp. 661 y 662.

<sup>212</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021) , p. 571.

<sup>213</sup> GARRIDO (2005), p. 450.



No existe acuerdo doctrinal sobre cuándo los hechos pueden constituir o no “un único delito” en el sentido del art. 351 inciso 1 CPP. Algunos sostienen que solo puede ser considerada un solo delito la reiteración del mismo tipo penal; en cambio, un amplio sector estima que se puede considerar como un solo delito aquellos tipos que pueden ser medidos en magnitudes o cuya caracterización o pena toma en cuenta aspectos pecuniarios.<sup>214</sup> En ese orden de ideas, según lo establecido en el artículo 351 CPP, en su inciso primero, si las diversas realizaciones típicas pueden considerarse como un solo delito, se impondrá la pena de este, aumentándola en uno o dos grados. Por otra parte, si las diversas infracciones no se pueden considerar como un solo delito, se aplica la pena de aquella que, considerada aisladamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, tenga asignada una pena mayor; a diferencia de la regla del inciso primero, el cálculo se hace a partir de la pena determinada en concreto.<sup>215</sup> En el inciso tercero se establece expresamente que, en caso de que la aplicación de este régimen penológico sea más perjudicial, debe aplicarse la regla del artículo 74.

### 3.5. *Concurso ideal*

Se trata de hipótesis en que un sujeto ejecuta o participa en la ejecución de un hecho que configura dos o más tipos penales; en estos casos, se aplica la disposición del artículo 75 CP:<sup>216</sup> «La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos [...] en estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave». Aquí nos encontramos con un solo hecho que es constitutivo de varios delitos. En estas situaciones, se considera a la persona culpable de todas las realizaciones típicas, pero se aplica una solución penológica unitaria.<sup>217</sup> Por lo general, se entiende que los casos de delitos preterintencionales y los culposos con pluralidad de resultados deben ser tratados según la regla del concurso ideal,<sup>218</sup> aunque en este último punto existe discusión, ya que en casos similares los tribunales han considerado la existencia de un solo cuasidelito.<sup>219</sup>

<sup>214</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 572; NOVOA (2005), p. 227.

<sup>215</sup> MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 573.

<sup>216</sup> VARGAS (2011), p. 300; CURY (2011), p. 663; GARRIDO (2005), p. 452; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 569; NOVOA (2005), p. 230.

<sup>217</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 487.

<sup>218</sup> CURY (2011) p. 664.

<sup>219</sup> CURY (2011) , p. 665.

El concurso ideal es homogéneo cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal; por otro lado, es heterogéneo el supuesto de que el hecho satisface las exigencias de distintos tipos penales. En ese sentido, parte de la doctrina sostiene que la regla del artículo 75 sólo aplica a casos de concurso ideal heterogéneo, ya que en los casos del concurso ideal homogéneo no hay delito más grave.<sup>220</sup> Otro sector considera que esta clasificación sólo tiene valor sistemático, puesto que, desde el punto de vista práctico, las dos situaciones se rigen por lo dispuesto en el artículo 75 CP.<sup>221</sup>

El sistema penológico establecido en este artículo es denominado como sistema de absorción de las penas, ya que se impone la pena mayor asignada al delito más grave.<sup>222</sup> El delito más grave es aquel que tiene asignada la pena más extensa,<sup>223</sup> aunque Cury<sup>224</sup> plantea que esto debe ser apreciado en el caso concreto; por otra parte, la pena más grave es siempre la pena más alta establecida para el delito que se tenga por más grave.<sup>225</sup>

### 3.6. Concurso medial

En rigor, se trataría de un concurso real al que el legislador ha decidido dar un trato distinto,<sup>226</sup> cuando existe una relación de medio a fin entre los delitos, aplicando el sistema de absorción; es decir, se impone únicamente la pena mayor asignada al delito más grave. Debe existir una relación de medio a fin<sup>227</sup> o una conexión ideológica, la que debe ser juzgada en concreto. Su existencia depende de las circunstancias del caso y no sólo de la naturaleza intrínseca de los hechos.<sup>228</sup>

Si al seguir este procedimiento resulta una sanción más grave, parte de la doctrina sostiene que debe aplicarse la regla del artículo 74, ya que

<sup>220</sup> GARRIDO (2005), p. 453.

<sup>221</sup> CURY (2011), p. 666; VAN WEEZEL (2023), p. 487.

<sup>222</sup> CURY (2011) p. 666.

<sup>223</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 491; Matus y Ramírez (2021), p. 571.

<sup>224</sup> CURY (2011) (), p. 667.

<sup>225</sup> CURY (2011), p. 667; NOVOA (2005), p. 227.

<sup>226</sup> CURY (2011), p. 662; VARGAS (2011) p. 300; GARRIDO (2005), p. 451; ETCHEBERRY (1998), p. 118.

<sup>227</sup> CURY (2011); GARRIDO (2005), p. 451; VAN WEEZEL (2023), p. 448; NOVOA (2005), p. 234.

<sup>228</sup> CURY (2011) (), p. 662.

el *telos* de la norma sería aplicar una sanción más beneficiosa, y esto rige tanto para el concurso ideal como medial;<sup>229</sup> no obstante, otra parte de la doctrina no está de acuerdo, ya que el artículo no contiene una mención expresa a esta posibilidad.<sup>230</sup>

#### 4. Propuesta de un método para la solución del problema

La ubicación de las reglas acerca del concurso de delitos en un plano penológico sugiere un modo de abordar esta clase de problemas jurídico-penales. Suponen que, en el caso concreto, el sujeto ha cometido múltiples delitos, sea que estos se encuentren en concurso ideal o medial, sea que concurren real o materialmente. En este sentido, corresponde ventilar la cuestión del concurso de delitos sólo una vez que, en el caso concreto, se ha confirmado que, respecto del mismo sujeto, concurren, más de una vez, todos los elementos que configuran un delito, esto es, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; de modo que, si solo falta uno de ellos, entonces se está frente a un supuesto de unidad delictiva, que no da lugar a la aplicación de estas reglas. Estas se vuelven pertinentes solamente en el supuesto en que concurren los requisitos que tornan legítima la aplicación de más de una pena, sea que estas se acumulen aritméticamente, sea que se unifiquen o absorban en una sola agravada o exasperada. Metodológicamente, lo anterior se traduce en la recomendación de abrir un acápite sobre concursos a continuación del análisis por separado de cada delito realizado por el sujeto. Al mismo tiempo, resulta altamente conveniente mantener separados los planos del análisis de cada delito y de la aplicación de estas reglas de carácter penológico. Así, sería metodológicamente incorrecto adelantar consideraciones relativas al concurso antes del análisis de cada delito; por ejemplo, en el caso de N. Rifo, recurrir a la categoría del concurso real para fundar la existencia de dos delitos. En casos como este, siempre es recomendable de alguna manera dividir el análisis del caso en tantas partes como delitos se habrían cometido, y sólo después responder la pregunta sobre si los delitos se encuentran unidos en un mismo hecho, en el sentido amplio del artículo 75 CP, o, por el contrario, son independientes entre sí, de modo que resultaría aplicable la regla del artículo 74 CP o su excepción del artículo 351 CPP.

<sup>229</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 492; MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 571.

<sup>230</sup> GARRIDO (2005), p. 451, *supra* nota 35.

En cierto sentido, la categoría doctrinaria y jurisprudencial del delito continuado ha servido, en buenas cuentas, para extraer determinados casos del ámbito de aplicación de la aún severa regla de «reiteración delictiva», o, mejor, de concurso real homogéneo, del artículo 351 CPP. De alguna manera, esta categoría, de raigambre eminentemente práctica, es usada como una herramienta de unificación penológica en supuestos en los cuales no se logra verificar, con toda precisión, la concurrencia de los requisitos de configuración de cada delito de la misma especie, cometido por el sujeto a lo largo de un lapso muchas veces extenso de tiempo. En estos casos, emprender un análisis riguroso, por separado, de cada momento que forma parte del único delito continuado se vuelve una tarea bien difícil de acometer. Cuando se trata de hipótesis de carácter *patrimonial*, como estafa o malversación de caudales públicos, por ejemplo, resulta clave por lo menos ofrecer una reconstrucción de los momentos y los montos involucrados en cada uno que, sumados, arrojan el valor total del perjuicio infligido o que constituía el objeto de apropiación por parte del sujeto activo, monto total con base en el cual luego se determina la pena a aplicar (en los ejemplos, según el artículo 467 o de acuerdo con los artículos 233 o 238 inciso segundo CP). Como este análisis, obviamente, no se puede emprender tratándose de hipótesis de connotación *personalísima* –como, por ejemplo, de carácter sexual o vinculadas a la intimidad de la víctima–, resulta aconsejable, junto con chequear la concurrencia de los requisitos postulados por la doctrina, proceder a un juicio de valoración conjunta de los diversos momentos fácticos como constitutivos de una sola *agresión* en contra del bien jurídico respectivamente tutelado por la norma prohibitiva, en términos tales de poder concluir, fundadamente, que se está en presencia de un delito continuado que a su turno vuelve necesaria la aplicación de una sola pena contemplada para una agresión de esa entidad.



## Capítulo 9

# Panorama de las circunstancias calificantes y privilegiantes, así como de las agravantes y atenuantes generales

## 1. Coordenadas generales: ubicación sistemática

Una vez que, en un caso concreto, se han establecido los elementos fundantes de la responsabilidad, como son el contenido de *injusto* descrito por algún tipo de la parte especial y la *culpabilidad* del sujeto por su realización, se abre la discusión acerca de la relevancia que adquieren las más diversas circunstancias fácticas en la condena y en la cuantía de la pena, en particular la extensión de la pena privativa de libertad. En virtud de la regla del artículo 342 inciso cuarto del CPP, se pueden distinguir, en términos generales, dos clases de circunstancias fácticas adicionales a las que fundan la responsabilidad penal. Por un lado, hay circunstancias que son relativas al hecho punible, esto es, al hecho constitutivo de delito, y, por otro, hay otros factores que le son ajenos. De ahí que dicha regla procesal inste al tribunal a pronunciarse acerca de la primera clase de circunstancias en el momento mismo de la condena, al cabo del juicio, pudiendo dejar pendiente la discusión acerca de la otra clase de factores para la audiencia de determinación de la pena.

Ahora bien, al interior de la primera clase de circunstancias la doctrina tradicionalmente ha recurrido a la diferenciación entre injusto y culpabilidad para a su vez distinguir entre aquellas que conciernen al contenido de *injusto* del hecho, incrementándolo o disminuyéndolo, y las que solo atañen a la *culpabilidad* del sujeto por haber cometido dicho injusto, también reforzando el juicio de reproche o morigerándolo. La segunda clase de circunstancias, en cambio, son de lo más variopintas, puesto que algunas de ellas dicen relación también con el contenido de injusto y cuentan como circunstancias *materiales* en el sentido del artículo 64 inciso segundo CP, mientras que otras constituyen más bien circunstancias *personales* en el sentido del inciso primero de este artícu-



lo; incluso pueden encontrarse aquí circunstancias y calidades personales que provienen de la vida *anterior* del sujeto, y otras que surgen recién con *posterioridad* al momento del hecho punible. Esta segunda clase de circunstancias, empero, tienen en común que sólo inciden en la cuantía de la pena.

Pues bien, en general es el propio *legislador* quien le asigna una relevancia determinada a la primera clase de circunstancias y, por ende, le confiere un valor en *abstracto*, previo a la valoración concreta que luego despliega el tribunal en el caso individual. De alguna manera, el legislador *anticipa* la valoración de dichas circunstancias, que de otro modo quedaría entregada al juicio del tribunal. Esta valoración anticipada se plasma en dos técnicas legislativas distintas. Una técnica consiste en incluir la valoración de estas circunstancias relativas al hecho punible ya en la formulación misma de la *norma de sanción* y, por ende, para los efectos de la fijación de la pena *abstracta* o del marco penal. Por ejemplo, en la formulación de la norma de sanción del homicidio calificado, el legislador le asigna ya un valor en abstracto a la circunstancia de la alevosía o de la premeditación, contemplando un marco penal mayor en comparación con el previsto para el homicidio simple. Otro tanto sucede con las normas de sanción del parricidio y del femicidio, con la diferencia de que la razón del marco penal también mayor consiste en el valor asignado a la relación entre autor y víctima, o a la posición social de esta última. Pero la misma técnica usa el legislador cuando formula una norma de sanción *privilegiada* y, por ende, reduce la pena abstracta o el marco penal. El ejemplo paradigmático es la norma de sanción prevista para el infanticidio, que es privilegiada en comparación con la del homicidio y desde luego con la del parricidio. La otra técnica legislativa consiste en relegar la valoración en abstracto de esta clase de circunstancias a una regla de fijación de la pena distinta a las respectivas normas de sanción y que usualmente se contempla a continuación de la formulación de los tipos legales correspondientes. El ejemplo paradigmático de esta otra técnica legislativa es la regla del artículo 400 CP, que ordena el incremento de la pena en un grado, por la concurrencia de las circunstancias o calidades personales que indica, respecto de los delitos de lesiones graves o menos graves. Aparentemente, entre ambas técnicas legislativas existe una diferencia meramente formal, casi de estilo. Sin embargo, la previsión legislativa de una norma de sanción cualificada o privilegiada, además de modificar la pena abstracta o el marco pe-

nal, hacia arriba o hacia abajo, adquiere relevancia procesal en el acto mismo de la *condena*, un momento antes incluso de la imposición de la pena abstracta mayor o menor. Así, comunicativamente al menos, es distinto condenar a una persona como homicida que hacerlo por haber cometido un parricidio o un femicidio, o sólo un infanticidio. En cambio, el uso de la otra técnica legislativa únicamente incide en el plano netamente penológico, esto es, en la *cuantía* de la pena, pues el título de condena se mantiene igual.

Respecto de la segunda clase de circunstancias, muy variopintas por relacionarse o no con el hecho punible, y por tratarse a su vez de circunstancias materiales o personales, que asimismo atañen a la vida anterior o posterior del sujeto, en general, el legislador de alguna manera «delega» la valoración de su concurrencia al juicio del *tribunal* en el caso *concreto* y, por ende, esta incide exclusivamente en la cuantía de la pena, en su mayor o menor extensión. De ahí la nomenclatura que suele usar la doctrina para referirse a ellas en los términos de circunstancias meramente *modificadorias* o modificativas de la responsabilidad penal, en el sentido de que la atenúan o que la agravan, e incluso que pueden surtir uno u otro efecto (*v. gr.*, artículo 13 CP). Se trata de las *atenuantes* generales contempladas en el artículo 11 y de las *agravantes* generales previstas en el artículo 12 del CP, pero también de las pocas atenuantes especiales y de las muchísimas agravantes especiales previstas en la parte especial del código y de la legislación penal fuera del mismo.

## 2. Identificación de reglas y problemas: la cuestión del orden de aplicación de las reglas

En esta sección ofreceremos una síntesis de la doctrina y la jurisprudencia relevantes para este punto, y luego consideraremos en particular las circunstancias atenuantes y las agravantes.

### 2.1. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

Una vez concluido el análisis relativo a la teoría del delito y comenzando el proceso de determinación de la pena que corresponde aplicar al sujeto que resulta ser responsable penalmente, cobra especial relevancia el análisis relativo a las circunstancias que modifican precisamente esta responsabilidad, ya sea atenuando o agravando la pena preestablecida por el legislador para el delito respectivo.



La doctrina suele comenzar el tratamiento de este punto con una introducción a las generalidades y, en este contexto, explora las diversas clasificaciones que pueden aplicarse a estas circunstancias. En este sentido, es habitual distinguir inicialmente entre las circunstancias modificatorias genéricas y específicas: las primeras se caracterizan por aplicarse a todo delito, a menos que se indique lo contrario, mientras que las segundas se aplican exclusivamente a ciertas figuras delictivas, conforme a lo establecido por la ley, y generan el efecto asignado específicamente por esta.<sup>231</sup>

La doctrina también avanza hacia una clasificación adicional, que adquiere una relevancia aún mayor, la cual se centra en el fundamento de la atenuante o agravante respectiva. En este sentido, se puede diferenciar entre aquellas que se fundan en criterios político-criminales, aquellas que derivan de consideraciones relacionadas con la personalidad del autor y, por último, las que inciden en la antijuridicidad o culpabilidad del delito.<sup>232</sup>

En relación con lo anterior, es crucial recordar que cuando la situación que fundamenta la circunstancia se integra al tipo del hecho punible, se convierte en un elemento intrínseco del mismo, calificándolo o privilegiándolo, que es el caso de la alevosía como parte del homicidio calificado, por ejemplo.<sup>233</sup> Así, es relevante detenerse en este punto, especialmente en lo que respecta a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 63 del CP.<sup>234</sup>

En efecto, Garrido Montt recalca la importancia de tener claro que, una vez que estas circunstancias pasan a ser elementos de un tipo penal, quedan sujetas a él, perdiendo su calidad de circunstancias modificatorias para todos los efectos, cuestión que se debe tener presente para la posible comunicabilidad a los demás intervinientes.<sup>235</sup>

Ahora bien, clasificar las circunstancias modificatorias según su naturaleza, esto es, distinguiendo entre subjetivas y objetivas, nos conduce a la cuestión del alcance del artículo siguiente, a saber, el 64 del CP,

<sup>231</sup> Entre otros, ETCHEBERRY (1998), p. 15; CURY (2011), p. 472.

<sup>232</sup> CURY (2011), p. 473.

<sup>233</sup> Al respecto, GARRIDO (2005), p. 179, hace referencia a estas hipótesis como situaciones que, siendo descritas como circunstancias modificatorias, no tienen, en rigor, esa calidad.

<sup>234</sup> GARRIDO (2005), p. 179.

<sup>235</sup> Ídem.



en cuanto a la comunicabilidad. Así, aquellas agravantes o atenuantes de carácter personal que, como bien sabemos, aluden a la disposición moral del delincuente, relaciones particulares con la víctima u otra causa personal, sólo permiten atenuar o agravar la responsabilidad de aquellos en quienes concurran, es decir, son incommunicables, mientras que serán comunicables aquellas que consistan en «la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo», las que atenuarán o agravarán «la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».<sup>236</sup>

## 2.2. *Circunstancias atenuantes: generalidades*

En cuanto a las circunstancias atenuantes propiamente tales, podemos hacer un ejercicio clasificatorio similar, dividiéndolas en eximentes incompletas, atenuantes basadas en los motivos del agente, atenuantes vinculadas a la personalidad del individuo y atenuantes que se sustentan en la conducta del autor después de cometer el delito.<sup>237</sup>

Luego, en relación con las eximentes incompletas, aunque se aprecian las reflexiones planteadas por Pacheco<sup>238</sup> al sostener que el fundamento de la atenuación de estas radica en la propia eximente, es necesario tener en cuenta que seguir esta línea argumentativa, que establece que la razón de la atenuación reside precisamente en que compone una parte de la eximente, podría llevarnos al absurdo opuesto. Tal como ilustra Cury, podríamos encontrarnos en la situación paradójica de considerar que, por ejemplo, apropiarse de una cosa mueble ajena con el consentimiento del dueño, que la ha regalado, debería también ser parcialmente penalizado, ya que si consideramos que el «todo» es injusto, deberíamos aplicar lo mismo a la «parte».<sup>239</sup> Similar línea argumentativa ha seguido la jurisprudencia en cuanto a afirmar la diferencia de fundamento entre la eximente incompleta como atenuante y la eximente misma.<sup>240</sup>

<sup>236</sup> Rodríguez Devesa (tal como se cita en CURY [2011], p. 473) profundiza en estas problemáticas.

<sup>237</sup> CURY (2011), p. 475.

<sup>238</sup> Pacheco, Francisco (1842): Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, p. 132, tal como se cita en CURY (2011), p. 476.

<sup>239</sup> CURY (2011), p. 476.

<sup>240</sup> Corte Suprema, rol 2980-2002.



En otro orden de ideas, es crucial recordar que, en el contexto de las eximentes incompletas con requisitos explícitamente enumerados, como es el caso de la legítima defensa, la situación en la que se cumple la mayoría de estos requisitos resulta inherentemente más favorable que aquella en la que sólo se cumplen unos pocos. Esta distinción se refleja claramente en el artículo 73 de nuestro CP. De ahí que a las eximentes incompletas a las que esta regla confiere un efecto atenuante considerablemente más pronunciado que el otorgado habitualmente a las atenuantes se las conozca como *atenuantes privilegiadas*.<sup>241</sup>

Respecto de las demás atenuantes, únicamente recordaremos que aquellas basadas en los motivos del agente constituyen una situación de exigibilidad disminuida a causa de imperfecciones en el proceso de formación de la voluntad y dentro de ellas encontramos, entre otras, las así llamadas *atenuantes pasionales* –v.gr. art. 11 núm. 5. En cuanto a las atenuantes relativas a la personalidad del sujeto, encontramos la que probablemente tiene mayor aplicación práctica por parte de la jurisprudencia y cuyos problemas generalmente se relacionan con la prescripción de la pena,<sup>242</sup> esto es, la irreprochable conducta anterior –art. 11 núm. 6 CP.<sup>243</sup>

Finalmente, las atenuantes relativas a la conducta del autor posterior al delito se fundan en consideraciones utilitaristas en donde el legislador le otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Aquí podemos mencionar principalmente a la atenuante de colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos –art. 11 núm. 9 CP.<sup>244</sup>

### 2.3. Circunstancias agravantes

Nuestra doctrina ha criticado enérgicamente la formulación del artículo 12 del CP por carecer de orden sistemático y estructura. Se

<sup>241</sup> CURY (2011), p. 478.

<sup>242</sup> Al respecto, se evidencia que el principal punto que se discute al analizar la concurrencia –o no– de esta atenuante dice relación con la forma en la que se debe contabilizar el plazo de prescripción de las condenas previas, ya sea teniendo en cuenta la pena en abstracto o la pena concreta aplicada al infractor.

<sup>243</sup> CURY (2011), pp. 479-496.

<sup>244</sup> Al respecto, la jurisprudencia también se ha pronunciado, evidenciando que el principal problema es dilucidar cuándo la declaración del imputado permite establecer una colaboración de carácter sustancial.

presenta una relación exhaustiva de circunstancias, con una casuística confusa y desordenada, por lo que la situación ha suscitado críticas debido a que no es posible identificar claramente el fundamento teórico que justifica estas circunstancias, aunque cada una de ellas parece estar vinculada con un presupuesto particular.<sup>245</sup> La crítica es de tal calibre que incluso, según Cury, algunas de estas circunstancias sugerirían un enfoque de derecho penal de autor.<sup>246</sup>

Al respecto, a pesar de seguir las ideas del Código Penal español en esta materia, la Comisión Redactora decidió no incorporar la facultad del tribunal para aplicar, por analogía, otras circunstancias cuando son semejantes a las que se enumeran en el texto legal,<sup>247</sup> lo cual, de todas formas, iría a contrapelo de lo dispuesto en el artículo 19 número 3 de nuestra actual Constitución, en cuanto a que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración».<sup>248</sup>

Ahora bien, aunque ya hemos mencionado algunas de las clasificaciones que pueden aplicarse a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en general, en este punto adquiere especial importancia la distinción entre circunstancias agravantes materiales y personales. En particular, dentro de estas últimas, una de las que goza de mayor aplicación en la práctica es aquella que agrava la responsabilidad penal del sujeto reincidente.

A pesar de la antigüedad que mantiene esta institución, no se encuentra libre de detractores, quienes estiman que esta circunstancia iría en contra del principio de igualdad ante la ley, toda vez que «a iguales hechos se impondrían sanciones distintas, por la sola circunstancia de que una persona ha cometido delitos con anterioridad».<sup>249</sup> En este sentido, parece que la razón subyacente en esta circunstancia agravante sugiere que la pena previamente impuesta al individuo que reincide en la delincuencia no fue lo bastante severa como para disuadirlo.<sup>250</sup>

Al respecto, la doctrina distingue la reincidencia entre propia e impropia, en donde la primera implica que la condena que se impuso por

<sup>245</sup> GARRIDO (2005), p. 205.

<sup>246</sup> CURY (2011), p. 131.

<sup>247</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 25.

<sup>248</sup> Constitución Política de la República, artículo 19 número 3, inciso séptimo.

<sup>249</sup> GARRIDO (2005), p. 213.

<sup>250</sup> MUÑOZ y GARCÍA (1993), p. 432.

el anterior delito ya se ha cumplido, en tanto que en la segunda se entiende que, a la fecha de la comisión del segundo delito, no se ha cumplido –art. 12 núm. 14. A su vez, la reincidencia propia se puede subclasificar en genérica y específica, distinción que refiere al tipo de delitos cometidos (misma o distinta especie) –art. 12 números 15 y 16 CP.<sup>251</sup>

Finalmente, vale la pena mencionar otra circunstancia agravante que ha tenido gran aplicación en el último tiempo y que sufrió una reciente modificación, esto es, aquella establecida en el artículo 72 de nuestro código. En efecto, anteriormente esta circunstancia agravaba la responsabilidad del adulto que se prevalece de un menor de edad en la comisión del delito. En este contexto, cobraba especial relevancia la expresión *prevalecerse*, desde donde se desprendía que no bastaba con actuar junto con un menor, sino que era necesario aprovecharse de esa condición.<sup>252</sup>

Luego de la modificación que introdujo la Ley 21.444 en el año 2022, esta circunstancia pasó a agravar la responsabilidad del adulto que comete el delito con la simple «intervención» del menor de edad. Como es lógico, esto lleva a que se incrementen las posibilidades de aplicación de la agravante, sin perjuicio de que la jurisprudencia se mantiene dividida en cuanto a la verdadera voluntad del legislador al respecto, recogiendo todavía la idea de aprovechamiento detrás de esta hipótesis.<sup>253</sup>

### 3. Propuesta de un método para la solución del problema

Desde la época de P. J. A. *Feuerbach*, la doctrina científica ha distinguido tres momentos fundantes del camino de la pena estatal. El primer momento, de *conminación* de un delito con una pena, es el momento originario, a cargo del legislador. El segundo momento, de la *imposición* de la pena legal, es el acto del Estado que ejecuta el tribunal. Y un tercer momento, de *ejecución* de la pena previamente fijada por el tribunal, es un acto estatal que actualmente es de competencia de la administración. En el marco de tal distribución de competencias entre legislador y tribunal, este ha de moverse, en principio, al interior del ámbito previamente definido en la legislación.

<sup>251</sup> GARRIDO (2005), p. 214.

<sup>252</sup> Corte de Apelaciones de Talca, rol 1207-2017, considerando cuarto.

<sup>253</sup> Al respecto, obsérvese la jurisprudencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 183-2023, considerando séptimo; RIT 126-2023, considerando décimo; RIT 111-2023, considerando duodécimo, y RIT 187-2023, considerando noveno.

A partir de esta distinción de orden fundamental, y que responde a la lógica del Estado de Derecho, es posible extraer una pauta general para abordar la cuestión tradicionalmente debatida del orden de aplicación de las reglas sancionatorias previamente resumidas. Según esta distinción básica, el tribunal se encuentra sometido a la pena contemplada por el legislador, en el sentido de que ha de imponer una sanción cuya entidad sea en principio equivalente a la entidad del delito, también previamente definida por el propio legislador. En contra de lo sugerido por la doctrina nacional en el punto, el artículo 73 se encuentra construido en una relación indisoluble con las *circunstancias* que eximen de responsabilidad, incluidas en el, por lo demás extenso, catálogo del artículo 10 CP. Y *todas* estas circunstancias, a su vez, según la interpretación ofrecida por la propia doctrina, tienen en común que dicen relación con uno u otro elemento fundante de la responsabilidad, es decir, con las circunstancias materiales y personales que constituyen el *delito* como tal. Por consiguiente, si en el caso concreto, por ejemplo, falta uno de los requisitos de la legítima defensa, porque hubo provocación suficiente por parte del agredido, entonces lo anterior significa, en clave moderna, que se está en presencia de un injusto, pero cuyo contenido se encuentra notablemente reducido por la concurrencia de la agresión e incluso de la necesidad racional del medio empleado por el agente provocador. O si en el caso es uno de los varios requisitos del estado de necesidad exculpante el que falta, por ejemplo, porque se trata de una persona sometida a deberes de soportar el peligro quien actúa, entonces, nuevamente en clave moderna, hay culpabilidad, se le puede formular un juicio de reproche, pero su entidad se encuentra también muy reducida por la concurrencia de los requisitos básicos de tal eximente, a tal punto que la pena, a la luz de sus fines, podría llegar a estimarse innecesaria.

Ambos ejemplos muestran la estrecha conexión que existe entre las circunstancias catalogadas en el artículo 10 CP y los elementos fundantes de la responsabilidad por el delito. Y es el propio legislador quien se pronuncia acerca de la relevancia penológica de estas hipótesis, contemplando una significativa rebaja de la pena en atención a que, si bien existe delito, su gravedad se encuentra considerablemente reducida, por lo que, en esta relación de equivalencia entre delito y pena, esta también debe verse notablemente rebajada. En la medida en que la regla del artículo 73 CP lo que hace, de alguna manera, es ajustar el *quantum* de la pena a la gravedad en concreto del delito, se trata de una regla sanciona-

toria que ha de recibir aplicación *antes* de la valoración de la concurrencia de otras circunstancias relevantes en el plano netamente penológico. Y otro tanto cabe decir, lamentablemente, de la regla recientemente modificada del artículo 72 CP que, empero, surte efecto hacia arriba, lo que surge ya del tenor de la disposición, cuyo alcance implica una modificación de la pena legal respectiva. Asimismo, es preciso considerar aquí aquellas reglas en virtud de las cuales también el propio legislador les asigna un efecto penológico determinado a ciertas circunstancias modificatorias de la responsabilidad, sean calificantes, sean privilegiantes, como sucede, por ejemplo, con el artículo 400 CP en el ámbito de los delitos de lesiones corporales. Como se anotó al principio, aquí es el propio legislador quien *anticipa* la valoración de ciertas circunstancias que, de otro modo, quedaría abandonada al juicio práctico del tribunal.

Por ende, las demás circunstancias puramente modificatorias de responsabilidad, atenuantes y agravantes, contempladas en la parte general o en la especial, recién constituyen objeto de valoración en el marco del proceso de *individualización* de la pena en el caso concreto o de la determinación de la pena *concreta*, a cargo del tribunal.



## Capítulo 10

# Nuevas modalidades de determinación de las penas en el derecho nacional

## 1. Coordenadas generales: ubicación sistemática

En el momento crucial de la decisión acerca de la *cuantía* de la pena se ve reflejada toda la carga simbólica y el significado práctico del derecho penal, su peso específico. Aquí es donde puede observarse lo *propio* de esta rama del ordenamiento jurídico y donde puede palparse la nota que diferencia la pena estatal de otras consecuencias jurídicas, como las sanciones administrativas y civiles, puesto que la pena, paradigmáticamente la privativa de libertad, se impone a la *persona* del condenado, con la implicancia de la privación del ejercicio del derecho originario a la libertad de acción. No se puede sancionar un hecho como tal, por muy delictivo que este sea, sino que siempre se castiga a una persona por haberlo cometido reprochablemente. El delito, con todos sus elementos, funge como presupuesto de aplicación de la pena, por cierto, esencial, constitutivo; esta clase de responsabilidad, empero, se hace efectiva mediante la aplicación de una pena a una persona *concreta*, «de carne y hueso». De ahí que, tradicionalmente, la decisión judicial acerca del *quantum* de la pena se haya concebido en los términos de un proceso de *individualización* de la sanción, esto es, como un paso que va desde la pena abstracta contemplada por el legislador a una concreta y exacta impuesta por el tribunal a la persona del condenado, «cara a cara».

Pero, el sujeto no es persona solamente en el momento del hecho constitutivo de delito, sino que lo es desde mucho antes y lo sigue siendo después. Y la pena como tal incide en el *estatus real* de persona por un período más o menos largo de tiempo. Es por eso que el CP originario le ha dejado al tribunal un cierto ámbito de juego en cuyo interior este puede moverse para calibrar y valorar la concurrencia tanto de atenuantes como de agravantes, en las cuales, a su vez, se ven



reflejadas circunstancias que atañen a la vida anterior y posterior de la persona del condenado, como ocurre, por ejemplo, con la atenuante de «irreprochable conducta anterior» o con las agravantes de reincidencia, pero también con la atenuante de «reparación con celo del mal causado» --art. 11 núm. 7 CP. Operativamente, el mecanismo concebido al efecto es el proceso que la doctrina llama de determinación de la pena *concreta y exacta*, proceso que tiene su punto de partida en la pena *legal*, prevista por el legislador, en honor al principio de legalidad. En el CP, las reglas que configuran este proceso se encuentran plasmadas en los artículos 65 a 69, incluido el actual art. 68 ter. En general, estas reglas constriñen al tribunal a moverse dentro del marco penal o del grado de una pena, salvo en supuestos más bien residuales, en que, por ejemplo, concurren varias atenuantes y ninguna agravante, caso en el cual el tribunal se encuentra autorizado a llegar más abajo del piso mínimo fijado por el legislador.

Pues bien, desde hace exactamente una década, por diversas razones, más o menos atendibles, el legislador ha ido creando regímenes *sectoriales* de determinación de la pena, que expresamente excluyen la aplicación de las reglas generales del CP. Esta tendencia fue inaugurada por la norma conocida como «Ley Emilia», número 20.770, que estableció reglas especiales de determinación de la pena en relación con el delito de manejo en estado de ebriedad calificado por el resultado, en particular, de muerte, reglas que a su turno se encuentran contempladas en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito, cuyo tenor se preocupa explícitamente de aclarar que «el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley».

Una decisión y técnica muy similar adoptó el legislador de la llamada «Ley de agenda corta antidelincuencia», número 20.931, al introducir un régimen especial de determinación de la pena, aplicable a los delitos de hurto y robo, en el artículo 449 del propio CP. Otro tanto sucedió con una de las tantas reformas introducidas a la Ley 17.798, sobre control de armas, mediante la incorporación de tal clase de régimen penológico en el artículo 17 B de la ley, aplicable a ciertos delitos tipificados en ella. Finalmente, no puede dejar de mencionarse la reciente Ley de Delitos Económicos, número 21.595, que, junto con crear un sistema propio de atenuantes y agravantes, establece un régimen especial de determinación de la pena en los artículos 12 a 18, aplicable a las cuatro categorías de delitos económicos definidas en los primeros



cuatro artículos de este cuerpo legal. El efecto común de estos regímenes sectoriales de determinación de la pena radica en que, por esta vía, el legislador procura someter al tribunal al *quantum* de pena fijado en abstracto por la ley, reduciéndose así aún más el ya estrecho margen que este tenía para la individualización de la pena y la búsqueda de una sanción adecuada a la persona del condenado.

## 2. Síntesis de la doctrina y jurisprudencia selecta en la materia

El punto de inicio para llevar a cabo el proceso de determinación de la pena, lógicamente, implica tener a la vista aquella asignada a cada delito en el tipo penal mismo. Luego es necesario considerar otros factores, ya que, salvo que se señale una pena indivisible, las sanciones que la ley indica abarcan cierta extensión que ha de recorrer el juez para precisar la magnitud definitiva de la pena en cada caso. Asimismo, la pena señalada para cada delito se ve modificada por diversos factores, como el grado de desarrollo del delito, tipo de participación de cada sujeto y circunstancias agravantes y atenuantes, etc. Esto se traduce en la imposición de penas superiores o inferiores a las indicadas para cada delito en la parte especial.

Antes de entrar a discutir sobre la estructura del marco penal abstracto dentro del cual fijaremos posteriormente la pena en concreto, es necesario que otras cuestiones previas sean resueltas. Las dos más relevantes son la resolución de posibles concursos de delitos<sup>254</sup> y los problemas de comunicabilidad.<sup>255</sup> Ambas problemáticas se suscitan con base en las circunstancias en que los hechos delictivos fueron perpetrados y es importante distinguirlas, pues la forma en que sean zanjadas influye directamente en el marco penal que debe ser considerado de principio.

---

<sup>254</sup> A diferencia del concurso ideal o real, los cuales determinan cómo debe ser modificado el respectivo marco penal en atención a los delitos imputados para que la pena designada sea expresiva de cada uno de los delitos, el concurso aparente es aquel en que, frente a casos en donde dos normas *a priori* resultan aplicables, una termina desplazando a la otra, resultando así aplicable solo la pena del delito que desplaza al otro. Para profundizar: MATUS (2008).

<sup>255</sup> El problema de la comunicabilidad o incommunicabilidad surge en aquellos casos en donde existen dos o más intervinientes en un hecho delictivo, y entre estos existe una divergencia de cualidad, lo que convertiría solo a algunos en sujetos de normas especiales. Para profundizar: LEIVA (2017), pp. 219-253.



### 2.1. Principios generales sobre determinación de la pena

Se distinguen algunos principios generales para la determinación de la pena aplicable. En primer lugar, según lo dispone el artículo 57 CP, cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta.<sup>256</sup> En segundo lugar, para determinar cuál es la pena superior o inferior en grado a otra, es preciso buscar esta última en la respectiva escala gradual<sup>257</sup> y subir o bajar en la misma el número de grados necesario.<sup>258</sup> Luego, si faltan grados superiores, tratándose de las primeras tres escalas, se aplica el presidio perpetuo y, tratándose de las escalas 4 y 5, se asigna la pena superior de la respectiva escala y, además, la de reclusión menor en su grado medio.<sup>259</sup> Por otra parte, cuando no hay grados inferiores, debe siempre aplicarse la pena de multa;<sup>260</sup> estas dos hipótesis se encuentran reguladas en el artículo 77 CP.

A continuación, si la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de ellas forma un grado de penalidad; la más leve de ellas es el mínimo y la más grave el máximo.<sup>261</sup> En quinto lugar, si la ley asigna a un delito penas alternativas,<sup>262</sup> contenidas o no en la misma escala gradual, el tribunal no está obligado a imponer a todos los responsables penas de la misma naturaleza.<sup>263</sup> Por otro lado, si la ley señala para un delito penas copulativas en distintas escalas, o si agrega multa a las de la misma escala, se aplicarán a todos los responsables, pero cuando una de las penas se impone al autor por circunstancias propias de él, que no concurren en los demás, no se hará extensiva a estos.<sup>264</sup>

Finalmente, si la ley impone hacer rebajas respecto de un marco penal que contiene penas compuestas, debe hacerlas desde el mínimo, lo que se desprende de lo establecido en el artículo 61 número 2 del Código.<sup>265</sup>

<sup>256</sup> NOVOA (2005), p. 358; CURY (2011), p. 761; GARRIDO (2005), p. 317. Esta regla se sintetiza, según ETCHEBERRY (1998), p. 172, en la frase «cada pena es un grado y cada grado es una pena».

<sup>257</sup> El artículo 59 CP clasifica las penas en cinco escalas graduales distintas, agrupándolas según su naturaleza y ordenándolas de forma decreciente según gravedad.

<sup>258</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 172; NOVOA (2005), p. 357.

<sup>259</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 172; NOVOA (2005), p. 359, y CURY (2011), p. 762.

<sup>260</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 172; GARRIDO (2005), p. 319.

<sup>261</sup> NOVOA (2005), p. 358; CURY (2011), p. 761.

<sup>262</sup> Situación regulada en el artículo 61 del Código Penal.

<sup>263</sup> NOVOA (2005), p. 359; CURY (2011), p. 763.

<sup>264</sup> NOVOA (2005), p. 359; CURY (2011), p. 763.

<sup>265</sup> CURY (2011), p. 762; NOVOA (2005), p. 357.

Al respecto, la discusión doctrinal se centra en cómo debe efectuarse el aumento respecto de un marco penal compuesto, en donde la postura mayoritaria sostiene que se debe elevar cada uno de los grados que lo componen,<sup>266</sup> es decir, un aumento «en bloque», ya que el aumento debe abarcar la integridad de los grados y no recaer solamente sobre la más alta de las penas. Además, cuando la ley ha querido que el aumento parta del máximo, lo ha planteado expresamente. Asimismo, si se aumentara solamente desde el grado superior, la pena quedaría convertida en una de un solo grado.<sup>267</sup>

## 2.2. Reglas relativas a los grados de ejecución y participación

El Código Penal, desde el artículo 50 al 61, atendiendo a las consecuencias de implementar un modelo diferenciador de los títulos de punibilidad, establece reglas para la adaptación abstracta del marco penal atribuible al hecho punible en concreto, bajo las características propias de este y de quienes son responsabilizados por él.

Dichas reglas pueden ser reducidas al siguiente lema: mientras más lejos de la forma consumada en autoría nos encontremos, el marco penal respectivo deberá ser reducido progresivamente en un grado.<sup>268</sup> En ese sentido, el punto de partida es siempre la pena señalada por la ley al describir el respectivo hecho delictivo, la cual se entiende prevista para el autor de un delito consumado.<sup>269</sup> A partir de esta pena es que deben ser aplicadas las normas de los artículos 51 y 52; por tanto, en los casos en donde el hecho que se imputa sea atribuido a título de cómplice o en grado de frustrado, la pena deberá ser reducida en un grado. Siguiendo la misma idea, tanto el encubrimiento como la tentativa de delito, al ser las formas más alejadas de la contemplada por el legislador al momento de describir el hecho delictivo, importan una reducción de dos grados del marco penal respectivo.<sup>270</sup>

<sup>266</sup> CURY (2011), p. 762; NOVOA (2005), pp. 357 y 358; COUSO y HERNÁNDEZ (2011), p. 532.

<sup>267</sup> NOVOA (2005), p. 357.

<sup>268</sup> POLITOFF et al. (2010), p. 502.

<sup>269</sup> COUSO y HERNÁNDEZ (2011), p. 524; POLITOFF et al. (2010), p. 497.

<sup>270</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 177.



### 2.3. *Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal*

El siguiente paso en el esquema de determinación de la pena corresponde al análisis de las reglas relativas al aumento o disminución de ella en relación con la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Antes de adentrarnos en este estudio, debemos tener presente que, tal como se evidencia a partir del artículo 65 de nuestro código, las circunstancias atenuantes tienen mayor impacto que las circunstancias agravantes, y pueden permitir una rebaja de hasta de tres grados de la penalidad (artículo 68 inciso tercero). Al respecto, Cury nos recuerda que esta es una característica de las circunstancias modificatorias que se debe tener en cuenta a la hora de interpretar los demás preceptos legales que regulan el asunto.<sup>271</sup>

Ahora bien, más allá de las apreciaciones generales y las clasificaciones que nos permiten agrupar a las distintas atenuantes y agravantes (cuestión a la que ya hicimos mención en el acápite precedente), vale la pena hacer referencia a las indicaciones que el juez debe tener en cuenta a la hora de acercarse a la determinación de la cuantía exacta de pena. De esta forma, el tribunal deberá atender a las guías establecidas por el legislador a partir del artículo 62 del CP, en donde encontramos, entre otras cosas, referencias a los efectos que producen las circunstancias modificatorias, la prohibición de doble valoración y las indicaciones particulares para realizar el aumento o disminución de pena, atendiendo a la cantidad de circunstancias que concurren y a la naturaleza de la pena establecida por el legislador en la parte especial, sea esta divisible o indivisible.

Al respecto, vale la pena zanjar dos puntos: (1) que la compensación que en ciertos casos debe realizar el juez no responde a criterios matemáticos, sino que debe realizarse racionalmente, atendiendo al valor de las circunstancias que concurren<sup>272</sup> –de esta manera, una atenuante podría ser compensada, por ejemplo, con dos agravantes–;<sup>273</sup> y (2) que nuestro código no establece criterios para concluir que estamos frente

<sup>271</sup> CURY (2011), p. 402. En el mismo sentido, GARRIDO (2005), p. 327.

<sup>272</sup> GARRIDO (2005), p. 333; NOVOA (2005), p. 363; ETCHEBERRY (1998), p. 182.

<sup>273</sup> Al respecto, nuestra jurisprudencia ha acogido recursos de nulidad interpuestos precisamente por haberse utilizado la compensación aritmética en lugar de la racional, exigida en la ley. Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 418-2014.

a una atenuante que pueda considerarse como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis, por lo que será el juez quien, caso a caso, determinará la posibilidad de valorar la circunstancia de esta forma,<sup>274</sup> con lo cual esto es parte de las facultades discrecionales de los y las sentenciadores.<sup>275</sup>

Ahora bien, es precisamente en cuanto al aumento y disminución de las penas que se manifiesta una de las cuestiones más problemáticas a la hora de llevar a cabo el proceso de determinación de pena, esto es, establecer desde qué grado se disminuye y –sobre todo– desde qué grado se debe realizar el aumento de pena.<sup>276</sup> Al respecto, el primer punto (la disminución) es una cuestión en la que nuestra doctrina es conteste, entendiendo que la rebaja se realiza siempre desde el mínimo establecido por ley.<sup>277</sup> Sin embargo, el punto deja de ser pacífico cuando pasamos determinar desde qué grado se realiza el aumento. La doctrina mayoritaria es del parecer que el aumento se realiza «en bloque»<sup>278</sup> y el fundamento para ello parece estar en lo dispuesto en el artículo 68 inciso cuarto de nuestro código. Allí se establece que, ante la concurrencia de dos o más agravantes y a falta de atenuantes, el juez *podrá imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley*, por lo que, si en este caso se establece expresamente esta manera de aumentar la pena, se debe a que esta sería la excepción a la regla general de aumento «en bloque».<sup>279</sup>

La opinión disidente en la materia la tiene Oliver, quien argumenta que si se realiza el aumento en bloque, se permite la aplicación de una pena

<sup>274</sup> CURY (2011), p. 769; ETCHEBERRY (1998), pp. 183 y 184; COUSO y HERNÁNDEZ (2011), pp. 606 y ss.

<sup>275</sup> La Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1555-2010, rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa, estimando que no puede ser constitutivo de la causal de nulidad invocada ya que el tribunal, en ejercicio de sus facultades privativas, se limitó a ponderar los hechos puestos en su conocimiento, concluyendo que los antecedentes aportados no lograron acreditar un desempeño extraordinario del imputado como para llevar a cabo la calificación de la atenuante (en el caso, de irreprochable conducta anterior).

<sup>276</sup> Por supuesto, esta problemática se presenta únicamente con relación a los casos en los que el legislador establece una pena compuesta.

<sup>277</sup> VAN WEEZEL (2023), pp. 555 y 556; NOVOA (2005), p. 357; POLITOFF et al. (2010), p. 499; CURY (2011), p. 762; COUSO y HERNÁNDEZ (2011), p. 521.

<sup>278</sup> Así, CURY (2011), p. 762; GARRIDO (2005), pp. 319 y 320; VAN WEEZEL (2023), p. 556; NOVOA (2005), p. 358; COUSO y HERNÁNDEZ (2011), p. 522.

<sup>279</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 556.

que ya estaba comprendida dentro del marco penal antes de efectuado el aumento.<sup>280</sup> Además, según los artículos 67 y 68 CP, cuando concurre una pluralidad de agravantes, el aumento se realiza al grado inmediatamente superior al máximo de los designados por ley. Sería ilógico, por lo tanto, concluir que cuando el legislador ha querido endurecer el tratamiento punitivo permitiendo que una sola agravante sirva para aumentar un grado, se realice el aumento en bloque, ya que esto haría posible imponer una pena inferior a la aplicable en el régimen general de agravación.<sup>281</sup> Además, sostiene el autor que la decisión legal de atribuir a una sola agravante el efecto de aumentar la pena en un grado debe entenderse como una excepción a la regla de que para aumentar la pena deben concurrir dos o más agravantes, no como una excepción a la forma de hacer el aumento de sanción que establece el artículo 68 del Código. En ese mismo orden de ideas, si la rebaja debe realizarse siempre a partir del grado mínimo, por una cuestión sistemática, el aumento debería ser igual, ya que no existe una razón lógica para implementar un criterio distinto.<sup>282</sup>

#### 2.4. Determinación de la cuantía exacta

Finalmente, la regla relativa al último paso para determinar la cuantía exacta de la pena que corresponde aplicar la encontramos en el artículo 69 nuestro código, en donde se establece que este proceso se llevará a cabo teniendo a la vista el *número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes* que concurren, junto con la *extensión del mal causado* por el delito. En este punto, la cuestión problemática, más allá de la discrecionalidad que otorga la regla, atiende a la consideración, nuevamente, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Al respecto, es lógico que el punto pueda llamar la atención a la luz del *non bis in idem* y, si bien la doctrina se hace cargo de este aspecto, entendiendo de manera casi unánime que el análisis debe realizarse por el juez de forma global, valorando los aspectos que concurren caso a caso, por lo que al parecer no se infringiría la prohibición de doble valoración,<sup>283</sup>

<sup>280</sup> OLIVER (2016), p. 772.

<sup>281</sup> OLIVER (2016), p. 774.

<sup>282</sup> OLIVER (2016), p. 775.

<sup>283</sup> CURY (2011), pp. 769 y 770; GARRIDO (2005), p. 334; ETCHEBERRY (1998), pp. 190 y 191; NOVOA (2005), p. 365.

Van Weezel afirma que el argumento es poco convincente.<sup>284</sup> Aún más, critica fuertemente el *frenesí legislativo* que se tradujo, entre otras cosas, en una reciente modificación al artículo 69 que estableció el deber de tener especial consideración a la agravante del artículo 12 número 22.<sup>285</sup>

### 3. Propuesta de un método para la solución del problema

Las reglas generales de determinación de la pena, de alguna manera, cristalizan una suerte de solución de compromiso entre, por un lado, la imagen que el legislador tiene, en abstracto, de la gravedad de un delito y, por el otro, la mirada de «grano fino» que solo el tribunal puede tener del hecho concretamente cometido por el ciudadano o ciudadana. Desde ya hace una década, la balanza se ha inclinado del lado de la perspectiva abstracta del legislador, en desmedro de la mirada individualizadora del tribunal, en ciertos ámbitos de la criminalidad considerados muy relevantes por los órganos legisladores. Como se mencionó al principio, se trata de los regímenes sectoriales de determinación de la pena introducidos en el artículo 196 bis LT, artículo 449 del CP –en materia de hurto y robos–, en el artículo 17 B de la LCA y en la nueva Ley de Delitos Económicos.

Dos notas son comunes a estos regímenes penológicos especiales. Una primera nota reside en que excluyen la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena concreta del ámbito de ciertos delitos allí precisamente indicados. La segunda nota común radica en que allí donde antes el tribunal podía incluso rebasar la pena o el marco penal hacia arriba o hacia abajo en los supuestos de concurrencia múltiple de agravantes o atenuantes, ahora es el legislador mismo quien fija la pena a imponer en esa clase de escenarios, anticipándose así a la valoración en concreto y sustituyendo al tribunal en una labor que antes le era propia. Y como el tribunal se encuentra sometido a la pena legal, no tiene, en estos casos, más opción metodológica que atenerse a lo ordenado por el legislador en cuanto a la pena aplicable en concreto.

---

<sup>284</sup> VAN WEEZEL (2023), p. 565.

<sup>285</sup> Ídem.



## Bibliografía

### Libros y artículos

- Bustos, Juan (2007). *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Tomo I*. 2ª edición. Santiago: Ediciones Jurídicas
- Carnevali, Raúl (2008). «Un examen a los problemas de relación de causalidad y de imputación objetiva conforme a la doctrina penal chilena». *Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes)*, N° 15.
- Corcoy, Mirenxu (2012). *El delito imprudente*. 2ª edición. Montevideo: B de F.
- Cury, Enrique (2011). *Derecho penal. Parte general*. 10ª edición, ampliada. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Cury, Enrique (2020). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. 11ª edición, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Etcheberry, Alfredo (1998). *Derecho penal. Parte general. Tomos I y II*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, José Manuel (2021). «Los desórdenes mentales en el Código Penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIV (2): 293-312.
- Garrido Montt, Mario (2005). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guerra, Rodrigo (2019). «El impulso irresistible en el miedo insuperable». *Política Criminal*, 14 (28): 54-94.
- Hernández, Héctor y Jaime Couso (2011). *Código Penal comentado. Libro Primero. Arts. 1º a 105. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Legal-Publishing.
- Leiva, Alejandro (2017). «La comunicabilidad en el derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como ‘principio del derecho’». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, segundo semestre: 219-253.



- Matus, Jean (2008). *El concurso aparente de leyes*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Matus, Jean y María Cecilia Ramírez (2015). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. 2ª edición. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Matus, Jean y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte general*. 2ª edición. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Mañalich, Juan (2011). «El delito como injusto culpable». *Revista de Derecho*, XXIV (1): 87-115.
- Medina, Rodrigo (2004). *Manual de derecho penal*. Santiago: LexisNexis.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán (1993). *Derecho penal. Parte general*. 1ª edición. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Náquira, Jaime (2015). *Derecho penal chileno. Parte general. Vol. 1*. 2ª edición. Santiago: LegalPublishing.
- Novoa, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno. Vols. 1 y 2*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Oliver, Guillermo (2016). «Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno». *Política Criminal*, 11 (22): 766-793. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A13.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A13.pdf).
- Politoff, Sergio (1997). *Derecho penal. Tomo I*. Santiago: Conosur.
- Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2004). *Lecciones de derecho penal chileno*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Politoff, Sergio y Luis Ortiz (dirs.) (2002). *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rettig, Mauricio (2017). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Santiago: DER Ediciones.
- Rettig, Mauricio (2019). *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Santiago: DER Ediciones.
- Van Weezel, Alex (2023). *Curso de derecho penal. Parte general*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Vargas, Tatiana (2011). *Manual de derecho penal práctico. teoría del delito con casos*. Santiago: Lexisnexis.

## Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, rol C-830-2017 (apelación - protección) 13 de enero de 2017.

- Corte Suprema, rol 106702-2023 (nulidad penal), 25 de julio de 2022.
- Corte Suprema, rol 6466-2005 (casación fondo y forma), 3 de mayo de 2007.
- Corte Suprema, rol 16945-2021 (nulidad penal), 5 de mayo de 2021.
- Corte Suprema, rol 2980-2002 (casación fondo y forma), 24 de mayo de 2004.
- Corte Suprema rol 185 – 2014 (nulidad penal) 03 de enero de 2014
- Corte de Apelaciones de Concepción rol 864 – 2021 (nulidad penal), 30 de septiembre de 2021.
- Corte de Apelaciones de Valdivia rol 7 - 2022 (nulidad penal) 04 de enero 2022.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1442-2006 (recurso de apelación sentencia definitiva), 19 de noviembre de 2007.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 78253-2002.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 238-2019 (nulidad penal), 13 de agosto de 2020.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1253-2021 (nulidad penal), 21 de enero de 2022.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 418-2014.
- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 418-2014.
- Corte de Apelaciones de Talca, rol 1207-2017.
- 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 183-2023.
- 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 126-2023.
- 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 111-2023.
- 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 187-2023.



*Aspectos esenciales de la parte general del Derecho penal para la labor jurisdiccional*  
de Claudio Quintana R., Luis Emilio Rojas A.



Academia Judicial de Chile  
Colección Materiales Docentes



DER Ediciones

