

## 5. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### HOMICIDIO SIMPLE

*ITER CRIMINIS*. DELITO EN GRADO DE DESARROLLO FRUSTRADO. DELITO FRUSTRADO REQUIERE DOLO DIRECTO, NO EVENTUAL. IMPROCEDENCIA DE CONDENAR COMO AUTOR DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO FRUSTRADO POR DOLO EVENTUAL.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de homicidio simple consumado y delito de homicidio simple frustrado. Defensa de condenada recurre de nulidad y solicita la recalificación del delito calificado como frustrado. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido, con voto de prevención, y dicta sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel.*

ROL: *2512-2015, de 24 de febrero de 2015.*

PARTES: *Ministerio Público con Juan Muñoz Muñoz y otro.*

MINISTROS: *Sra. María Teresa Letelier R., Sra. Liliana Mera M. y Abogado Integrante Sr. Jorge Schenke R.*

### DOCTRINA

- 1. El artículo 7° inciso 2° del Código Penal establece que, para que haya crimen o simple delito frustrado, es necesario que el delincuente ponga de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume, es decir, el sujeto tiene en vista la comisión de un delito en contra de su víctima. De ello se desprende que la norma citada exige dolo directo respecto del agente cuyo delito, en definitiva, no se verifica por causas independientes de su voluntad. En la especie, la imputada, al llevar a efecto los disparos que dieron muerte a la víctima, no tuvo por objeto darle muerte a la otra víctima, sino aceptó esa consecuencia como una alternativa que podía ocurrir con motivo de llevar a efecto su objetivo perseguido, cual era, dar muerte a la primera víctima indicada. Dicho de otro modo, sólo respecto de esta última actuó con dolo directo, pero respecto de la otra víctima actuó con dolo eventual, debiendo ser condenada, en lo tocante a este segundo ilícito, como autora del delito*

*de lesiones menos graves y no de homicidio simple en grado frustrado, como concluyeron erróneamente los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal. (Considerandos 6° a 8° de la sentencia de nulidad).*

*Cita online: CI/JUR/1549/2016*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 7° del Código Penal.*

COMENTARIO DE SENTENCIA ROL N° 2512-2015 DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL: *LA PUNIBILIDAD DEL HOMICIDIO FRUSTRADO COMETIDO CON DOLO EVENTUAL*

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO  
*Universidad de Chile*

La Corte de Apelaciones de San Miguel conoció de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de una mujer condenada por el delito de homicidio simple consumado y por el delito de homicidio en grado de desarrollo frustrado, respecto de un ataque con arma de fuego desarrollado en contra de dos hermanas, pero en el que sólo una de ellas sobrevivió al ataque. Durante el juicio se determinó que la voluntad de la condenada estaba dirigida a ocasionar la muerte de sólo una de las víctimas: aquella a la que efectivamente se le ocasionó la muerte. La causal invocada por la defensa en el recurso de nulidad fue la prevista en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando que se anule la sentencia sólo en aquella parte en que condenó a su representada como autora del delito de homicidio simple frustrado, y dictando en su reemplazo una sentencia condenatoria que recalifique los hechos como constitutivos del delito de lesiones menos graves. El recurrente funda su solicitud en un voto de prevención del tribunal oral que conoció del juicio, el cual calificó los hechos como constitutivos del delito de lesiones menos graves, toda vez que –de acuerdo al informe pericial del Instituto Médico Legal– éstas sanaron en 18 días sin dejar secuelas funcionales ni estéticas en zonas normalmente visibles. A ello añade que tampoco concurrió en los hechos “el dolo directo de matar” respecto de la víctima que sobrevivió al ataque.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, por su parte, acogió el recurso de nulidad en los términos solicitados, afirmando que (i) los hechos descritos confirman que la imputada, al llevar a efecto los disparos que dieron muerte a una de las víctimas pero que no ocasionaron la muerte de la otra, no tuvo por objeto darle muerte a esta última, sino que “aceptó esa consecuencia como una alternativa que podía

ocurrir con motivo de llevar a efecto su objetivo perseguido”, de modo que respecto de la víctima que resultó lesionada actuó con dolo eventual; (ii) dado que el artículo 7° del Código Penal requiere para calificar la conducta como delito frustrado que el delincuente ponga de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma, esto implicaría, en opinión de la Corte, una exigencia subjetiva de dolo directo; (iii) dado que la imputada no tenía la intención de ocasionar la muerte de la víctima sobreviviente, sino sólo de su hermana, no concurre en los hechos el tipo subjetivo requerido por el delito frustrado, cometiendo la sentencia recurrida un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo al calificar los hechos como delito frustrado de homicidio.

El problema jurídico planteado resulta evidente: ¿Es posible cometer delito frustrado con dolo eventual? La Corte contesta negativamente a esta pregunta, entregando sólo un aparente argumento: la definición de delito frustrado del artículo 7° del Código Penal implicaría una exigencia subjetiva de dolo directo. Con ello la Corte, sin señalarlo, adscribe a la postura minoritaria en la doctrina nacional, liderada por el profesor Enrique Cury. Pero la postura de la Corte implícitamente tiene más consecuencias, ya que ella –sin problematizarlo nuevamente– adscribe a una teoría volitiva del dolo, una tesis que va en retirada en la actualidad. Ambas decisiones carecen de fundamentos sustantivos. La Corte por cierto debe decidir en el caso concreto y puede, en la medida en que lo considere correcto, adscribir a una tesis minoritaria. Lo que la Corte no puede omitir es el fundamento jurídico de su decisión, ya que ello no satisface la obligación prevista en el artículo 36 del Código Procesal Penal. No es suficiente con sostener que en su *opinión* un requisito subjetivo más intenso es parte de una determinada figura jurídica; debe entregar los argumentos que permitan controlar racionalmente su decisión.

Existen buenas razones para concluir que el delito frustrado de homicidio puede ser cometido con dolo eventual. La diferencia entre el delito consumado y las etapas previas a la consumación –como lo es el delito frustrado– radica sólo en el aspecto objetivo. En la consumación se realizan todos los elementos del tipo objetivo, mientras que en la frustración y la tentativa una parte del delito no es ejecutado o sólo el resultado no acaece. ¿Cuál es el tipo subjetivo del delito frustrado? El mismo del delito consumado. Para una teoría cognoscitiva del dolo es el conocimiento requerido para atribuirle responsabilidad penal al autor de los actos que configuran total o parcialmente el tipo penal previsto en la parte especial. Si no existe un requerimiento subjetivo especial, como paradigmáticamente ocurre en el delito de homicidio simple, el requerimiento es no haber evitado cometer el delito teniendo conocimiento de que la acción u omisión imputable al sujeto tenía la aptitud causal para ocasionar la muerte de otro. Por cierto, es irrelevante la identidad de la víctima para el delito de homicidio simple, de modo que resulta un argumento impertinente sostener que se pretendía causar la muerte de una hermana, y que sólo se aceptó la muerte de la otra como una posibilidad, para los

efectos de fundar no subsumir la conducta como constitutiva del delito de homicidio frustrado. Si la imputada sabía que los disparos realizados podían causar la muerte de la víctima que finalmente sobrevivió al ataque, entonces ella cometió un delito frustrado de homicidio.

Sin perjuicio de lo anterior, incluso asumiendo como correcta una teoría volitiva del dolo, la Corte debió haber arribado a la misma conclusión. Dado que el plan del autor aceptaba como posibilidad la causación imputable de la muerte de la hermana de la fallecida, en tanto destinataria potencial de disparos a una corta distancia, dicha aceptación del resultado constituye el dolo requerido por el delito de homicidio, el que se configuró en los hechos de la causa, bajo la modalidad del dolo eventual.

Por qué para el delito frustrado no sería suficiente —como dolo— la mera aceptación de un resultado, sino que se requeriría una intención precisa para la obtención de un resultado determinado. Reformulado, por qué —para la Corte— el delito de homicidio frustrado constituiría el intento de ocasionar la muerte de un sujeto determinado —*matar a X*—, pese a que la regla de comportamiento asociada a la sanción del homicidio simple prohíbe causar *la muerte de otro*, constituye una pregunta que sigue pendiente de responder.

#### I. SENTENCIA DE NULIDAD

San Miguel, veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos, rol de ingreso a esta Corte N° 2.512-2015 REF, RUC N° 1400882037-7, RIT N° O-661-2015, del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de doce de diciembre del año dos mil quince, dictada por la sala de dicho Tribunal integrada por los magistrados doña Laura Torrealba Serrano, doña Flavia Donoso Parada y don Freddy Muñoz Aguilera, se condenó a Juan Alberto Muñoz Muñoz a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, sin costas, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple consumado, en perjuicio de Carla Contreras Molina,

perpetrado el 10 de septiembre de 2014 en la comuna de El Bosque, y a Marjorie Andrea Olguea Reyes, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales, sin costas, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple consumado, en perjuicio de Carla Contreras Molina, y a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, por su participación en calidad de autor del delito de homicidio simple frustrado, en perjuicio de Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, perpetrado el 10 de septiembre de 2014 en la comuna de El Bosque.

En contra de dicha sentencia, el abogado defensor penal público don Francisco Armenakis Páez, por la sentenciada Olguea Reyes, dedujo recurso de nulidad invocando como causal la contemplada en la letra b) del artículo

373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación con los artículos 391 N° 2, 7 y 399 del Código Penal, solicitando se anule sólo la sentencia, en aquella parte que condenó a su representada como autora del delito de homicidio simple frustrado, y se dicte sentencia de reemplazo que recalifique los hechos acreditados en la sentencia y la condene como autora del delito de lesiones menos graves a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo.

Por resolución de once de enero pasado el recurso fue declarado admisible, y en la audiencia respectiva intervinieron los abogados Rodrigo Peña Briceño, por la Fiscalía; don Eduardo Camus Cruz, en calidad de abogado defensor y doña Claudia Araya Pino, en calidad de querellante, fijándose la audiencia del día de hoy para la comunicación del fallo.

Oídos los intervinientes y considerando:

*Primero:* Que el recurrente sustenta su arbitrio en el motivo de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, infracción que se desprende de la errónea calificación jurídica que habría realizado el Tribunal, al considerar que los hechos constituían el delito de homicidio simple frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391

N° 2, en relación con el artículo 7° del Código Penal, dejando de aplicar el artículo 399 del mismo texto, debiendo haber calificado el delito como lesiones menos graves en perjuicio de Kimberly Baeza Molina.

El impugnante transcribe el fundamento 16° del fallo, así como el voto de prevención que avala su tesis, sustentada en la declaración de la médico legista doña Patricia Negreti, que concluye que las lesiones –de Kimberly Baeza– son explicables por la acción de proyectiles de arma de fuego, perdigones, pronóstico médico legal de mediana gravedad, sanaron entre 16 a 18 días, sin dejar secuelas funcionales, dejando secuelas estéticas notoriamente visibles en áreas no expuestas normalmente, lesiones que no eran de carácter vital. A lo anterior agrega los dichos de los funcionarios policiales Karla López y Juan Zerené, quienes dan cuenta de haber practicado reconocimiento fotográfico y tomado declaración a la víctima el mismo día de los hechos, lo que permite entender que no se encontraba en condiciones graves.

En otro aspecto, indica que tampoco concurre el dolo directo de matar, apoyándose nuevamente en el voto de prevención, en la doctrina y jurisprudencia que cita, en cuanto a que las formas imperfectas de realización del delito sólo admiten dolo directo y no un dolo eventual, que sería el que la sentencia atribuye al condenado. Analiza luego el *iter criminis*, remitiéndose a la definición de delito frustrado del artículo 7° del Código Penal, y afirma que no hay causas independientes de la voluntad

de su representada que impidieran la consumación del delito de homicidio.

Así, concluye la errónea aplicación del derecho denunciada, la que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo al condenar a su representada a una pena mucho mayor que si se hubiera calificado correctamente los hechos.

*Segundo:* Que como se advierte, la causal de nulidad invocada por la defensa de doña Marjorie Andrea Olguea Reyes se sostiene en que el Tribunal habría errado al condenar al imputado por el delito de homicidio frustrado cometido en contra de doña Kimberly de los Ángeles Baeza Molina. Para este efecto, debe tenerse, como primera consideración, que el crimen o delito frustrado, de conformidad a lo establecido en el artículo 7° del Código Penal, es aquel que no se verifica por causas independientes de la voluntad del delincuente, a pesar de haber puesto éste todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consumara. De este modo, la acción típica condenada, en este caso, la del homicidio, ha sido llevada a cabo íntegramente por el sujeto.

*Tercero:* Que a este respecto, el Ministerio Público alegó en estrados y solicitó el rechazo del recurso de nulidad intentado, pues sostiene que si bien el disparo de la condenada no fue dirigido en contra de doña Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, del informe evacuado por el Servicio Médico Legal, la única razón por la que ésta no murió fue que los perdigones del mismo no afectaron ninguno de sus órganos vitales, pero que necesariamente la imputada Olguea Reyes debió representarse esa posibilidad

como una probable y cierta, atendida las circunstancias en que cometió el ilícito. Por su parte, la querellante señala que esta última actuó con dolo eventual de matar, pues se realizó una acción dirigida a dar muerte a otro y potencialmente efectiva para lograr ese resultado, lo que en definitiva no ocurrió por cuestiones ajenas a la voluntad de la sentenciada.

*Cuarto:* Que en vista de lo anterior, primeramente se hace necesario determinar, en base a los hechos asentados en la causa confirman, la naturaleza o tipo de dolo con que actuó la condenada en la consumación de los hechos; para luego establecer si el dolo con que se defina ha actuado esta última es o no suficiente para dar lugar a la figura del delito frustrado por el cual ha sido condenada respecto de la víctima Baeza Molina.

*Quinto:* Que de conformidad a los hechos establecidos en el considerando Décimo Sexto de la sentencia, puesto que la presencia de doña Marjorie Andrea Olguea Reyes, acompañada de don Juan Alberto Muñoz Muñoz, en el domicilio de la víctima Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, se debió a que “tenían un problema” con la hermana de ésta, doña Carla Soledad Contreras Molina “que tenía que arreglarlo personalmente”. Cuando ésta salió de la casa al antejardín de la misma, “la enjuiciada disparó al menos en dos oportunidades, impactando los perdigones en la espalda y brazos de Carla Contreras Molina y también los perdigones impactaron en Kimberly Baeza Molina, en diversas partes de su cuerpo”, estableciéndose además que “el tirador al disparar la escopeta se encontraba a corta distan-

cia de su blanco (Carla) y de quien la acompañaba (Kimberly)...”.

*Sexto:* Que siendo así, esta Corte es de la opinión que los hechos descritos confirman que la imputada Olguea Reyes, al llevar a efecto los disparos que dieron muerte a la víctima Carla Contreras Molina, respecto de la otra víctima Baeza Molina, no tuvo por objeto darle muerte, sino que aceptó esa consecuencia como una alternativa que podía ocurrir con motivo de llevar a efecto su objetivo perseguido, cual era, dar muerte a la víctima Contreras Molina. Es decir, sólo respecto de esta última actuó con dolo directo, pero respecto de Kimberly Baeza Molina actuó con dolo eventual.

*Séptimo:* Que siendo así, corresponde ahora determinar si es posible, en el delito frustrado, que el sujeto imputado actúe con dolo eventual. Para este efecto, debe tenerse en especial cuenta lo que establece el segundo inciso del artículo 7° del Código Penal, puesto que según éste, para que haya crimen o simple delito frustrado, es necesario que el delincuente ponga de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma, es decir, el sujeto tiene en vista la comisión de un delito en contra de su víctima. Es decir, la norma citada, en concepto de esta Corte, exige dolo directo respecto del agente cuyo delito, en definitiva, no se verifica por causas independientes de su voluntad. En este caso particular, entonces, era necesario que doña Marjorie Andrea Olguea Reyes tuviese la intención de matar a doña Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, cuestión que como hemos visto

y ha quedado asentada en los hechos de esta causa, no fue así, pues su intención era matar a la hermana de ésta, cuestión que efectivamente ocurrió, asumiendo las consecuencias de su actuar respecto de cualquier tercero, incluida Kimberly, quien resultó con lesiones menos graves, de acuerdo al informe evacuado por la perito del Servicio Médico Legal doña Patricia Negreti.

*Octavo:* Que así las cosas, en opinión de esta Corte, constituye un error de derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la interpretación que de los hechos ha realizado la sentencia recurrida, desde que la figura del delito frustrado exige la actuación del agente con dolo directo respecto del crimen o simple delito que no aconteció, lo que no ocurre en el caso de autos respecto de la víctima Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, razón por la cual, encontrándose la situación en aquella contemplada en la hipótesis final del primer inciso del artículo 385 del Código Procesal Penal, se procederá a la invalidación de la sentencia, sólo en aquella parte que condena a doña Marjorie Andrea Olguea Reyes a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, por su participación, en calidad de autora del delito de homicidio simple, en grado de frustrado, perpetrado el día 10 de septiembre de 2014, en la comuna de El Bosque, en perjuicio de Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, procediénd-

dose a dictar la respectiva sentencia de reemplazo.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por el abogado defensor penal público don Francisco Armenakis Páez, por la sentenciada Olguea Reyes, en contra de la sentencia de fecha doce de diciembre del año dos mil quince, dictada por el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sala integrada por los magistrados doña Laura Torrealba Serrano, doña Flavia Donoso Parada y don Freddy Muñoz Aguilera, y se declara que se invalida la referida sentencia, sólo en cuanto a la imposición de la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, aplicada a doña Marjorie Andrea Olguea Reyes por su participación, en calidad de autora del delito de homicidio simple, en grado de frustrado, perpetrado el día 10 de septiembre de 2014, en la comuna de El Bosque, en perjuicio de Kimberly de los Ángeles Baeza Molina. Díctese a continuación, sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo de conformidad a la ley.

Se previene que la Ministra Sra. Mera concurre al acuerdo teniendo únicamente presente para ello que para que estemos en presencia del delito de homicidio frustrado, de acuerdo al artículo 7° del Código Penal, es necesario que

el agente haya puesto todo de su parte para llevar a cabo el ilícito y éste no se produzca por razones ajenas a su voluntad. En el caso *sub lite* la acusada puso todo de su parte para dar muerte a Carla Soledad Contreras Molina, realizando una acción que importaba también la posibilidad cierta de dar muerte o lesionar a Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, resultado que aceptó. Por ello, las lesiones que le causó, de mediana gravedad, que no resultaron mortales, constituyen el delito de lesiones.

Comuníquese, registrada que sea esta sentencia, notifíquese.

Redactó don Jorge Schenke Reyes, Abogado Integrante.

Pronunciada por la Segunda Sala de Verano de la Corte de Apelaciones de San Miguel, presidida por la Ministra señora María Teresa Letelier Ramírez e integrada por la señora Ministra Liliana Mera Muñoz y el Abogado Integrante señor Jorge Schenke Reyes.

Rol N° 2512-2015.

## II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

San Miguel, veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

En cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

*Primero:* Que se dan por íntegramente reproducidas las consideraciones contenidas en el fallo de nulidad que antecede;

*Segundo:* Que, de acuerdo a los señalado y resuelto en los considerandos

5°, 6°, 7° y 8° de la sentencia de nulidad precedente, ha quedado resuelto que no es posible condenar a doña Marjorie Andrea Olguea Reyes como autora del delito de homicidio simple, en grado de frustrado, perpetrado en contra de doña Kimberly de los Ángeles Baeza Molina, puesto que, de la recalificación de los hechos acreditados y teniendo en consideración las consecuencias de éstos, se desprende que el delito cometido por la imputada Olguea Reyes en contra de doña Kimberly de los Ángeles Baeza Molina ha sido el de lesiones menos graves, por lo que se le aplicarán a aquella las penas correspondientes a este ilícito.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se condena a doña Marjorie Andrea Olguea Reyes, individualizado en esta causa, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autora del delito de lesiones menos graves cometidos en la persona de doña Kimberly de los Ánge-

les Baeza Molina, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, en grado de desarrollo de consumado, cometido el 10 de septiembre de 2014 en la comuna de El Bosque de esta ciudad, sin costas por estar patrocinado por la Defensoría Penal Pública y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales.

En su oportunidad, de conformidad a lo establecido en el artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 468 del Código Procesal Penal, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía para la ejecución de la pena.

Regístrese y comuníquese a las partes.

Redactó don Jorge Schenke Reyes, Abogado Integrante.

Pronunciada por la Segunda Sala de Verano de la Corte de Apelaciones de San Miguel, presidida por la Ministra señora María Teresa Letelier Ramírez e integrada por la señora Ministro Liliana Mera Muñoz y el Abogado Integrante señor Jorge Schenke Reyes.

Rol N° 2512-2015.