

THOMSON REUTERS

LA LEY

CASOS DESTACADOS DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

**TATIANA VARGAS PINTO
DIRECTORA**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

CASOS DESTACADOS
DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TATIANA VARGAS PINTO
DIRECTORA

CASOS DESTACADOS

DERECHO PENAL - PARTE GENERAL

© TATIANA VARGAS PINTO

2015 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 260.491 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 735 - 2

1ª edición diciembre 2015 Legal Publishing Chile

Tiraje: 800 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

CASO “MACHI CELESTINO CÓRDOBA”
SCS, 12/05/14, ROL N° 6247-2014

STOP DE TEMUCO, 28/02/14, RUC: 1300014341-8

MYRNA VILLEGAS DÍAZ*

1. NOTAS DEL CASO

El caso que se presenta aborda la problemática relativa a lo que parte de la doctrina identifica como complicidad asimilada a autoría¹, una de las aristas que se discutieron en el caso del incendio con resultado de muerte del matrimonio Luchsinger Mackay. El único detenido, Celestino Córdova Tránsito, *machi del Lof Yeupeco*, fue acusado de haber participado en dos hechos. El primero, ocurrido el 22 de diciembre de 2012, un incendio a tres vehículos y al quincho de la casa habitación del Fundo Santa Isabel, así como el robo de armas al dueño de casa. El segundo hecho ocurrido el 4 de enero de 2013, en la Granja Lumahue, incendio a casa habitación con resultado de muerte del matrimonio. Respecto del primer hecho, el ente persecutor lo calificó como incendio terrorista en lugar habitado (arts. 1° y 2° N° 1 ley N° 18.314 en relación art. 476 N° 1 CP), incendio común de bienes muebles (art. 477 N° 1) y robo con violencia (art. 436 CP). Respecto del segundo hecho, el ente persecutor calificó como incendio terrorista causando muerte (arts. 1° y 2° N° 1 ley N° 18.314 en relación art. 474 CP). En ambos hechos le atribuye participación como autor de conformidad con el art. 15 N° 3 del CP.

* Abogada. Doctora en Derecho. Investigadora Universidad Central de Chile. Trabajo realizado dentro del contexto del Proyecto Fondecyt Regular N° 1140040.

¹ POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, pp. 431-432. CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 616.

El querellante particular a su vez sostiene la misma calificación jurídica, pero atribuye al acusado participación en calidad de autor material (art. 15 N° 1 CP).

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco absolvió por unanimidad al acusado del primer hecho, por no haberse acreditado su participación, calificando el incendio como incendio terrorista (art. 476 N° 1 del Código Penal en relación con art. 2° N° 1 de la ley 18.314). Respecto del segundo hecho, lo calificó como incendio común con resultado de muerte (art. 474 inciso 1° del CP), y condenó al imputado, por mayoría de votos, como autor del artículo 15 N° 3 del Código Penal, a la pena de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo y la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. El voto de minoría sostuvo que se trataba de incendio terrorista.

En adelante solo haremos referencia a este último hecho, y a la calidad de participación del condenado, obviando disquisiciones en torno a la calificación jurídica (delito de terrorismo o delito común) por apartarse del objetivo del presente artículo, cual es discutir la calidad de autor del art. 15 N° 3 del CP y su sutil deslinde con el art. 16 del CP, a la vez que matizar el principio de que no puede haber cómplices sin autores.

1.1. Los hechos y el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco

Los hechos suceden resumidamente de la siguiente manera: La madrugada del día 4 de enero del año 2013, siendo aproximadamente la 01:00 hora, en la comuna de Vilcún, un grupo de personas ingresó al fundo "Granja Lumahue", en cuyo interior se encontraba la casa habitación del anciano matrimonio Luchsinger-Mackay. Al ser advertida su presencia, el dueño de casa les repele con una pistola marca Browning calibre 7.65 mm, produciéndose un intercambio de disparos con los atacantes, en el que el Sr. Luchsinger habría resultado herido. Los atacantes ingresan a la casa habitación, prenden fuego en la morada mediante cuerpos portadores de llamas, a consecuencia de lo cual perdió la vida el matrimonio.

En el curso de los acontecimientos, la Sra. Mackay efectuó diversos llamados telefónicos, entre ellos, uno de auxilio al 133 de Carabineros de

Chile, indicándoles que el autor del hecho había resultado herido. Se distribuyó la información a varios de los funcionarios que se encontraban en el sector colindantes. Dos carabineros que se refieren haber escuchado el disparo en la parcela del fundo Lumahue, ubicado a unos kilómetros del camino a Tres Cerros, se encontraba herido cuando los policías lo aprehendieron. La inteligencia policial que se obtuvo de las muestras en su cuerpo...

Durante el juicio se discutió la prueba que se rinde en torno a cómo sucedieron los hechos y la calificación de la participación de los mismos en calidad de autor (art. 15 N° 1 del CP), considerando la posición de la defensa que el Tribunal Penal fija los hechos y el acusado como coautor del art. 15 N° 3 del CP.

1.2.

La defensa interponió como principal la infracción al artículo 15 N° 3, por lo que se solicitó la influencia sustancial en el mérito que permitiera la aplicación del art. 15 N° 3, por lo que se solicitó que el acusado habría producido por culpa del acusado ingresó al fundo...

² Arrendada a don Alan Córdoba.

³ Declaración de carabineros de Chile.

Chile, indicándoles que los habían atacado y que su marido se encontraba herido. Se distribuyó la comunicación radial por Carabineros y así llegó a varios de los funcionarios policiales (carabineros, GOPE y PDI) que se encontraban en el sector, cumpliendo medidas de protección a los fundos colindantes. Dos carabineros que se encontraban en el fundo de enfrente, refieren haber escuchado a una persona arrastrarse por el interior de una parcela del fundo Luchsinger que estaba arrendada², y salir en el Cruce del camino a Tres Cerros y el camino a General López. Es allí a casi dos kilómetros del siniestro que detienen a Celestino Córdoba Tránsito, quien se encontraba herido a bala en su tórax. Éste se negó a identificarse con los policías aprehensores, pero sí refiere su nombre a un funcionario de inteligencia policial que llegó al sector³, y permite que se realicen tomas de muestras en su cuerpo para pruebas científicas.

Durante el juicio se discuten múltiples aristas que tienen que ver con la prueba que se rinde en autos y que arrojan una duda razonable respecto de cómo sucedieron los hechos, lo que incide sustancialmente en la calificación de la participación criminal. Se discute si el acusado participó en los mismos en calidad de coautor (art. 15 N° 3 del CP), autor ejecutor (art. 15 N° 1 del CP), o si se trata a lo sumo de un cómplice del art. 16 CP, (posición de la defensa en subsidio de la absolución). El Tribunal Oral en lo Penal fija los hechos señalando que el imputado participó en calidad de coautor del art. 15 N° 3.

1.2. Recurso de nulidad de la defensa

La defensa interpone recurso de nulidad sosteniendo como causal principal la infracción al art. 373 b) CPP, aplicación errónea del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo pues, a su juicio, no habría mérito que permitiera concluir en el imputado la calidad de coautor del art. 15 N° 3, por lo que procedería aplicar el art. 385 del CPP. El error se habría producido por cuanto el fallo erróneamente habría establecido que el acusado ingresó al fundo, es decir, no irrumpió en la casa como sostuvo la

² Arrendada a don Alan Cooper, primo de la fallecida Sra. Mackay.

³ Declaración de carabinero Sr. M.A.B.V. STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10°, a.8).

acusación, y que previo al inicio del incendio hubo intercambio de disparos. No hay indicios a su juicio de que el acusado haya sido autor material de los mismos, ni menos que haya ejecutado por mano propia el incendio, no tenía rastros de pólvora en sus manos, tampoco de acelerantes.

Fundamenta, además, en el hecho de haber sido detenido a casi dos kilómetros del lugar del siniestro, herido a bala, debiendo haber recorrido un trayecto que, una persona en normales condiciones de salud recorre en treinta y ocho minutos⁴. Recuerda que el imputado fue encontrado cerca de cuarenta minutos después de iniciado el incendio. Sostiene que en dicho trayecto, de haber sido recorrido por el imputado herido en tan corto tiempo debió haberse encontrado rastros de sangre, que no fue así.

Se suma a lo anterior que el proyectil que hirió al imputado no fue claramente identificado, *informando las pericias que los proyectiles disparados por la pistola de Werner Luchsinger tenían encamisado de níquel, mientras que el que le provocó la herida a Córdova Tránsito tendría encamisado de cobre.*

Todo ello haría presumir que el imputado pudo haber sido herido en las inmediaciones del fundo, y no por la víctima, lo que lo situaría fuera del sitio del suceso.

Asimismo, se discute la falta de prueba en torno al dolo que habría tenido el acusado, pues al no establecerse la forma de contribución funcional al hecho, ni menos el dominio funcional del mismo, no es posible dilucidar si el dolo presente en el imputado era homicida (si quería junto con otros matar a las víctimas mediante fuego) o si el dolo iba únicamente dirigido

⁴ La declaración prestada por el funcionario PDI Sr. R.V.P. señala: "En cuanto a la ubicación de los autores, dijo que la comunicación de la señora Vivian Mackay a Carabineros dio cuenta que el señor Werner Luchsinger, **se encontraba herido antes de iniciarse el fuego**, que por lo menos existían dos sujetos, y que **a la 01:15** el delito ya estaba en curso. Refirió que las comunicaciones de Cenco, permitieron señalar que a la **01:58** se detectó la presencia de un sujeto; quien no declaró ni cooperó con personal de salud, además que otro sujeto disparó a un Carabinero, cerca del lugar en que se produjo la detención. Señaló que, desde la vivienda afectada hasta el lugar de detención, caminando hay 38 minutos y corriendo son 20 minutos, lo que le consta por prueba que el mismo realizó". STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10 a.3).

a cometer un incendio diverso. De hecho, el que el dolo era de cometer un incendio con resultado

Plantea que todas las causas fueron desechadas por el fallo, lo que sería indicio de falta de

Las causales subsistentes se refieren al derecho a defensa (artículo 14 N° 3b) del Pacto Interamericano N° 2 de la Convención Americana, que centra en que la defensa tuvo un tiempo para preparar la defensa fueron puestos a su disposición escrito se indicaba que no fue así, y esos antecedentes fueron enviados al Ministerio Público, que no se dio de juicio oral. Incluido en el fallo que relataba otra línea de investigación y que fue desechada, así como del proyectil que hirió al imputado inocencia, nada de lo que

Asimismo, se atribuye un valor otorgado al silencio del inculpado al ser detenido de forma hostil con el personal que lo detuvo en el contexto en que el imputado en los hechos, era que si es que había sido herido

La segunda causal de objeción de objetividad, por el hecho de centrarse en probar la culpabilidad dar por probados hechos que solo en probabilidad

a cometer un incendio (de los galpones aledaños o la casa), u otro delito diverso. De hecho, el tribunal en algunas partes parece indicar claramente que el dolo era de cometer homicidio mediante el fuego, pero califica como incendio con resultado de muerte.

Plantea que todas las conductas comprendidas en la acusación fueron desechadas por el fallo, no obstante lo cual, eso a juicio del tribunal no sería indicio de falta de participación.

Las causales subsidiarias se fundamentan, la primera en la infracción al derecho a defensa (art. 373 a) CPP en relación con arts. 19 N° 3 CPR, 14 N° 3b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 8° N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Esta causal se centra en que la defensa tuvo circunstancias muy desfavorables, escasez de tiempo para preparar el juicio oral, una veintena de antecedentes que no fueron puestos a su disposición en forma oportuna, a pesar de que en un escrito se indicaba que ellos estaban acompañados materialmente, no era así, y esos antecedentes fueron siendo entregados en forma paulatina por el Ministerio Público, durante el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral. Incluido un informe policial desconocido para la defensa que relataba otra línea de investigación seguida por el Ministerio Público y que fue desechada, así como un peritaje destinado a esclarecer el calibre del proyectil que hirió al acusado, y que pudo contribuir a acreditar su inocencia, nada de lo cual fue atendido por el fallo.

Asimismo, se atribuye al invocar esta causal que el tribunal habría otorgado valor al silencio del imputado para inculparlo, pues indica que el inculpado al ser detenido se habría negado a hablar, se habría mostrado hostil con el personal que le prestó los primeros auxilios, y que lo normal en el contexto en que el imputado se encontró, si es que no había participado en los hechos, era que diera una versión mínima y racional de los hechos si es que había sido herido por desconocidos.

La segunda causal subsidiaria se fundamenta en infracción al principio de objetividad, por el abandono de otra línea de investigación y optar por centrarse en probar la participación culpable del acusado, Así como también dar por probados hechos que contradicen la prueba científica y basarse solo en probabilidades que ésta plantea, lo que quedaría demostrado con

considerar que la bala que hiere al imputado proviene del arma de Werner Luchsinger, en circunstancias que la que éste portaba tenía balas con encamisados de níquel y la prueba científica aseveró que la bala que hirió a Córdova tenía encamisado cúprico.

La tercera causal subsidiaria se plantea en conjunto con la siguiente (Cuarta causal) y se funda en el art. 373 letra b) CP. Se indica que el fallo incurrió en error de derecho al considerar a Córdova Tránsito como autor del art. 15 N° 3, debido a que el concierto previo se dio por probado mediante indicios que no resultan idóneos o inequívocos, y no establece la forma en la que éste habría contribuido al hecho. La sentencia omite además referirse al dominio del hecho, lo que se encuentra directamente enlazado con la necesidad de haber esclarecido la forma de contribución funcional al mismo. En forma conjunta se sostiene que el fallo comete error de derecho al estimar concurrente la agravante de nocturnidad.

La quinta causal subsidiaria se funda en el art. 374 f) CPP porque las conductas por las cuales se sancionó al imputado, exceden el contenido de la acusación. Finalmente, y siempre en subsidio, el recurso alega infracción a lo dispuesto en el art. 374 letra e) en relación con el art. 342 c) del CPP indicándose que la participación del acusado fue establecida en base a prueba indiciaria con infracción a las reglas de la lógica.

1.3. El fallo de la Corte Suprema

La Corte Suprema desestimó el recurso de nulidad en su totalidad, confirmando el fallo. En lo que respecta a la participación criminal, la Corte rechaza el recurso, en su causal principal, por cuanto éste discurriría sobre una errada calificación de los hechos, y la causal invocada (ni ninguna otra) faculta a la Corte para alterar la forma en la que el tribunal oral los ha fijado. Así fijados, los hechos "demostrados" (sic) señalan que el imputado ingresó a la Granja Lumahue, y que junto con otros no identificados iniciaron fuego en la morada.

La participación del acusado en calidad de coautor del art. 15 N° 3, en su modalidad de "aquel que concertado para la ejecución del delito lo presencia sin tomar parte inmediata en él", como lo consideró el TOP, quedaría demostrada por los siguientes indicios:

a) Declaraciones de...
arrastrándose por el int...
que se encontraba sem...
Cerros con General L...

b) El calzado que p...
a informe pericial pre...
polen emanado de sie...
los testigos, y que hac...
presente en el sitio del...

c) Que si bien era ci...
hirió al imputado, la p...
calibre 7.65 mm perte...

d) El imputado fue...
de 11 km de su hogar...
del incendio, vestido...
cubierto.

Así las cosas, situ...
pasillo exterior existen...
que es donde se encon...
los agresores.

En cuanto a la prue...

a) La llamada de au...
que "los estaban ataca...
de un sujeto,

⁵ El considerando 43 de l...
zapatos negros de caña baja...
poseían abundante tierra, l...
informe N° 52 [...] Estableci...
de la tierra de los zapatos de...
en el predio denominado Gr...
de la presencia del hechor e...

a) Declaraciones de tres testigos que refieren haber escuchado al imputado arrastrándose por el interior de la parcela perteneciente al fundo Lumahue, que se encontraba sembrada con papas, y salir en el cruce de Camino Tres Cerros con General López, dos de ellos funcionarios aprehensores,

b) El calzado que portaba el acusado el día de los hechos, de acuerdo a informe pericial presentado por el órgano persecutor⁵, tenía rastros de polen emanado de siembra de papas, lo que coincidía con la versión de los testigos, y que hacían suponer que efectivamente el imputado estuvo presente en el sitio del suceso.

c) Que si bien era cierto que no pudo acreditarse el calibre de la bala que hirió al imputado, la pericia no descartó que lo hubiere sido por la pistola calibre 7.65 mm perteneciente a W. Luchsinger.

d) El imputado fue encontrado a 1.780 metros del sitio del suceso, a más de 11 km de su hogar, en un lapso de tiempo cercano a la consumación del incendio, vestido de negro, herido a bala y con el rostro parcialmente cubierto.

Así las cosas, sitúa al imputado durante el transcurso del suceso en el pasillo exterior existente entre la cocina de la casa habitación y una bodega, que es donde se encontró la evidencia balística de las armas disparadas por los agresores.

En cuanto a la prueba del concierto previo, se fundamenta en:

a) La llamada de auxilio que efectúa la Sra. Vivian Mackay indicando que "los estaban atacando" lo que daba cuenta de que se trataba de más de un sujeto,

⁵ El considerando 43 de la Stop señala que "el día de los hechos el encartado calzaba unos zapatos negros de caña baja –extraídos en el Hospital Regional de esta ciudad–, mismos que poseían abundante tierra, la que fue analizada por la perito Sylvia Figuera en virtud de su informe N° 52 [...] Estableciendo la misma mediante pruebas científicas que el polen extraído de la tierra de los zapatos del hechor, era el mismo que emana del sembradío de papas presente en el predio denominado Granja Lumahue, lo que se ha erigido como un indicio coadyuvante de la presencia del hechor en el sitio del suceso".

b) Declaración de funcionario policial que señala haber visto a un sujeto agazapado al interior del fundo atacado y que lo apuntó con una escopeta, y al cual no pudo detener.

c) La evidencia balística que demostró que en contra de la casa se dispararon a lo menos tres armas, dos pistolas 9 mm y una escopeta 12 mm.

Respecto al otorgamiento de valor al silencio del imputado por parte del fallo cuya nulidad se reclamó, en perjuicio del imputado, dice que carece de importancia que el tribunal haya indicado que de ser inocente el imputado debía dar una versión mínima y racional del hecho (sic), pues la decisión condenatoria arrancaba exclusivamente de la prueba de cargo.

Respecto de la alegación de la defensa sobre el dominio del hecho, la Corte señala que en el caso de la coautoría se requiere la existencia de dominio funcional del hecho, repitiendo lo aseverado por la defensa.

Finalmente, indica que todas las alegaciones de la defensa tuvieron respuesta, alcanzándose un estándar de comprobación que la defensa no comparte, pero que ello no hace al fallo desprolijo e inmotivado, más bien lo califica de un trabajo metódico y cuidadoso.

2. TESIS DEL TRIBUNAL

La Corte Suprema, como se ha indicado, confirma el fallo condenatorio, condenando a Celestino Córdova como coautor en los hechos, de conformidad con el artículo 15 N° 3 del CPP.

Para ello comienza rechazando la causal principal de nulidad por cuanto ella se construye sobre la base de una supuesta y errónea fijación de los hechos por parte del fallo recurrido. La Corte indica:

“Que como esta causal no autoriza la alteración de los hechos, es conveniente recordar lo que al efecto consignó el fallo.

En este sentido el tribunal declaró que: en la comuna de Vilcún, la madrugada del día 4 de enero del año 2013, siendo aproximadamente la 01:00 hora, Celestino Cerafin Córdova Tránsito, junto a un número indeterminado de personas,

ingresó al fundo denominado López, en cuyo interior estuvo compuesto por Werner Córdova, de 69 años, respectivamente, y el anterior del mismo. Acto seguido, se usaron armas de fuego, agrediendo a quien hizo uso de una escopeta, herir a la altura del tórax izquierdo, el último y sus acompañados, los cuerpos portadores de las armas Luchsinger Mackay, que en el desarrollo de estos acontecimientos se realizaron llamadas telefónicas, que en el ámbito personal, emplazado en el lugar siniestrado logró escapar con una bala en el tórax.

Como se advierte, los hechos ocurridos en el fundo La Granja López, en el matrimonio que en ese momento mantenía Celestino Córdova Tránsito, mediante cuerpos portadores de armas por carbonización”. (C)

La referencia a la prueba de cargo en los derandos décimo y undécimo.

“Décimo: Que la atribución de responsabilidad al sujeto Cuadragésimo Tercero, en base a los indicios que permitieron la fijación del material de los hechos, no puede haber disparado un arma de fuego, el peritaje efectuado por el perito resultó negativo. Si bien el hecho requiere la acreditación de la acción típica, es relevante que un ilícito, puesto que la actuación de aquel

ingresó al fundo denominado "La Granja Lumahue", de la localidad de General López, en cuyo interior se emplazaba la casa habitación del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González, de 75 y 69 años, respectivamente, quienes en ese momento se encontraban en el interior del mismo. Acto seguido, dicha residencia fue atacada mediante disparos de armas de fuego, agresión que fue repelida por Werner Luchsinger Lemp, quien hizo uso de una pistola marca Browning calibre 7.65 mm., logrando herir a la altura del tórax al imputado Córdoba Tránsito, luego de lo que este último y sus acompañantes iniciaron el fuego en la morada señalada mediante cuerpos portadores de llamas, provocando con ello la muerte del matrimonio Luchsinger Mackay, quienes perdieron la vida por carbonización. En el curso de estos acontecimientos doña Vivian Mackay González efectuó diversos llamados telefónicos, que incluyó uno de auxilio a Carabineros de Chile, cuyo personal, emplazado en las cercanías del sector, al concurrir en dirección al lugar siniestrado logró la detención del imputado quien se encontraba herido a bala en el tórax.

Como se advierte, los hechos demostrados explicitan que el imputado ingresó al fundo La Granja Lumahue en cuyo interior estaba emplazada la casa del matrimonio que en ese momento se encontraba en su interior, luego de lo cual Córdoba Tránsito y sus acompañantes iniciaron el fuego en la morada mediante cuerpos portadores de llama provocando la muerte del matrimonio por carbonización". (Considerando Noveno)

La referencia a la prueba de la participación se establece en los Considerandos décimo y undécimo:

"Décimo: Que la atribución de participación se establece a partir del fundamento Cuadragésimo Tercero del fallo recurrido, donde se apunta que no existen indicios que permitan sustentar la tesis de que el encausado haya sido autor material de los hechos, es decir que de mano propia haya ejecutado el delito –haber disparado un arma de fuego en contra de la vivienda–, puesto que el peritaje efectuado para la búsqueda de nitritos de pólvora en sus manos arrojó resultado negativo. Si bien el numeral 3° del artículo 15 del Código Penal no requiere la acreditación de conductas materiales vinculadas a la ejecución de la acción típica, es requisito esencial que los partícipes convengan consumir un ilícito, puesto que se trata de la segunda hipótesis de la norma, vale decir, la actuación de aquel que, concertado para la ejecución del delito, *lo presencia*

sin tomar inmediata parte en él. Un indicio trascendente y concreto resultó ser que en la madrugada del día 4 de enero de 2013, entre las 01:30 y las 01:55 horas, aproximadamente, conforme refirieron los testigos señores José Rojas Romero, Luis López y Alejandro Rivera, el encausado gritaba o se quejaba mientras se desplazaba al interior del Fundo Granja Lumahue en dirección sur –alejándose del lugar siniestrado–, lugar en que en los minutos previos se había producido un ataque armado y un incendio a la casa patronal. Luego es visto cuando, en su trayecto por el interior del campo, sale del lugar, en el cruce de los caminos que conducen a Tres Cerros y a General López, constatándose que estaba herido a bala, que en su cuello portaba una linterna apagada, que vestía una casaca negra, pantalones oscuros y que en el cuello llevaba una polera negra que servía para cubrir parte de su rostro, encontrándose agitado y con una porción de sus vestimentas mojadas.

Esa información no fue controvertida por la defensa ni por algún medio de prueba, por lo que el fallo concluye que, desde la racionalidad y la lógica común, tal circunstancia no puede sino interpretarse como que el encausado huía del lugar de los hechos luego de haber tomado parte en ellos, descartando cualquiera otra convicción, porque no hay razón –y destaca que la defensa en nada aportó a ello– para estimar que el imputado desarrollaba alguna actividad lícita, a once kilómetros de su domicilio, en un predio ajeno, herido a bala, con su rostro parcialmente oculto, portando una linterna al cuello y vestido con ropas oscuras, pues soslayar esos indicadores parece renunciar a la realidad y al sentido natural de las cosas.

Se suma a lo dicho la llamada de auxilio de la señora Vivian Mackay que conforme a las indicaciones aportadas por el funcionario policial señor José Rojas Romero, se produce a las 01:17 horas del día indicado, es decir, alrededor de cuarenta minutos antes de la detención del encartado, generándose una relación de inmediatez que, aparte de constituir flagrancia, contribuyó al convencimiento del tribunal.

Luego se descarta la posibilidad de que la herida que presentaba el imputado haya sido causada en las inmediaciones del lugar de detención, a 1.780 metros del lugar siniestrado, pues es conocido que el alcance de una pistola de aquellas que se encontró en el sitio del suceso –de la que se origina el disparo que le hiere– es menor a la distancia mencionada, por lo que al menos se debió encontrar a una distancia inferior; incluso para que una bala pueda transfixiar, lo que en este caso ocurrió, se requiere que ella se encuentre aún más cerca –a no más de 40 metros–, ya que de lo contrario, al perder fuerza el proyectil, resulta altamente probable que termine alojado en el cuerpo. Con ello y consi-

derando además que del suceso se halló e considerando que est era posible incluso domicilio, lo que es que se produjeron di

Con lo anterior el fall del inmueble siniestr necesariamente debió tecimientos, lo que e

Es efectivo que se de tenía el encausado en cuando quedó consig mismos y a que en det y también se desestim solo permitió concluir comenzar la ignición, conclusión que se vic cientos metros de la r que el día de los hech que arrojaron presen papas presente en el p concluir el tribunal ad

Para efectos de *acred* relaciona diversos in de una persona. Así expresó “que los est compartían una finali del imputado la polic traba agazapado otro una escopeta. Por ú casa atacada se dispa escopeta 12 mm., he de la morada se ejec

Así, dice el fallo que [sic] que el acusado p que el mismo hecho

derando además que la mayoría de la evidencia balística encontrada en el sitio del suceso se halló en un pasillo existente entre la residencia y una bodega, considerando que esta última se situaba a no más de cinco metros de la cocina, era posible incluso sostener que Córdoba Tránsito se ubicó aun más cerca del domicilio, lo que es coherente con la dinámica de los hechos, considerando que se produjeron disparos hacia la casa.

Con lo anterior el fallo sostuvo que si bien el hechor fue detenido a 1.780 metros del inmueble siniestrado, para ser herido de la manera como fue encontrado, necesariamente debió hallarse a una distancia más próxima al lugar de los acontecimientos, lo que es coherente con el modo de autoría que le fue endilgado.

Es efectivo que se descartó la presencia de hidrocarburos en la polera que mantenía el encausado en el cuello con las conclusiones de su examen pericial, aun cuando quedó consignado que ese resultado pudo deberse a la volatilidad de los mismos y a que en determinadas condiciones de temperatura pueden no detectarse, y también se desestimó la presencia de acelerantes en el sitio del suceso, lo que solo permitió concluir que los agentes no se prevalieron de esos elementos para comenzar la ignición, pero su ausencia no es indiciaria de falta de participación, conclusión que se vio reforzada con el hecho demostrado que a no más de trescientos metros de la residencia de las víctimas existía un sembradío de papas y que el día de los hechos el encartado calzaba unos zapatos negros de caña baja que arrojaron presencia del mismo tipo de polen que emana del sembradío de papas presente en el predio Granja Lumahue, indicio que fue coadyuvante para concluir el tribunal acerca de la presencia del imputado en el sitio del suceso.

Para efectos de *acreditar el concierto* que echa de menos la defensa, el tribunal relaciona diversos indicios para concluir que la acción fue ejecutada por más de una persona. Así destaca que la víctima Vivian Mackay al solicitar ayuda expresó "que los estaban atacando", lo que resultó indicativo de que varios compartían una finalidad en común, a lo que se sumó que luego de la detención del imputado la policía se percató que al interior del fundo atacado se encontraba agazapado otro sujeto que vestía ropas oscuras y estaba premunido de una escopeta. Por último, la evidencia balística dio cuenta que en contra de la casa atacada se dispararon a los menos tres armas, dos pistolas 9 mm. y una escopeta 12 mm., hecho demostrativo de que la acción desplegada en contra de la morada se ejecutó entre varias personas.

Así, dice el fallo que es factible afirmar –descartando toda duda razonable– [sic] que el acusado participó en los sucesos y obviamente, al tenerse por cierto que el mismo hecho se cometió entre varios sujetos, es razonable convenir

que los autores estaban de acuerdo para su ejecución. No se trata de meras conjeturas, como asegura la defensa, porque todas las acciones acreditadas son de naturaleza colectiva, consistentes en la adopción de precauciones comunes, la elección de un lugar de acceso, el disparo de armas y el inicio del fuego en un punto determinado de la casa, es decir, son tareas que difícilmente pudieron llevarse adelante de forma individual y sin acuerdo previo en torno al objetivo perseguido.

El otro punto del que se ha hecho alarde es *la supuesta [sic] indeterminación del calibre de la bala que hirió al imputado y el origen del disparo*, lo que también fue usado en el fallo para situar al acusado en el sitio el suceso y en un lugar muy cercano a la casa habitación en que estaban las víctimas. *Sin embargo, la pericia que a estos efectos se realizó, no descartó que los orificios en las vestimentas hayan sido ocasionados por un proyectil percutido desde una pistola calibre 7.65 mm*, como la de la víctima Werner Luchsinger y que el daño en el cuerpo del atacante, acreditado por un médico legista, habría sido mayor de haberse utilizado armamento de otro calibre, como el que se encontró en las inmediaciones de la propiedad”.

“Undécimo: Que como se ve, la participación, previo concierto del imputado en el lugar de los hechos se concluye de múltiples elementos probatorios que son recogidos por el fallo y a partir de ellos y no de simples hipótesis, el tribunal arriba a la convicción sobre la autoría que se le atribuye. Para ello se ponderó los llamados de auxilio de la víctima, señora Mackay, junto a su relato de la modalidad del ataque, el lugar en que el imputado es detenido y la conexión entre la hora del inicio del fuego y el momento en que es sorprendido, la dirección de la huida, las vestimentas, el rostro semicubierto, la presencia de polen de tubérculos en los zapatos—acreditada científicamente—y *la herida a bala compatible con un disparo de una pistola de bajo calibre que se encontró en el lugar destrozada por la acción del fuego junto a un cargador vacío, pero con señas de haber sido disparada*. Con estos elementos de convicción el tribunal concluye que *la víctima repelió el ataque* y que en ello fue herido Córdova Tránsito”.

Respecto del dolo cuestionado por la defensa, la Corte señala que tratándose de un elemento subjetivo o de naturaleza psicológica, es difícil su prueba, por lo que:

“El tribunal de los hechos debe establecerlo a partir de la forma exterior del comportamiento, debiendo consignar los hechos que acaecieron de los que derivan consecuencias, partiendo de prueba indiciaria para, mediante un análisis

lógico, vincular los
bado que se extrae d

Y que

“[...] la lectura del
luntariedad y el pro
conocimiento que te
propósito de realiza
cada uno de los au
el fallo sobre la bas
autor del artículo 15

Luego en el consi
lidad, por cuanto:

“Los hechos declar
de autoría del nume
a responsabilizar au
realizado el acto tipi
para su realización,
ejecución del delito
en el lugar del deli
con los hechos de la
quedó acreditada la a
esto es, *el concierto*

Prosigue el fallo re
rands siguientes resp
a la valoración de la p
derecho a guardar sile

“Lo que hace el rec
la prueba, lo que que
clusiones que contrar

* La negrita es nuestra.

* La negrita es nuestra.

lógico, vincular los hechos acreditados que sirven de soporte con aquél no probado que se extrae de dicho proceso intelectual" (Considerando duodécimo).

Y que

"[...] la lectura del fallo objetado pone de manifiesto el actuar doloso (la voluntariedad y el propósito criminal) del inculpado, pues da cuenta del perfecto conocimiento que tenía del hecho punible y sus consecuencias lesivas y de su propósito de realizarlo. Así, **aun cuando no se indicó la posición precisa de cada uno de los autores materiales**, las referidas circunstancias que asienta el fallo sobre la base de la prueba rendida justifican su participación como autor del artículo 15 N° 3 del Código Penal" (Considerando decimotercero)⁶.

Luego en el considerando siguiente descarta la causal principal de nulidad, por cuanto:

"Los hechos declarados en el fallo recurrido [...] se avienen con la forma de autoría del numeral 3° del artículo 15 citado, toda vez que ésta autoriza a responsabilizar aun cuando, como ocurre en la especie, el agente no haya realizado el acto típico pero ha presenciado su ejecución, mediando concierto para su realización, no siendo necesario que el cooperador presencie toda la ejecución del delito *ni que realice acto material alguno diferente a encontrarse en el lugar del delito*. [...] las declaraciones fácticas aludidas se corresponden con los hechos de la acusación, **aun cuando todos estos no se probaron**, pues quedó acreditada la actuación esencial que autoriza a punir en calidad de autor, esto es, **el concierto para aplicar fuego a la casa habitación**"⁷.

Prosigue el fallo refiriéndose a las siguientes causales en los considerandos siguientes respecto de las cuales nos interesa destacar lo referente a la valoración de la prueba, el principio de presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio.

"Lo que hace el recurso en esta parte es proponer una valoración distinta de la prueba, lo que queda demostrado con su propio reclamo, que sostiene conclusiones que contrarían la lógica y falta de esclarecimiento de hechos que

⁶ La negrita es nuestra.

⁷ La negrita es nuestra.

favorecieron la posición del imputado. Tales cargos son impertinentes para esta causal, y no llegan a configurar los hechos que importan parcialidad.

[...] el fallo destruye la condición de inocente del imputado a consecuencia de la valoración de la prueba de cargo que fue profusamente analizada, lo que permitió a los jueces alcanzar la decisión condenatoria que se discute.

[...] es efectivo que el deber procesal de justificar los extremos de la imputación corresponde al acusador. Se trata de la obligación de demostrar la culpabilidad con tal eficacia que se quebranta el estado de inocencia, pues el imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia, aunque, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso. Por lo mismo su indiferencia no le puede acarrear ningún perjuicio". (Considerando Vigésimo)

Que también es motivo de denuncia la infracción que derivaría del valor otorgado al silencio del imputado, lo que advierte la defensa del pasaje del fallo que dice: "... el inculpado cuando es detenido expresó que no iba a hablar y que era mapuche; igualmente mantuvo una actitud de abierta hostilidad con quienes le prestaron los primeros auxilios, es decir, una posición que se contraponen por completo a la que una persona media adoptaría luego de ser herido a bala por un desconocido en el escenario de una actividad legítima; **lo normal en ese último contexto es que un sujeto dé una versión mínima y racional de lo sucedido (no requerimos que renuncie a su derecho a guardar silencio en el proceso), indique qué le aconteció**, se allane, dentro de lo lógico y razonable, a la ayuda médica y presente una denuncia por dichos hechos; para el caso, nada de ello aconteció..." (considerando vigésimo primero).

"Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad solo puede significar expresión del ejercicio de su derecho a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico –ni moral– de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste al imputado.

Al margen de ello, que el acusado declare o no es una decisión estratégica de la defensa [...] de la lectura de la sentencia **no aparece que se haya otorgado valor al silencio del imputado, pues la decisión arranca exclusivamente de la prueba de cargo** [...] es claro que el imputado no fue sancionado por la ausencia de una explicación en torno a los hechos como sostiene el recurrente.

La alusión que hace
esencia del derecho a

Finalmente y al pr
en el art. 373 b) del C
güientes términos:

"[...] la alegación de
sustento y debe ser re
que ello acepta divis
ejecutado necesariam
concertados, porque
de estar comprometid
rrollen de esta maner
de desarrollo que se
dominio del acto de l
vigésimo cuarto).

3.1. C nulida

En este fallo encontr
en nuestro sistema pro
revisar la forma en la
prueba. Desde esta pe
de la Corte Suprema,
recurso de nulidad, no
sobre los hechos, que
decisión sobre los he
de la prueba, pues el
que el tribunal superi

⁸ ACCATINO, Daniela, "F
control sobre la valoración
Derecho (Valparaíso), N° 32

La alusión que hace el tribunal sobre este aspecto es inocua, no afecta la esencia del derecho a guardar silencio... (Considerando vigésimo segundo).

Finalmente y al pronunciarse sobre la causal subsidiaria fundamentada en el art. 373 b) del CPP, hace referencia al dominio del hecho en los siguientes términos:

"[...] la alegación de no haberse acreditado el dominio del acto carece de sustento y debe ser rechazada. No debe olvidarse que se trata de coautoría y que ello acepta división de funciones, esto es que el hecho criminal no sea ejecutado necesariamente con la realización de todos los hechos por todos los concertados, porque la acción típica que se fracciona por las circunstancias ha de estar comprometida en el acuerdo, de suerte que todos los agentes la desarrollen de esta manera. Así, incurren en responsabilidad penal, según el grado de desarrollo que se alcance, motivo por el que no es aceptable entender el dominio del acto de la manera en que actúa solo una persona" (Considerando vigésimo cuarto).

3. REFLEXIÓN JURÍDICA

3.1. Consideraciones sobre el recurso de nulidad y el estándar probatorio del fallo

En este fallo encontramos el ya conocido problema del recurso de nulidad en nuestro sistema procesal penal, que, en teoría, impide al tribunal superior revisar la forma en la que el Tribunal Oral fija los hechos y cómo valora la prueba. Desde esta perspectiva, pudiera resultar comprensible la decisión de la Corte Suprema, empero, la competencia que le cabe al conocer de un recurso de nulidad, no la priva de revisar la justificación de una decisión sobre los hechos, que es algo conceptualmente distinto de adoptar una nueva decisión sobre los hechos⁸. Esto engarza directamente con la valoración de la prueba, pues el argumento de la inmediatez que se usa para impedir que el tribunal superior realice una nueva valoración de la prueba, no es

⁸ ACCATINO, Daniela, "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 32, 2009, 347-362; p. 354.

óbice para que éste se pronuncie sobre la suficiencia de la prueba, que es distinto de entrar a revisar la justificación de la suficiencia de la misma⁹.

En la hipótesis que aquí se sostiene, la prueba indiciaria a la que alude el Tribunal Oral en lo Penal para fundamentar los hechos –y que es apoyada en su totalidad por el fallo de la Corte Suprema– no cumple con el estándar de prueba para acreditar la participación en calidad de autor del art. 15 num. 3 del CP, pues tales indicios no son concluyentes para establecer los hechos en la forma que el Tribunal señala, esto es, situando al imputado en el lugar de los hechos (pasillo colindante con la casa habitación) “presenciando los hechos sin tomar parte inmediata en él”. De los indicios probatorios no puede deducirse el dominio y contribución funcionales al hecho que exige la coautoría, pues algunos de ellos son contradictorios.

Concretamente, no fue encontrada la bala que hirió al imputado, tampoco vainillas en el sitio del suceso calibre 7.65 mm, señalándose respecto de esta última circunstancia que probablemente habían sido consumidas por el fuego. A pesar de ello, el tribunal concluye que quien hirió al imputado fue la víctima con su pistola calibre 7.65 mm, lo que permite situarlo en el lugar de los hechos, presenciándolo en el pasillo exterior colindante a la cocina. Para arribar a esta conclusión, y basado en prueba científica, indica que la pistola 7.65 mm tiene un calibre menor que las pistolas 9 mm y 38 mm y que el orificio que presentaba el imputado en su cuerpo producto del proyectil que lo hirió, por su dimensión debía ser inferior al que dejan las pistolas de los últimos dos calibres mencionados.

Sin embargo, el fallo de la Corte Suprema, así como el del Tribunal Oral en lo Penal, pasan por alto ciertos antecedentes que se estima debieron ser considerados al momento de fallar:

a. Un informe pericial presentado por el órgano persecutor concluyó que la bala que hirió al imputado tenía encamisado cúprico¹⁰, mientras que los

⁹ ACCATINO, “Forma y sustancia en...”, p. 355.

¹⁰ El informe pericial de análisis N° 0010-2013 y que hace referencia a informe Pericial de Química Forense N° 011-2013, señala que “se detectó la presencia de residuos de disparo en los orificios (de las prendas de vestir del imputado) lo que indica que fueron provocados por

proyectiles de las pi
siendo este metal mu
científica, la Corte s
ricia efectuada “no
sido efectuados por
perito químico que h
parte acusadora– no

b. La prueba de g
tamente el calibre d
la Corte Suprema no
lo Penal en su fallo:

“No ha obstado a e
haya mencionado c
balística, en tanto,
ese elemento estab

*el paso de un proyectil b
(mayor a 80 cm)”.*

¹¹ El Ministerio Públi
níquel” (STOP DE TEMUCO
por el TOP en su fallo esta
7.65 mm. encontrada que
es el encamisado, el níquel
interior del arma periciada
el latón. Refirió que el níq
TEMUCO, 28/02/14, Consid

¹² “...quien realizó el p
con ello tenemos que no e
procedimientos científicos
señor Ross parte de una p
información científica resp
declaró ante estrados. De
en el sitio del suceso y que
no es posible descartar ta
estado encamisados en co

¹³ Se refiere a la declara
el perito señor Lizama, uti
es parecida a la piel de ce
de cargo).

proyectiles de las pistolas calibre 7.65 mm tienen encamisado de níquel, siendo este metal muy resistente a altas temperaturas¹¹. Frente a esta prueba científica, la Corte señala en el considerando décimo transcrito, que la pericia efectuada "no descartó" que los orificios en las vestimentas hubiesen sido efectuados por un proyectil calibre 7.65 mm. Además, indica que el perito químico que hizo dicho informe –informe que fue presentado por la parte acusadora– no declaró en estrados¹².

b. La prueba de gelatina balística, que era la que podía indicar concretamente el calibre de la bala que hirió a Celestino, y sobre cuya ausencia la Corte Suprema no se pronuncia, fue soslayada por el Tribunal Oral en lo Penal en su fallo:

"No ha obstado a esta consideración la circunstancia de que este deponente¹³ haya mencionado que el perito señor Lizama efectuó un peritaje con gelatina balística, en tanto, el primero, cuando fue consultado por la defensa, dijo que ese elemento estaba disponible en el Laboratorio Regional, empero de mane-

el paso de un proyectil balístico del tipo encamisado cúprico, disparado a larga distancia (mayor a 80 cm)".

¹¹ El Ministerio Público en sus alegatos señaló que "no se buscó, en el sitio del suceso, níquel" (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 3º). Entre las pruebas de cargo referidas por el TOP en su fallo está el Informe 11 de 28 de enero del año 2013, sobre la pistola calibre 7.65 mm. encontrada que afirma: "La envoltura metálica que contiene el plomo en su interior es el encamisado, el níquel baña el proyectil. Dijo que las vainas o vainillas que estaban en el interior del arma periciada se encontraban deformadas, ellas se quemaron solas y desgarraron el latón. Refirió que el níquel previene la corrosión y es muy resistente al calor..." (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10, prueba de cargo, punto d.13.3).

¹² "...quien realizó el peritaje químico de lo anterior no declaró en juicio, de manera que con ello tenemos que no es posible dar por cierta una suerte de conclusión sin conocer qué procedimientos científicos se realizaron para arribar a ella, así las cosas entendemos que el señor Ross parte de una premisa no sostenible para el Tribunal, cual es dar por cierta una información científica respecto de la que no se rindió prueba en juicio, **el perito químico no declaró ante estrados**. De otra parte, considerando la existencia de un cargador sin cartuchos en el sitio del suceso y que corresponde a la misma arma corta que se encontró con municiones, no es posible descartar tampoco que de la misma se hayan disparado proyectiles que hayan estado encamisados en cobre" (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, considerando 39).

¹³ Se refiere a la declaración del funcionario policial R.V.P. antes citada quien "Expresó que, el perito señor Lizama, utilizó gelatina balística y se hicieron pruebas con piel de gamuza que es parecida a la piel de cerdo". (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10, a.4. prueba de cargo).

ra explícita no se le consultó –por el interesado– si dicha prueba había sido llevada adelante, por lo que no es posible arribar a la convicción de que exista una contradicción en ello...”(Considerando 29).

Este último elemento probatorio habría permitido saber, a ciencia cierta, si el imputado había sido herido por el arma de la víctima, y en consecuencia afirmar la tesis del tribunal que lo ubicó en el sitio del suceso, o por el contrario descartarla, y abrir la posibilidad de que éste hubiese sido herido en las inmediaciones del mismo por terceros.

En el fallo del TOP se hace alusión a la presencia de una camioneta blanca que circulaba con las luces apagadas y a alta velocidad, por el camino a la hora del suceso, según declaraciones de funcionarios policiales. No se investigó. Tampoco se presentó como prueba a un testigo, quien habría referido a uno de los funcionarios policiales declarantes, el haber llevado en dicha camioneta al imputado junto con otros sujetos que iban armados hasta una parcela que no conocía¹⁴.

La duda razonable queda planteada y es factible sostener que pudiesen existir otras hipótesis respecto a la forma en la que sucedieron los hechos, y que probablemente ameritaban un nuevo juicio. No se logra comprender por qué no se intentó la individualización de los autores ejecutores, siendo ello posible de acuerdo a lo sostenido en el párrafo anterior, y que habría permitido, sin duda, saber a ciencia cierta quiénes y por qué cometieron el delito, y la forma en la que cada uno participó.

¹⁴ Declaración de funcionario policial de PDI don R.V.P quien “apuntó que dicha noche se encargó una camioneta blanca por parte de Carabineros, que se desplazaba hacia el sur, con luces apagadas y a alta velocidad; indicó que un cuñado de Celestino, Juan Pedro Ortiz, refirió a unos compañeros de trabajo que el 3 de enero, Celestino lo contactó para ir a un sector determinado, los dejó en un parcela que desconoce con varios sujetos que iban armados, luego de ello, se habría enterado que Celestino fue detenido por estos hechos. Apuntó que Armando Curipán era el dueño de la camioneta y que, conforme las comunicaciones de Cenco y de acuerdo a lo dicho por testigos empadronados en el sector, no se materializaron otros hechos similares dicha noche”. Confirman la presencia de dicha camioneta las declaraciones de funcionarios aprehensores L.L.C. y A.R.S. además de otros. (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10 a.3, a.5 y a.6).

En este sentido, la Corte de Apelaciones, al igual que otros, a lo siguiente:

“2° 2 *El grado de certeza de un hecho que atribuye a la hipótesis de la regla que conecta la inferenciales que se establece la probabilidad de una hipótesis que componen el proceso de inferencia* 2° 4. *La cantidad y calidad de la evidencia inductiva de una hipótesis en un conjunto de conocimientos con la cantidad y la calidad de la evidencia que proporciona una imagen de la realidad surge una nueva regla de inferencia relevante es necesario*

Y prosigue esta misma

“la referencia a dudas que se debe indicar que lo relevante es la presencia o ausencia de ciertas condiciones que en este caso los “indicios” por la Corte Suprema del art. 15 N° 3 del CP

Así las cosas, podría decirse, por ejemplo, que el imputado no asistió de consumar, o tal vez bajo la modalidad de “delito del loro” o simplemente el efecto penológico de

¹⁵ SCA de Valparaíso de 1° instancia es nuestro.

¹⁶ SCA de Valparaíso de 1° instancia

En este sentido, la confirmación de una hipótesis, como ha señalado la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo reciente, está sujeta, entre otros, a lo siguiente:

“2°.2 El grado de certeza de las pruebas que la confirman. Es decir, que si el grado de certeza de una prueba es débil, el grado de confirmación o probabilidad que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis. [...] 2°.3. **El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman.** La probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación; y 2°.4. **La cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones.** Si la probabilidad inductiva de una hipótesis es equivalente a su grado de confirmación por el conjunto de conocimientos disponibles, la probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y la variedad de las pruebas que la confirman. Pues, todo ello, proporciona una imagen más completa de los hechos y es en este sentido que surge una nueva regla: *no existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida*”¹⁵.

Y prosigue esta misma Corte indicando que:

“la referencia a dudas “razonables” admite un sentido normativo que podría indicarse que lo relevante no es la presencia o ausencia subjetiva de dudas, *sino la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles de ciertas condiciones que debieran razonablemente suscitar una duda*”¹⁶. Y en este caso los “indicios” a los que alude el Tribunal Oral y que son apoyados por la Corte Suprema para fundamentar la participación en calidad de autor del art. 15 N° 3 del CP, resultan confusos a la luz de los antecedentes omitidos.

Así las cosas, podría arribarse a las más diversas conclusiones, como por ejemplo, que el imputado realizó un acto preparatorio, que tal vez consistió de consumir, o tal vez participó en calidad de autor del art. 15 N° 1, bajo la modalidad de quien impide o procura impedir que se evite (caso del “loro”) o simplemente como cómplice (art. 16). Considérese además el efecto penológico de la decisión en uno u otro sentido, pues el incendio

¹⁵ SCA de Valparaíso de 1° de junio de 2015, rol N° 653-2015, considerando 7°. Lo destacado es nuestro.

¹⁶ SCA de Valparaíso de 1° de junio de 2015, rol N° 653-2015, considerando 8°.

con resultado de muerte establecido en el art. 474 inc.1 del CP, tiene una pena mínima de 15 años de presidio mayor en su grado medio para los autores de delito consumado.

3.2. Comentarios sobre la atribución de participación conforme al art. 15 N° 3

Las notas distintivas en ambas hipótesis del art. 15 N° 3 del CP el concierto previo y la contribución funcional del hecho¹⁷, y esto es lo que permitiría a parte de la doctrina afirmar que no se trata de un caso de complicidad asimilada a autoría, sino de verdadera autoría¹⁸.

Ahora bien, en la hipótesis de aquel que presencia el hecho sin tomar parte inmediata en él, la "mera presencia mediando concierto tiene que servir para apoyar a los que cometen el delito de una manera inmediata y directa y ha de contribuir a que cese la resistencia de la víctima"¹⁹, o, como sostiene Soto, dicha presencia debe ser esencial para la ejecución del hecho. De no ser así, estaríamos ante una complicidad²⁰. En este sentido, el coautor debe tener un dominio funcional del hecho.

El fallo *in comento* es particularmente débil en lo que a estas notas distintivas se refiere. Recordemos que "la autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino solo, por principio, en la realización de una acción típica"²¹. Pero la acción típica "no se

¹⁷ POLITTOF, Sergio; ORTÍZ, Luis. *Texto y Comentario del Código Penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 247.

¹⁸ YÁÑEZ, Sergio. "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno" en *Revista de Ciencias Penales*, T. XXXIV, N° 1, 1975, pp. 49-64, p. 53. Le siguen SOTO, Miguel, "La noción de autor en el Código Penal chileno", en *Gaceta Jurídica*, N° 68, 1986, pp. 13-53, y HERNÁNDEZ, Héctor; COUSO, Jaime, *Código Penal Comentado*, Abeledo Perrot, LegalPublishing, 2011, pp. 402 y ss.

¹⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 190.

²⁰ SOTO, "La noción de autor en...", pp. 50 y ss.

²¹ DONNA, Edgardo, "El concepto de autoría y los aparatos de poder de Roxin" en LASCANO, Carlos (Dir. Editorial) *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*,

entiende únicamente c
ni como mero acaece
objetivo-subjetiva", d
obra de una voluntad

En la coautoría, es
ahí la necesidad de un
acuerdo de voluntades,
común y "un reparto m
la Corte Suprema, en I

[...] "que los intervin
mún sobre el hecho a
parcial, pero esencial
la ejecución de todo
abrazadera que integ

No basta con la mer
conjuntamente, y la c
El exceso consciente d

No es lo mismo, po
el simple acuerdo resp
colaborador²⁵. Y esto e
fallo, pues ante el silen
estuvo concertado para
tuvo presenciando el h

Facultad de Derecho y Cien
Editora Córdoba, Argentina,

²² DONNA, "El concepto d

²³ HERNÁNDEZ; COUSO, Ca

²⁴ SCS de 28/10/2003 (W

²⁵ YÁÑEZ, "Problemas bás

entiende únicamente como una actuación con determinada actitud personal, ni como mero acaecer del mundo exterior, sino como unidad de sentido objetivo-subjetiva", de donde resulta que "el hecho aparece así como una obra de una voluntad que dirige el suceso"²².

3.2.1. El concierto previo

En la coautoría, esta voluntad que dirige el suceso es compartida, de ahí la necesidad de un concierto previo, que, recordemos se traduce en un acuerdo de voluntades, de manera tal que los sujetos obran con una voluntad común y "un reparto más o menos formal de funciones"²³. Como ha dicho la Corte Suprema, en lo subjetivo es necesario:

[...] "que los intervinientes se vinculen entre sí mediante una resolución común sobre el hecho asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. La resolución común de realizar el hecho es la abrazadera que integra un todo en las diferentes partes"²⁴.

No basta con la mera convergencia en un delito, ni con un dolo de hacer conjuntamente, y la coautoría llega hasta donde llega esa voluntad común. El exceso consciente de uno de ellos no grava a los restantes.

No es lo mismo, por tanto, la "confabulación" o concierto previo que el simple acuerdo respecto de un aporte, una simple acción parcial de un colaborador²⁵. Y esto es lo que no queda suficientemente demostrado en el fallo, pues ante el silencio del imputado, no es posible saber si realmente estuvo concertado para ingresar al fundo y presenciar el hecho, o si no estuvo presenciando el hecho y se encontraba en los alrededores ejecutando

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 2001, pp. 295-326, p. 297.

²² DONNA, "El concepto de autoría...", p. 297.

²³ HERNÁNDEZ; COUSO, *Código Penal...*, p. 404.

²⁴ SCS de 28/10/2003 (Westlaw Chile: CL/JUR/51/2003), considerando 4º.

²⁵ YÁÑEZ, "Problemas básicos...", p. 23.

una simple acción parcial en cuanto colaborador, y fue herido por terceros en esos alrededores.

Cobra sentido desde esta perspectiva la alegación de la defensa en cuanto a que, de acuerdo a las horas que se barajan en ambos fallos entre el inicio del delito, cuando se escuchan disparos, y luego se produce el incendio, y la hora en la que es descubierto el imputado en el cruce²⁶, a casi dos km de la casa habitación, transcurren aproximadamente cuarenta minutos. Este es más o menos el tiempo en que una persona en normal estado de salud tarda en recorrer dicha extensión caminando a paso regular, de día, según lo comprobó uno de los funcionarios policiales²⁷. Lo que se deduce del fallo es que el imputado realizó ese camino, herido a bala en el pecho, de noche, en un lapso de tiempo similar al de una persona normal.

Parece ser entonces que no se probó, más allá de toda duda razonable que efectivamente el imputado se hubiese encontrado presenciando el hecho: la nebulosa en torno al verdadero calibre de la bala que lo hirió y que ya se ha expuesto latamente, en especial, esquivar una valoración sobre la ausencia de la prueba de gelatina balística y de la declaración del perito químico; la ausencia de restos de sangre en todo el trayecto que supuestamente recorrió el acusado desde que fue herido, cercano a la residencia, hasta el lugar donde es encontrado; la imposibilidad de que un hombre herido a bala recorra de noche una extensión de casi dos km prácticamente en el mismo tiempo que lo haría una persona normal; el esquivar cuestiones no menos importantes como un presunto chofer de la camioneta que habría conducido a los ejecutores y al imputado, y que no fue llevado a declarar en el juicio, o que no se investigara la presencia de la camioneta blanca que según testigos circulaba por el sector al momento del suceso, con las luces apagadas²⁸.

Otro tanto sucede con el indicio relativo a la presencia de polen de papas en los zapatos del imputado, que de acuerdo al informe pericial correspondería al de la parcela del fundo Luchsinger, obviando que, tal como se

²⁶ Ver STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 31.

²⁷ Ver nota N° 4 [en numeración original].

²⁸ Declaración de funcionario policial R.V.P. Ver nota N° 14.

indica en el fallo, era papas²⁹, y que además testigos se habrían es

En este sentido, la sión de éste en cuanto

"la defensa exige un [...] y "lo expuesto se efectuó, por lo qu

Entonces, frente a de un nuevo juicio, ap no se sostiene.

Más sostenible, si se do tenía el rostro parci encontraba herido y a pudiera saberse qué ha al hecho bajo la forma tratado de una simple totalmente irrelevante,

La Corte Suprema r del art. 15 N° 3, desca diaciones del sitio del al imputado provenía d el orificio que éste dejó

²⁹ En su declaración el fu plantaciones aledañas el Fun TEMUCO, 28/02/14, Considera

³⁰ El funcionario policia entrevistaron, en el Fundo Pa que estaba el Suboficial Med dicha situación y que ellos p Considerando 10 a.6).

³¹ STOP DE TEMUCO, 28/02

indica en el fallo, era posible que en el sector hubiese otros sembradíos de papas²⁹, y que además de eso, *antes de que se iniciara el incendio, según testigos se habrían escuchado disparos provenientes de otro fundo*³⁰.

En este sentido, la Corte, al confirmar el fallo del TOP apoya la conclusión de éste en cuanto a que:

"la defensa exige un estándar de comprobación que estos jueces no comparten [...] y "lo expuesto transita por una exigencia respecto de una prueba que no se efectuó, por lo que en consecuencia no es posible de valorar"³¹.

Entonces, frente a la duda, la Corte en lugar de ordenar la realización de un nuevo juicio, apoya una hipótesis de coautoría que a nuestro juicio no se sostiene.

Más sostenible, si se atiende a un indicio indubitado como que el imputado tenía el rostro parcialmente cubierto con una polera al ser detenido, se encontraba herido y a 11 km de su hogar a altas horas de la noche sin que pudiera saberse qué hacía, es que éste hubiese prestado una colaboración al hecho bajo la forma de vigilancia en las inmediaciones, o que se haya tratado de una simple contribución que, a efectos de la consumación, era totalmente irrelevante, puesto que ésta se produjo aun sin su presencia.

La Corte Suprema refuerza la idea de su participación en cuanto autor del art. 15 N° 3, descartando que pudiera haber sido herido en las inmediaciones del sitio del suceso, dando por cierto que el proyectil que hirió al imputado provenía de la pistola de la víctima, y "da lo mismo" (*sic*) si el orificio que éste dejó en las prendas de vestir del imputado tenía rastros

²⁹ En su declaración el funcionario policial J.P.M.E "*Mencionó que es posible que las otras plantaciones aledañas el Fundo Granja Lumahue puedan ser también de papas*". (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10 a.4).

³⁰ El funcionario policial aprehensor A.R.S. declaró en estrados que "*Cuando se entrevistaron, en el Fundo Palermo Chico, con personal del Gope, sintió disparos, recuerda que estaba el Suboficial Medina. Indicó además que, el oficial de ronda comunicó también dicha situación y que ellos provenían del Fundo Traipo*". (STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 10 a.6).

³¹ STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 45.

de cobre y no de níquel, porque la pericia "no descartó" (*sic*) que una pistola calibre 7.65 mm pudiera disparar balas con encamisado de cobre. A eso suma que en el pasillo colindante a la casa habitación que es donde se producen los disparos, se encontró abundante evidencia balística, y que ninguna de esas balas encontradas pudo haber herido al imputado. Si había abundante evidencia balística en dicho pasillo, donde hay al parecer nutrido intercambio de disparos, ¿no resulta extraño que el imputado se hubiese encontrado allí y no hubiese a su vez disparado? Se comprobó que el imputado no disparó, pues no tenía rastros de pólvora en las manos, y tampoco se le encontró arma alguna. Las armas que resultaron destruidas por el fuego ambas eran de propiedad de la víctima, y en el trayecto que se supone recorrió el acusado, tampoco fue encontrada otra arma, ni en las inmediaciones.

Respecto de la llamada de la víctima a que hace referencia la Corte para dar por sentado que hubo concierto previo, así como la presencia de un segundo sujeto que en medio de la oscuridad apuntó a un funcionario policial y luego huyó, solo permiten dar por probado que efectivamente en el delito participó más de una persona, pero no permite establecer con claridad si hubo concierto previo, y cuáles fueron los términos del mismo. Cierto es que éste puede ser expreso o tácito³², y que para darlo por probado la jurisprudencia chilena en general ha sido bastante laxa en el sentido de asumir que bastaría con el mero conocimiento de que se está aportando a un hecho punible cualquiera sea su forma³³, o que simplemente se acompañe u observe el hecho de otro mientras se realiza, implicando este hecho una manifestación de voluntad³⁴. Sin embargo, tratándose de sostener la autoría bajo la hipótesis de presenciarse el hecho sin tomar parte inmediata en él, estimamos debe tenerse especial cuidado cuando los elementos probatorios no son del todo claros, y la pena a imponer es muy alta, como en este caso.

³² DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "Autoría y Participación" en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, 2008, pp. 13-61, p. 31.

³³ Así SCA Rancagua de 9/03/2006 (Wetslaw Chile: CL/JUR/2006), SCA Talca de 3 de mayo de 2005 (Wetslaw Chile: CL/JUR/960/2005) citadas en HERNÁNDEZ; COUSO, *Código Penal...*, p. 406.

³⁴ MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Código Penal. Sistematizado con Jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile, 2011, p. 73.

Hay fallos que...
teada, del art. 15...
estar vigilando...
forma en la que...
Antofagasta para...

"Que el hecho...
una posición d...
en el acuerdo...
subjetiva con l...
delito se dieron...
de parte de alg...
subordinación...
aunque estas f...
P. aun cuando...
potencialmente

En sentido sim...
y no como autor...
las víctimas y rec...
otro acusado, pue...

"exige tener el...
ocurrió desde e...
como coautor e...
ejecución, que...
sí solos el delito...
Para afirmar la...
un acuerdo de v...
que colaboran y...
luego, todo exc...
como lo constit...
ponsabilidad de...

³⁵ SCA de Antofag...
Rodrigo; HERMOSILLA...
criminal, Editorial Lib...

Hay fallos que cuando han acogido la tesis de la coautoría aquí planteada, del art. 15 num. 3 CP, en su modalidad de "presenciar el hecho" o estar vigilando, fundamentan la calificación *contando con prueba sobre la forma* en la que el sujeto ha participado. Así, la Corte de Apelaciones de Antofagasta para condenar señaló en uno de sus fallos:

"Que el hecho de descender del vehículo junto a otros tres implicados y adoptar una posición de vigilancia indica claramente la voluntad de P. de perseverar en el acuerdo adoptado... manteniendo de esta manera notoria vinculación subjetiva con los demás participantes, tanto es así que después de perpetrado el delito se dieron todos a la fuga en el mismo vehículo, sin mediar instrucciones de parte de alguno de ellos para hacerlo, lo que revela, además, ausencia de subordinación en sus tareas, siendo, por ende, todos propietarios del hecho, aunque estas fueron diversas, factor importante entonces para concluir que P. aun cuando no tomó parte inmediata en la ejecución del hecho, **reforzó potencialmente la actividad de los otros imputados**"³⁵.

En sentido similar el TOP de Talca, califica como complicidad (art. 16) y no como autoría la conducta de una mujer que ingresó al domicilio de las víctimas y recibió después en la calle una de las especies sustraídas por otro acusado, pues en su concepto el N° 1 del art. 15

"exige tener el "dominio del hecho", o al menos una parte de él, lo que no ocurrió desde el momento en que ella salió de la vivienda. Para considerar como coautor es necesario que el individuo contribuya de tal manera en la ejecución, que ni el coautor ni los restantes intervinientes puedan ejecutar por sí solos el delito [...] el dolo presente en ella no alcanzó la intimidación [...] Para afirmar la coautoría [...] es necesario un elemento subjetivo que implique un acuerdo de voluntades de los intervinientes en orden a realizar el hecho en que colaboran y sus consecuencias, lo que se ha denominado "convergencia"; luego, todo exceso o desviación de uno de los intervinientes fuera del plan, como lo constituyó la intimidación, no puede imputarse para agravar la responsabilidad de esta acusada.

³⁵ SCA de Antofagasta de 14/10/2004, rol N° 144-04, considerandos 3° y 4°. Citada en CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco, *Código Penal. Jurisprudencia en el nuevo sistema de justicia criminal*, Editorial Librotecnia, impresión, 2008, pp. 145 a 147.

Que la actividad desplegada por Rojas Troncoso tampoco es suficiente para considerar que le ha cabido intervención en los hechos, en los términos señalados en el N° 3 del artículo 15 del Código Penal, porque [...] el concierto solo existió en relación a ingresar a sustraer especies a un lugar en el que no se encontraban sus moradores y no respecto del amedrentamiento de los que estos fueron objeto. Su salida inmediata del lugar una vez que percibió la presencia de la ofendida en el inmueble, no permite establecer, más allá de toda duda razonable, que tuvo conocimiento, en esos momentos, de la conducta desplegada por otro de los acusados...³⁶.

Sobre este punto el fallo de la Corte Suprema *in comento* se limita a señalar en el considerando 13° ya transcrito, que: "aun cuando no se indicó la posición precisa de cada uno de los autores materiales", en base a la prueba rendida, cabía afirmar la participación como autor del artículo 15 N° 3 del Código Penal. No se trata de exigir que se indique la posición de los autores, sino de indagar a qué estaba referido el concierto, y más aún, en qué hecho hipotéticamente el encausado habría comprometido su participación, si en un incendio o en un homicidio. Esto porque en el fallo del TOP se indica que el dolo era de matar mediante fuego³⁷. La Corte Suprema, al pronunciarse sobre el dolo es ambigua, pues se limita a indicar que queda de manifiesto "el actuar doloso (la voluntariedad y el propósito criminal) del inculpado, pues da cuenta del perfecto conocimiento que tenía del hecho punible y sus consecuencias lesivas y de su propósito de realizarlo" (Considerando 13°), pero no señala en cuál hecho punible, si un homicidio o un incendio. Aunque más adelante, en la última parte del considerando 14 se inclina por la tesis de dolo de incendiar:

"A estos efectos es útil decir que las declaraciones fácticas aludidas se corresponden con los hechos de la acusación, aun cuando todos estos no se probaron, pues quedó acreditada la actuación esencial que autoriza a punir en calidad de autor, esto es, el *concierto para aplicar fuego a la casa habitación*".

³⁶ STOP de Talca, RIT 59-2003, Citada en CERDA; HERMOSILLA, *Código Penal. Jurisprudencia en...*, pp. 147-150.

³⁷ El fallo del TOP indica que: "el dolo que gobernó sus acciones y que no fue otro que el de causar la muerte de sus ocupantes valiéndose del fuego" (considerando 41) y que "sostenemos que lo demostrado por la prueba sólo ha trasuntado un dolo de matar mediante el fuego" (considerando 42).

Hay una diferencia tanto en lo penológico concurso entre un homicidio consumado más del art. 474 inciso 1 acogen la interpretación que cuando en el auto como medio, es aplicable de Etcheberry³⁹ quien (simple) y el homicidio

Entonces, al no haber de hipótesis se abre pues si el imputado el hecho, no es posible (un homicidio) o par Menos aún podría ser en él la determinación hubiese sido herido más de cincuenta por él se alejaba antes de a una de las agravadas responde de su propio

Lo particular en con el control total disponer todos ellos

³⁸ POLITTOF, Sergio; chileno. Parte Especial;

³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo Chile, 1998, p. 468.

⁴⁰ STOP DE TEMUCO,

Hay una diferencia entre prestar contribución para ir a matar o a incendiar, tanto en lo penológico como a efectos de calificación, pues es distinto un concurso entre un homicidio y un incendio, sea real o ideal medial (homicidio consumado mediante fuego), y un incendio con resultado de muerte del art. 474 inciso 1 del CP. Los fallos tanto de la Corte como del TOP acogen la interpretación de Polittof, Matus y Ramírez³⁸, en el entendido que cuando en el autor existe dolo homicida y para eso emplea el fuego como medio, es aplicable el art. 474 CP. Esta tesis debe confrontarse con la de Etcheberry³⁹ quien se inclina por la tesis del concurso entre el incendio (simple) y el homicidio (calificado).

Entonces, al no haber claridad respecto de la dirección del dolo, el abanico de hipótesis se abre a otra posibilidad que permite razonablemente dudar, pues si el imputado hubiese comprometido su participación funcional en el hecho, no es posible dilucidar si lo era para ir a matar a las víctimas (un homicidio) o para cometer un incendio (de los galpones, o de la casa). Menos aún podría saberse si acaso esto mismo pudiese haber hecho nacer en él la determinación de desistirse de cometer delito, y en su desistimiento hubiese sido herido incluso por los mismos atacantes, o por alguno de los más de cincuenta policías que circulaban por el lugar a esas horas, cuando él se alejaba antes de cometer delito. El mismo fallo del TOP, al referirse a una de las agravantes que desestima, refuerza la idea de que cada uno responde de su propio dolo⁴⁰.

3.2.2. El dominio del hecho

Lo particular en la coautoría es que ninguno de los coautores cuenta con el control total del acontecimiento, de cuya configuración solo pueden disponer todos ellos en común, de ahí "el carácter funcional al todo de cada

³⁸ POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial; 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 479.

³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo; *Derecho Penal Parte Especial, Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 468.

⁴⁰ STOP DE TEMUCO, 28/02/14, Considerando 48°.

una de las contribuciones separadamente consideradas”⁴¹. En este sentido la Corte Suprema ha sostenido que

“[...] **también tiene dominio final del hecho aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación.** Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al art. 15 Núm. 3 del Código Penal, es lo que se conoce como coautoría y que significa, en rigor, compartir el dominio del hecho” (considerando 13°). Y agrega: “Lo anteriormente expuesto resulta aplicable no solo a la facilitación de los medios a que se refiere el artículo 15 N° 3, sino que también ilumina el problema de la concertación **y el de presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él, pues quienes así actúan solo pueden considerarse como coautores si también tienen el dominio final del hecho y lo comparten.** En otras palabras, el concertado, no cometerá un ilícito en calidad de autor, sino que además deberá actuar de una de dos formas: o facilitando los medios de carácter irremplazable **o presenciando el hecho sin tomar parte inmediata en él, pero pudiendo tomar parte hasta el punto de impedirlo.** Esta última frase es la que diferencia al coautor del cómplice, pues éste habitualmente también presencia el ilícito, sin tomar parte inmediata en él, pero careciendo de toda posibilidad de decidir acerca de su no consumación” (considerando 16)⁴².

En otro fallo el Excmo. tribunal sostiene que debe determinarse

“si su actuar contribuyó esencialmente a realizar el resultado descrito en el tipo penal o, dicho de otra manera, si separando sus acciones, la omisión imaginaria de las desplegadas por aquellas haría fracasar el fin lesivo perseguido”⁴³.

En el fallo *in comento*, la Corte solo alude a generalidades sobre el dominio del hecho, reforzando la idea de dominio funcional en la coautoría, el que en el caso es dudoso por cuanto no es posible establecer con claridad el concierto previo, y de haber existido, la forma de dicho aporte, en qué hecho (si homicidio o incendio u otro). El fallo no logra establecer que

⁴¹ CURY, *Derecho Penal*..., p. 611.

⁴² SCS de 14/09/1999 en Gaceta Jurídica N° 231, 199, pp. 99 y ss. Citada en HERNÁNDEZ; COUSO, *Código Penal*..., p. 407. Lo destacado es nuestro.

⁴³ SCS de 20/12/1999 (Westlaw Chile: CL/JUR/57/1999, Considerando 5°, citada por HERNÁNDEZ- COUSO, *Código Penal*..., p. 407. Lo destacado es nuestro.

el imputado hubiese que hubiese hecho f supuesta presencia h ría⁴⁴. No logra prob para haber podido de que el imputado no t contribución fue tan

Como se anunció de una persona en el poder fundamentar u aporte funcional. En

Siendo dudoso en “presenciándolo” y otros, es pertinente p de complicidad. Hip una complicidad así propiamente tal del

En la primera de solo podría ser coa del hecho, y según l del todo claras en el coincidiendo con He cómplice del art. 16

Así las cosas, no dría haberse castiga por estos hechos. A de accesoriadad en l

⁴⁴ Cfr. DÍAZ y GARCÍA, el dominio del hecho solo

⁴⁵ Con estas exigencia *Penal*..., p. 611; POLITTO-

⁴⁶ HERNÁNDEZ; COUSO,

el imputado hubiese prestado a la realización del hecho una contribución que hubiese hecho funcionar el plan en su conjunto, de tal suerte que si su supuesta presencia hubiese sido retirada del lugar, el delito no se ejecutaría⁴⁴. No logra probar que tuvo dominio funcional del hecho, a lo menos para haber podido decidir sobre su no consumación. Lo único indubitado es que el imputado no tuvo dominio sobre la no consumación, y su hipotética contribución fue tan irrelevante que el delito se ejecutó de igual manera.

Como se anunció antes, el apoyo moral que representa la presencia física de una persona en el lugar, mediando concierto, solo tiene relevancia para poder fundamentar una autoría, en la medida en que se constituya como un aporte funcional. En caso contrario, estamos ante una complicidad.

Siendo dudoso entonces que el imputado hubiese participado en el hecho "presenciándolo" y reforzando la actividad delictiva llevada a cabo por otros, es pertinente preguntarse si acaso no estaríamos ante una hipótesis de complicidad. Hipótesis que puede abordarse de dos formas: a) mediante una complicidad asimilada a autoría del art. 15 N° 1, b) una complicidad propiamente tal del art. 16 CP.

En la primera de estas formas, bajo la figura del "loro" o "vigilante", solo podría ser coautor en la medida en que tuviera dominio funcional del hecho, y según la funcionalidad de su aporte⁴⁵. Cuestiones ambas no del todo claras en el fallo, como se comentó anteriormente. En todo caso, coincidiendo con Hernández, estimamos que el "loro" no es coautor, sino cómplice del art. 16 CP, con la pena correspondiente⁴⁶.

Así las cosas, nos queda aún un problema por resolver, y es cómo podría haberse castigado como cómplice al imputado si es el único detenido por estos hechos. A estos efectos, es pertinente precisar que el principio de accesoriadad en la autoría y que nos enseña que no hay cómplices sin

⁴⁴ Cfr. DÍAZ y GARCÍA, "Autoría y...", p. 32, para quien esta interpretación "negativa" sobre el dominio del hecho solo contribuye a una extensión del concepto de autor.

⁴⁵ Con estas exigencias respecto del art. 15 N° 1 para considerarlo coautor CURY, *Derecho Penal...*, p. 611; POLITTOF-MATUS-RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...*, p. 420.

⁴⁶ HERNÁNDEZ; COUSO, *Código Penal...*, p. 408.

autores, no establece que deben encontrarse identificados e individualizados los autores materiales del hecho dentro de la investigación, bastando con que se tenga indicios de su existencia⁴⁷. Cuestión distinta es cómo se calcula la pena a aplicar, la que en todo caso no va en relación con la pena en concreto aplicada al autor, pues hay casos en los que el cómplice obtiene incluso una pena más alta que el autor material⁴⁸.

En este caso es un hecho indubitado que los disparos y el incendio fueron ejecutados por otros, y no por el imputado, cuyo "aporte funcional" se ha ido desdibujando a lo largo de estas páginas. El acto del partícipe no tiene relevancia penal autónoma, sino solo en la medida en que es puesto en relación con el hecho del autor. La participación solo puede existir en la medida en que hay una "conducta de otro" a la cual acceda, y esa conducta del otro debe ser una actuación principal⁴⁹.

En este sentido es útil distinguir entre el concierto previo que supone la coautoría en un hecho común y el acuerdo de voluntades en la complicidad para con un hecho ajeno. En la complicidad la colaboración no es decisiva para la realización del hecho, y como ha sostenido la Corte de Apelaciones de Valparaíso "*no requiere un potencial causal, bastando con un auxilio que facilite o haga más expedita la ejecución del hecho, incluyendo el simple apoyo moral o intelectual, mientras sea el caso que sin tal auxilio el hecho también se hubiera podido realizar*"⁵⁰. En este fallo la Corte castiga como cómplice de delito consumado de tráfico de estupefacientes, a un sujeto que sirvió como chofer a otro que fue a comprar alimentos, pero además una pequeña cantidad de droga.

⁴⁷ En este sentido, CASABIANCA -ZULETA, Paola, "Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos", en *Estudios Socio-Jurídicos*, N° 11 (1), enero-junio 2009, Bogotá (Colombia), pp. 117-142, p. 122. Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, quien sostiene que es posible castigar a título de complicidad aun cuando hayan sido absueltos los supuestos autores, VIDAL CASTAÑÓN, Alberto. "¿Argumentación o pretexto? A propósito de la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo español para condenar a los partícipes en determinados casos donde no se castiga al autor del hecho principal", *Diario La ley*, N° 8.321, Sección Doctrina, 29 de mayo de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, La ley N° 2.801/2014.

⁴⁸ Ver SCA de Valparaíso de 15/06/ 2015, rol N° 712-2015.

⁴⁹ NOVOA, *Curso de Derecho...*, p. 163.

⁵⁰ SCA de Valparaíso de 15/06/ 2015, rol N° 712-2015, considerando 7°.

Finalmente, vamente compr esa contribución en las inmedia en los alrededores preparatorio, por complicidad, pu colaborado sola paratorios, esto entrado en la eta consumado si el

La importanc penológica, pue tribunal opta por cuya pena mínim se vio aumentada En las interpreta imputado en los a título de comp no pueden obvia difiere en un gra

⁵¹ NOVOA, *Curso de*

Finalmente, no debe soslayarse que no fue posible dilucidar si efectivamente comprometió una contribución en el hecho, cuál era la forma de esa contribución, o si desistió antes de consumar y fue herido por terceros en las inmediaciones, en cuyo caso es posible sostener que su presencia en los alrededores del sitio del suceso pudiera ser constitutiva de un acto preparatorio, por el cual también podría haber sido castigado a título de complicidad, pues como sostiene Novoa "si alguno de los partícipes ha colaborado solamente con actos que puedan ser considerados como preparatorios, esto es, actos que por sí mismos no se pueda estimar que han entrado en la etapa punible de tentativa, será tenido por cómplice de delito consumado si el hecho se realizó íntegramente por el concurso de otros"⁵¹.

La importancia de la calificación de esta participación es especialmente penológica, pues, mediando una hipótesis rayana con la complicidad, el tribunal opta por considerarlo coautor de incendio con resultado de muerte, cuya pena mínima es de presidio mayor en su grado medio, pena mínima que se vio aumentada a 18 años por haberse acogido la agravante de nocturnidad. En las interpretaciones aquí sostenidas sobre la eventual participación del imputado en los hechos, ya fuere mediante un acto preparatorio castigable a título de complicidad, o desistimiento anterior a la consumación (pues no pueden obviarse las circunstancias que rodean su detención), la pena difiere en un grado por debajo de la anterior.

⁵¹ NOVOA, *Curso de Derecho...*, p. 164.