

Valdivia, treinta de junio de dos mil veintiuno.

VISTO:

Comparece el abogado Cristian Rozas quien interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el cuatro de mayo del presente año, la que condenó a su representado, César Nicolás Rojas Peralta, a quince años de presidio mayor en grado medio como autor de tres delitos frustrados de homicidio en contra de tres funcionarios de carabineros en ejercicio de sus funciones.

Funda su impugnación en dos causales, en primer lugar la prevista en el artículo 374 letra e) y subsidiariamente la contemplada en el artículo 373 letra b), ambas del Código Procesal Penal. En el primer caso, estima que se han producido seis infracciones: a) Por vulnerar los conocimientos científicamente afianzados respecto a la valoración de la declaración del perito Felipe Céspedes Herrera y los datos de atención de urgencia de dos de las tres víctimas; b) por falta de fundamentación respecto al ánimo de matar supuestamente acreditado; c) por fundamentación aparente en relación al dolo directo respecto a los tres hechos acreditados; d) por fundamentación incompleta respecto a la valoración de prueba referente al tercer delito de homicidio frustrado a carabineros; e) por fundamentación aparente respecto al tercer hecho de homicidio frustrado a carabineros de servicio; y f) por falta de fundamentación en torno al grado de desarrollo de frustración respecto al tercer delito de homicidio frustrado a carabineros en servicio, a propósito del cual la víctima no resultó con lesión alguna.

Respecto de la causal subsidiaria, la hace recaer en la errada interpretación que se hace de la faz objetiva de los tipos penales de los artículos 416 del Código de Justicia Militar y el artículo 7° del Código Penal.

Al momento de la vista de la causa compareció el abogado recurrente sosteniendo su recurso y por el Ministerio Público compareció el fiscal Carlos Delgado, solicitando el rechazo del recurso, expresando que son los jueces de la instancia los que han de valorar la prueba. Agrega que el perito no hizo una



autopsia sino un informe de lesiones, que el tribunal tuvo por establecido que la conducta se produjo con dolo directo, pues iban dirigidas a provocar la muerte. Luego hace referencia a la dinámica de los hechos que se tuvo por establecida con la prueba, la que fue analizada y valorada íntegramente por el tribunal.

CONSIDERANDO:

I.- PRIMERA CAUSAL, ARTICULO 374 LETRA e) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

PRIMERO: La causal principal invocada por el recurrente es aquella que permite la revisión del fallo para cuando en él se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e) del Código Procesal Penal, infracción que la hace recaer en seis puntos, los que se analizarán a continuación.

SEGUNDO: El primer fundamento de esta causal, señala que el fallo habría vulnerado los conocimientos científicamente afianzados al momento de valorar la declaración del perito forense Felipe Céspedes Herrera y los datos de atención de urgencia de dos de las tres víctimas, lo que habría ocurrido porque dicho profesional en ningún momento afirmó que las lesiones que constató en los funcionarios de Carabineros, Sres. Astete y Saravia, *“hayan tenido el carácter de mortales, o que de no mediar atención médica hubieran causado el fallecimiento de las víctimas”*, en ese contexto, estima que el Tribunal debió explicar cómo supera el conocimiento científicamente afianzado que las heridas sufridas por las víctimas pudieron ser mortales si el perito no lo afirma.

Del extenso considerando octavo, es posible desprender que el voto de mayoría, en un análisis conjunto de la prueba, determinó la existencia de delitos de homicidio frustrado no solo en consideración al tipo de lesiones que resultaron de la agresión que el condenado desplegó, sino que a ellas se unió la dinámica de los hechos, probada por el relato de los cuatro funcionarios que acudieron al sitio del suceso y por las cámaras de vigilancia a cuyas grabaciones pudieron acceder. Por otra parte, el fallo también se hizo cargo de la forma en que ha determinado la existencia del dolo directo, todo lo que, de forma coherente, permite al tribunal



arribar a la calificación jurídica referida. No existe infracción a conocimientos científicos, sino una ponderación de diversos medios de prueba lo que ha permitido al tribunal ajustar los hechos probados a un tipo penal.

No podemos desatender el hecho de estar frente a un delito frustrado, en donde efectivamente el tipo de lesiones ha de ser un elemento a considerar para evaluar los hechos, lo que se ve facilitado cuando aquellas han podido determinarse científicamente como mortales. Sin embargo, tampoco es posible descartar *a priori* la existencia de un homicidio frustrado, sólo por la presencia de lesiones de menor gravedad ni aún por la ausencia de las mismas, en esos casos, será el resto de los medios de prueba los que permitirán establecer el *animus necandi*, para ajustarlo al tipo homicida o desplazarlo a uno de lesiones. En este caso la mayoría del Tribunal, sin contradecir los conocimientos científicos, acreditados por el perito, estableció delitos de homicidio frustrados conforme lo explicitado en el considerando en revisión, teniendo en cuenta toda la prueba rendida y la dinámica de los hechos.

TERCERO: Luego, el recurso afirma que la sentencia carece de fundamento suficiente en cuanto a la existencia del ánimo de matar.

Sabemos que la expresión literal y directa del ánimo de matar se presenta escasamente en delitos de esta naturaleza y que incluso cuando ella se expone a viva voz, es necesario analizar la dinámica de hechos a fin de concluir si lo prometido pudo efectivamente cumplirse con la acción desplegada o ella resultaba inidónea. Por ello tal ánimo se desprende generalmente de un conjunto de conductas, probadas con los medios respectivos y que el Tribunal interpreta de modo de precisar si ellas se ajustan o no a la exigencia de dolo.

En el considerando octavo es posible leer el siguiente párrafo sobre la materia “*Queda además en claro, que cada uno de tales ilícitos fueron cometidos con dolo directo por cuanto el agente actuó voluntariamente, sin derecho a ello y habiendo realizado todo aquello que estaba de su parte hacer para lograr el objetivo deseado. En efecto, iniciado el forcejeo extrajo un arma de fuego, que*



aunque fuera de un calibre más bien pequeño, no por ello resulta ser menos letal, tratándose esta en todo caso de un arma de fuego y por ello sometida a un estricto y cada vez más severo control estatal en cuanto a su adquisición, tenencia, uso y porte; el disparo efectuado si bien no impresiona a simple vista como uno con aptitud para dar muerte inmediata, resulta de aquellos que pudo infligir una herida en importantes vasos sanguíneos que las máximas de la experiencia permiten saber que irrigan las piernas pudiendo haber desencadenado un violento y profuso sangrado que llevara a la muerte. Los dos actos siguientes claramente fueron ya realizados con una más evidente intención y propósito de matar, habiendo el actor dirigido los disparos a los Carabineros, intentado asegurar el resultado pretendido, para lo que previamente, en cada oportunidad, apuntó el arma a sus objetivos a fin de asegurar el éxito de sus proceder; dolo directo que, por lo demás, incluso permite determinar el propósito de la primera acción realizada en un tiempo inmediato a los consecutivas. Sin perjuicio de lo determinado, a mayor abundamiento, resulta conveniente establecer que, aun cuando se estimare que el agente actuó con dolo eventual, los hechos igualmente lograrían configurar los delitos establecidos de la misma manera que se ha hecho, por cuanto se debe considerar que lo único incompleto en la tentativa inacabada, llamada en nuestra legislación delito frustrado, es el tipo objetivo, no así el subjetivo (dolo en sus distintas modalidades, o culpa), de manera tal que se han de exigir en tal caso los mismos requisitos que en el delito consumado. Dicho de otra manera, si el tipo penal de que se trata permite su consumación mediante dolo eventual, no se divisa la razón para no aceptar que un desarrollo imperfecto del mismo no sea posible con dolo eventual cuando entre uno y otro caso, lo único que falla es la concurrencia de elementos materiales u objetivos del delito.”

De esos párrafos es posible desprender que el Tribunal tuvo por establecido que el condenado actuó con dolo directo, allí explica las razones que lo llevan a concluir así, incluso haciéndose cargo sobre la dinámica en que se produce el primer disparo –que hirió al Sr. Astete- la que pudo provocar dudas sobre sus efectos letales -y con ello debilitar la conclusión del tipo penal-, pero refuerza la



conclusión con alusión a máximas de la experiencia, no cuestionadas, que dicen relación con la ubicación de la herida y las arterias que pudo dañar. Finalmente incardina el dolo directo de las siguientes acciones, el que estima más claro por la dinámica de los disparos, lo que considera un elemento que reafirma el mismo tipo de dolo en la primera acción ofensiva. Incluso, luego, aborda la posibilidad de un obrar con dolo eventual.

En ese contexto, no se advierte fundamentación ausente o insuficiente, por el contrario, el tribunal asume las aristas cuestionadas por la propia defensa y las supera en base a la prueba entregada y a una valoración coherente y no contradictoria.

CUARTO: En tercer término esta causal es fundada en que la sentencia adolece de fundamentación aparente respecto al dolo directo, en relación a los tres hechos que tuvo por acreditados. En concreto echa en falta que la conclusión transcrita en el considerando anterior no haga referencia a doctrina o jurisprudencia en la que se funda, a pesar de los dos fallos de la Excma. Corte Suprema que invoca.

Además de lo señalado en el considerando anterior, que también resulta atingente a lo acá reprochado, cabe señalar que la norma invocada –artículo 342 letra d)- tendrá adecuada aplicación cuando el tribunal estime que existe jurisprudencia o doctrina que apoye su tesis, no es posible exigir que frente a una variedad de ambas fuentes del derecho en cada fallo se deba justificar y refutar cada una de ellas, máxime si no han sido invocadas por las partes. Esa tarea, resultaría exagerada e impertinente.

En cuanto a los fallos referidos por la defensa, es pertinente indicar que allí se trata de una exigencia superada, precisamente, por la sentencia analizada pues, justamente en este caso se ha tenido por probado el dolo directo, que según dicha jurisprudencia es el que permite justificar una ejecución imperfecta del hecho ilícito, tal como se estableció en este caso.



QUINTO: En cuarto lugar esta causal se ha invocado estimando que hay una fundamentación incompleta respecto a la valoración de prueba referente al tercer delito de homicidio frustrado, específicamente respecto de aquella acción que no causó lesiones.

En este caso, el reclamo se funda en que con la prueba rendida no ha podido tenerse por establecido que hubo un disparo después del que hirió al funcionario Saravia, destacando la imprecisión sobre ese punto de los testigos Vera –PDI- quien no encontró huellas de aquel suceso en el sitio de los hechos y que no consultó a los trabajadores del local “La Casa Verde” sobre si vieron o escucharon algo; el funcionario Saravia que en declaración investigativa no dio cuenta de un disparo después del que recibió; el funcionario Alderete que dijo haber oído como cuatro disparos, pero que no vio el que habría sido dirigido a su persona. Agrega que esas versiones fueron consideradas en la sentencia como supuestas inconsistencias menores, superadas por la contundente prueba rendida. Al respecto estima que la calificación como contradicciones menores de las versiones destacadas, constituyen una fundamentación incompleta pues no les otorga valor de corroboración ni se lo niega. En este punto estima acertado el voto de minoría que señala *“En concreto, sobre esta parte de la acusación fiscal, hay pruebas contradictorias, falta de coherencia lineal en testimonios principales; ausencia de elementos neutros de ratificación y prueba previsible no incorporada”*.

Cabe tener en consideración que la frase referida por la defensa, y que estima como fundamentación incompleta, a saber *“En cuanto a las supuestas inconsistencias presentes en los testimonio analizados, como por ejemplo el número total de disparos o a quien iba dirigido el último de ellos, consideramos se trata de cuestiones menores, conforme la contundencia de la prueba de cargo, capacidad e percepción de los mismos testigos y en todo caso, no modifican o alteran el escenario global, en relación a la imputación formulada en contra del acusado”*, correspondiente al párrafo final de la letra b) del considerando octavo, es efectivamente parcial y por ende incompleta, pues solo se refiere a los testimonios de los policías. Tal como lo anuncia el mismo párrafo, más adelante con el resto de la prueba de cargo y en el mismo considerando, el Tribunal



completa su fundamentación al analizar el resto de la prueba en forma individual y luego de forma global, por lo que no se advierte el reproche alegado.

SEXTO: Como quinta fundamentación se invocó la existencia de una justificación aparente en relación al tercer hecho de homicidio frustrado a carabineros de servicio.

En este caso, centra su objeción en los dichos de los funcionarios de la PDI Sres. Vera y Rodríguez, en cuanto el primero señaló *“Según Monsalve el tercer disparo iba en dirección a él y de acuerdo a la versión de Alderete, iba en dirección a él”* y el segundo refirió *“El Cabo Astete y el Sargento Monsalve, ambos mencionaron que el tercer disparo iba dirigido hacia sus personas, lo que no sorprende ya que ambos estaban relativamente cerca”*. Y en lo referido en el fallo al efectuarse el análisis global de la prueba, donde se afirma que el tercer disparo *“que materializa el imputado en su huida y en dirección igualmente a uno o más de los funcionarios policiales, sin que en esa oportunidad el proyectil alcanzara su objetivo”*. Destaca que al momento de fijar los hechos probados por el Tribunal, indicó que ese tercer disparo se hizo contra el Sargento Monsalve.

En ese contexto, estima que la fundamentación para establecer un tercer delito de homicidio frustrado es defectuosa, pues el disparo iba dirigido al funcionario Astete de modo que se trata de un hecho comprendido en el dolo del primer delito establecido, por lo que no puede configurar otro.

Esta fundamentación parte de la base de haberse acreditado la existencia de un tercer disparo, lo que ha sido negado en la fundamentación precedente, cuestión que desde ya amerita su rechazo, porque la causal es una sola con varias fundamentaciones sin que se haya expresamente indicado que una de ellas, la presente, ha sido invocada en subsidio de las otras.

SÉPTIMO: La última razón de interposición de esta causal consistió en atribuir falta de fundamentación de la sentencia respecto al grado de desarrollo de frustración del tercer hecho imputado, en el que la supuesta víctima resultó sin lesiones.

Sobre el punto el recurrente destaca el siguiente párrafo del fallo *“Tampoco es óbice a establecer la existencia de un homicidio frustrado en el caso que no*



haya habido lesión alguna atribuible a la acción del mismo, fundado aquello que en tal caso debiera la sanción atribuirse mediante la configuración de otro tipo penal cual es el de disparos injustificados del artículo 14 D de la Ley N°17.798, pues entre uno y otro existen diferencias que no se pueden obviar. El homicidio tiene como propósito servir de resguardo a la vida humana; no así el disparo injustificado, que se trata de un delito tipificado con otro propósito y que se comete con un dolo distinto, porque el homicidio frustrado está cubierto por el dolo de matar, el que existe y subsiste aun cuando no haya existido resultado lesivo alguno. Aceptarlo de otra manera seria llegar a admitir que se pueda disparar sobre una persona con el explícito y declarado propósito de darle muerte, y habiendo hecho todo lo posible para ello, por una causa azarosa y ajena al autor, haber errado. La circunstancia de tener ambos delitos igual pena en abstracto, en razón de lo aportado no es argumento para sustituir uno por el otro”.

Más que falta de fundamentación se advierte una diferencia en las conclusiones del Tribunal. Como se dijo en el considerando segundo de este fallo, las lesiones de tipo mortal, son un medio de prueba mejorado u óptimo para establecer el delito de homicidio frustrado, pero no es la única prueba que sirve para ello. Así lo ha señalado el fallo en varios pasajes, ya destacados en esta sentencia.

En el párrafo destacado por el recurrente, lo que hace el tribunal más que establecer el delito de homicidio frustrado, desecha un tipo penal alternativo.

Por las razones expuestas en los considerandos precedentes, no se advierte que la sentencia haya tenido vicios sustanciales de nulidad que ameriten la anulación del fallo y del juicio oral.

II.- EN SUBSIDIO: CAUSAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 373 LETRA b) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

OCTAVO: En forma subsidiaria el recurrente ha estimado que se ha producido un yerro de derecho en relación a lo dispuesto en el artículo 7 del Código Penal, específicamente respecto del grado frustrado en que se ha determinado que se han ejecutado tres delitos de homicidio a carabineros en ejercicio de sus funciones. Tal error lo funda en considerar que no ha existido



principio de ejecución del delito de homicidio, pues por una parte hay una víctima sin lesiones y por otra hay dos víctimas con lesiones menos graves, es decir que no han podido causarles la muerte. En ese contexto, estima que los delitos fueron cometidos en grado tentado de modo que la pena ha de ser rebajada, solicitando sea determinada en 10 años y un día de presidio mayor en grado medio.

Afirma que también se ha cometido error de derecho respecto de lo dispuesto en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, pues esa norma posee como descripción el resultado de muerte, estimando que respecto de buscar ese resultado ni siquiera ha existido un principio de ejecución desde que los hechos descritos como acreditados en el considerando octavo, no contemplan *“ninguna afectación a la vida de las víctima, mal podría hablarse del inicio de un curso causal – muerte – que no ha sido principiado por el sentenciado, desde que jurídicamente no se ha puesto todo lo necesario, por el agente, para que dicho curso causal se consume”*.

NOVENO: Cabe recordar que esta causal no admite la modificación de los hechos que el tribunal tuvo por establecidos, por lo que en este caso no es posible modificar los fijados en el considerando octavo. En ellos se precisa que la conducta del condenado se ejecutó con ánimo de matar o causar la muerte, es decir con dolo directo, lo que impide acoger las alegaciones derivadas de la existencia de un dolo eventual.

DÉCIMO: Luego resulta necesario resolver si al calificar los delitos como desarrollados en grado frustrado se ha cometido error de derecho reparable por esta vía.

Lo primero que debe ser destacado es la contradicción entre los fundamentos del recurso, desde que estima que no existe siquiera un principio de ejecución del delito de homicidio, para terminar señalando que este debe ser considerado como ejecutado en grado de tentado, por lo que esa sola razón permite rechazar el recurso por esta causal.

UNDÉCIMO: Sin embargo, amerita referir que los hechos establecidos en el considerando octavo contiene entre ellos un elemento volitivo inamovible por esta



vía, cual es que el acusado actuó con ánimo de matar o causar la muerte, lo que configura el delito previsto en el artículo 416 ya citado.

Por otra parte, se estableció como hechos, en la misma oportunidad, que el acusado ejecutó tres disparos, dos de ellos alcanzaron a los funcionarios de Carabineros, Sres. Astete y Saravia.

Lo anterior permite concluir que sí hubo *animus necandi* y se desplegó una acción lesiva consistente en disparar con arma de fuego lesionando a dos víctimas, en esos casos se trata de una conducta completa pero fallida en el resultado.

Aunque más discutible pudiera ser el caso en que a pesar de tener el dolo de matar no logró siquiera lesionar a la víctima, y por ese motivo pudiera estimarse que hubo desarrollo en grado de tentado, tal aspecto no sería relevante en lo dispositivo del fallo particularmente en la forma de determinar la pena, atento a lo dispuesto en los artículos 75 y 69 del Código Penal, normas aplicables al caso y no impugnada en este recurso.

Por lo expuesto y lo referido en las normas citadas y artículos 384 y siguientes del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad impetrado contra la sentencia dictada el cuatro de mayo de dos mil veintiuno por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, y se declara que ella NO es nula.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

Rol 344 – 2021 PEN.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Marcia Del Carmen Undurraga J., María Soledad Piñeiro F., quien no obstante haber concurrido al acuerdo del fallo no firma por encontrarse en comisión de servicio y Luis Moises Aedo M. Valdivia, treinta de junio de dos mil veintiuno.

En Valdivia, a treinta de junio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>