

## 2. DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

### ROBO CON INTIMIDACIÓN Y HOMICIDIO DE CARABINERO EN SERVICIO

I. AGRUPACIÓN O SEPARACIÓN DE INVESTIGACIONES ES UNA FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO. EJERCICIO DE ESTA FACULTAD NO INCIDE EN LA CAPACIDAD DE LA DEFENSA DE CONTROVERTIR LA PRUEBA DE CARGO. II. FORMA EN QUE DECLARAN LOS TESTIGOS Y PERITOS. TRIBUNAL PUEDE AUTORIZAR UN NUEVO INTERROGATORIO DE TESTIGOS O PERITOS QUE YA DECLARARON. CONTRAINTERROGATORIO DEL TESTIGO O PERITO. III. CONCURSO REAL ENTRE ROBO CON INTIMIDACIÓN Y HOMICIDIO DE CARABINERO EN SERVICIO. CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES Y ROBO CON HOMICIDIO, RECHAZADOS. IV. VOTO DISIDENTE: ROBO CON HOMICIDIO SUBSUME EL HOMICIDIO DE CARABINERO EN SERVICIO. VIOLENCIA DIRIGIDA A FAVORECER LA IMPUNIDAD.

### HECHOS

*Las defensas de los condenados como autores de robo con intimidación y homicidio y lesiones de Carabineros en servicio, recurren de nulidad en contra de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal. El Máximo Tribunal, en decisión dividida –3 a 2–, rechaza los recursos.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *21408-2014, de 8 de septiembre de 2014*

PARTES: *“Ministerio Público y otros con Juan Manuel Aliste Vega y otros”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.*

### DOCTRINA

- I. La agrupación o separación de investigaciones es una facultad entregada por la ley procesal al Ministerio Público en el artículo 185 del Código Procesal Penal, como evidencia de la desformalización que impera en la etapa de instrucción que conduce aquel órgano y que tiene su adecuado complemento a la proscripción, salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, de valor probatorio de las actuaciones de la investigaciones. Dicha facultad*

*atiende a la evaluación de la conveniencia que efectúe el ente encargado de la indagación penal, no advirtiéndose cómo su ejercicio puede incidir en la capacidad de la defensa de controvertir la prueba de cargo obtenida, ya que es el juicio la sede pertinente y central para controvertir su mérito, cuestionar su eficacia y fuerza persuasiva, ámbito en el cual aquella decisión carece de total relevancia y donde la defensa ha podido desplegar sus atribuciones (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *El artículo 328 del Código Procesal Penal establece, al consagrar la libertad de las partes para definir el orden en que rendirán su prueba, que corresponde recibir primero la de cargo y luego la de descargo. Tal prescripción es consecuencia de la decisión del legislador de otorgar un diseño al sistema de enjuiciamiento que permita, en primer término, el conocimiento de los hechos atribuidos, su forma de desarrollo y la intervención que se imputa en ellos al acusado, asignando tal carga al acusador, que tiene la obligación de demostrar la efectividad de la imputación sobre la base de antecedentes ofrecidos en una instancia previa, cautelando así el derecho de la defensa a controvertirlos. La regulación detallada tiene su correlato, en lo tocante a la prueba testimonial y pericial, en el artículo 329 del Código precitado, que enuncia la forma en que prestan declaración los testigos y peritos, disponiendo que se sujetan al interrogatorio de las partes, debiendo principiar por el de la que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego sometido al de los restantes, en forma sucesiva, concediéndose la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda, en el caso de intervenir un número plural de unos u otros. Además, el inciso 5° de la norma en comento establece la posibilidad del tribunal de autorizar, a requerimiento de alguna de las partes, un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia (considerando 17° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*El nuevo sistema de enjuiciamiento penal se erige desde un elemento básico, como es la proposición y refutación de tesis, el control de la construcción de los hechos mediante la adversarialidad y contradicción de los planteamientos, por lo que es perfectamente posible y plausible que una prueba, que se consideraba terminada y afinada, pueda ser aclarada, mediante los ejercicios correspondientes, en un nuevo interrogatorio a la luz de los elementos introducidos por el medio de acreditación hecho valer por otro de los intervinientes. Por lo demás, si bien el carácter de las pruebas y su contenido están determinados con antelación al juicio, la impugnación del contenido de la prueba pericial de la defensa por el acusador sólo era posible una vez que ella se rindió en la audiencia, de tal modo que el único ejercicio posible de contrastación era susceptible de efectuarse mediante un nuevo interrogatorio del perito. El sentido del término “interrogatorio” empleado en el artículo 329 es comprensivo tanto del cuestionario directo como del cruzado o con-*

rrogatorio, lo que permite colegir que la facultad ha sido ejercida conforme a la ley, ya que su lógica permite entender que la nueva interpelación sólo es útil bajo el prisma de la confrontación con pruebas o elementos hechos valer con posterioridad a la declaración primitiva (considerandos 18° y 19° de la sentencia de la Corte Suprema).

III. En relación con el delito del artículo 433 N° 1 del Código Penal, el robo con homicidio, la doctrina enseña que las voces “con motivo” y “con ocasión” hacen referencia a una muerte doloso, constitutiva de un homicidio realizado por el sujeto activo y conectado ideológicamente con el robo: “con motivo” corresponde a una preordinación delictiva, donde la muerte aparece programada por lo menos a título de dolo eventual, que no requiere coetaneidad con el robo, en tanto que sí es necesaria esa coetaneidad en la alternativa “con ocasión”, porque el homicidio se presenta como circunstancial a la actividad de apoderamiento o también como medio de aseguramiento de la impunidad del hecho. No puede entenderse esta conexión sino dentro del contexto del delito base, en la especie un robo con intimidación, y antes que se logre su consumación, o sea, antes que los sujetos activos logren poner la cosa fuera de la esfera de protección de la víctima. En el caso de autos, las especies sustraídas salieron de la esfera de custodia de su dueño, sin que hubiese sido posible recuperarlas, de modo que en dicho tiempo deben darse los supuestos básicos del artículo 433 N° 1, en cuanto a los extremos de su párrafo 1 y las situaciones especiales de su N° 1, “con motivo” u “ocasión del robo” (considerando 39° de la sentencia de la Corte Suprema).

Por su parte, el artículo 416 del Código de Justicia Militar tipifica el homicidio de Carabineros en servicio. Esta norma punitiva de carácter excepcional presupone la acción de matar, como verbo rector, y una condición para su punibilidad, en cuanto el sujeto pasivo de dicha conducta tiene que ser un Carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones. El rigor aludido tiene su explicación por la función que la Constitución y las leyes encomiendan a Carabineros, esto es, ser las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. En este entendido, cuando Carabineros actúa como autoridad precisamente para dar eficacia al derecho y en la prevención y represión del delito, lo hace en la seguridad de que sus actuaciones reguladas por la ley suponen un respeto de todos quienes puedan ser agentes perturbadores del orden y seguridad públicos, de modo que un atentado a un agente policial en el cometido de sus funciones no puede ser conectado con los hechos que precisamente dicha policía pretende repeler (considerando 42° de la sentencia de la Corte Suprema).

De este modo, la institución del concurso aparente de leyes penales debe tener una aplicación lo más restrictiva posible, porque desde luego nuestro Código Penal sólo advierte las posibilidades de concurso de manera general en los artículos 74 y 75, ya sea para la situación real o ideal, respectivamente,

*para imponer las penas y en lo que se refiere a la apariencia de concurso, la doctrina en realidad trata el tema desde el punto de la interpretación de la norma penal. La doctrina señala que hay concurso aparente cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales uno sólo resulta apto para captarla, agregando que a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales le resultan aplicables en forma conjunta, en cambio en el concurso aparente de leyes al hecho único le conviene tan solo un tipo, pero varios aparecen apropiados para tipificarlos a la vez. Sostiene asimismo algunos criterios útiles para su aplicación, dentro de ellos el que si hay un tipo que por su amplitud, finalidad de protección, entidad de su pena puede estimarse que comprende y abarca la conducta que otro describe, en términos que para el criterio legislativo será suficiente la imputación por la vía de aquél para considerar también debidamente sancionada la última, debe entenderse que el primero prevalece y excluye por innecesario, al otro. Esta situación evidentemente no concurre entre el delito de robo con homicidio y la muerte de un carabinero en acto de servicio que en orden a su actuación como agente en funciones propias del cargo toma conocimiento e interviene en ese delito en esa calidad y resulta víctima de los hechos, porque el robo no cubre totalmente la conducta que sanciona el artículo 416 del Código de Justicia Militar. Y no lo es porque no lo cubre la regla de la especialidad, porque ninguno de los hechos en su descripción legal pueden suponerse de carácter general, ambos son figuras claramente específicas, ni menos de la consunción, con respecto a los delitos que se suponen en colisión, porque siendo ambos de estructura especial y compleja, no se advierte la existencia de un elemento que en ambas situaciones ordinariamente acompañan al hecho y por lo tanto no se puede apreciar la existencia de conductas subordinadas que hacen posible tal absorción (considerando 43° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*En suma, entre los hechos robo con intimidación y homicidio de Carabineros en servicio, se presentan dos delitos de carácter complejo, que en el supuesto que se prefiriera para los dos hechos el primero, ocasionando la muerte de una persona, ello no parece concurrir si la muerte se produce en una situación de afectación del orden y seguridad pública, de manera que siendo especial la figura del artículo 416 del Código de Justicia Militar, porque, aparte de la vida de un funcionario público se afectan otros bienes jurídicos que no concurren en el robo, no cabe confundir ambas situaciones en una sola figura delictiva. Existe, entonces, un concurso real de delitos que se deben castigar separadamente de acuerdo con el artículo 74 del Código Penal (considerando 38° de la sentencia de la Corte Suprema).*

IV. (*Voto disidente*) *La conducta del imputado consistente en dar muerte a un policía y lesionar a otro, violencia posterior al apoderamiento del dinero del banco, ejercida inmediatamente después de cometido ese atentado a la propiedad ajena, aparece en el contexto de los hechos establecidos y en la dinámica de los mismos, como dirigida a favorecer su impunidad y encuadra, por tanto en el artículo 433 N° 1 del Código Penal. Tal conducta no resulta subsumible en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, cuando el homicidio o las lesiones inferidas a un Carabinero en acto de servicio integran en carácter de elemento esencial el tipo complejo aludido; tan esencial, que estas agresiones operan “por y para la apropiación”, en relación de medio a fin, esto es, para facilitar el apoderamiento –violencia preparatoria–, para lograrlo –violencia coetánea– o para favorecer la impunidad –violencia posterior, después de cometido el robo. De esta manera, el delito del artículo 433 N° 1, el robo con homicidio, soluciona el tratamiento conjunto de las acciones que lesionan diversos bienes jurídicos y que, por la amplitud del marco penal que consagra, puede absorber sin problemas, en fase de determinación de la pena, el injusto que el artículo 416 pretende reprimir. Una decisión diversa implica no sólo vulnerar la prohibición de exceso, consustancial al principio de proporcionalidad, sino altera el sistema que expresamente el legislador penal ha establecido mediante la tipificación de delitos complejos y que impone que el homicidio de Carabinero en servicio ceda ante el robo con homicidio, por expresa decisión de la ley, cuando éste último atentado –el homicidio– ha estado “al servicio” del robo, como ha ocurrido en la especie (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CI/JUR/6369/2014*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 185, 328, 329, 330 del Código Procesal Penal; 416 del Código de Justicia Militar; 74, 75, 433 N° 1 y 436 del Código Penal.*

LA PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DEL DELITO  
DE ROBO CON HOMICIDIO PARA EL REPROCHE DE TIPOS ESPECIALES  
Y CALIFICADOS DE HOMICIDIO, EN ESTE CASO, DAR MUERTE A UN  
CARABINERO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO  
*Universidad de Chile*

La Corte Suprema tuvo la oportunidad de conocer de variados recursos de nulidad deducidos por las defensas de los imputados condenados por los delitos de robo con intimidación, previsto y sancionado por los artículos 432, 436 y 439 del

Código Penal (en adelante, indistintamente “CP”), y homicidio a un carabinero en ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 416 del Código de Justicia Militar (en adelante, indistintamente “CJM”). Si bien se dedujo como causal principal del recurso de nulidad la prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal (en adelante, indistintamente “CPP”), fue la causal subsidiaria deducida en virtud de lo dispuesto en el artículo 373 b) del citado código sobre la que recayeron los principales fundamentos de la sentencia de nulidad y que provocó la división de la opinión de la Corte. Así, las defensas recurrieron subsidiariamente de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal afirmando que éste habría hecho una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al condenarlos por su participación en los delitos de homicidio a un carabinero en ejercicio de sus funciones y de robo con intimidación, descartando la subsunción de ambos hechos delictivos en el tipo de robo con homicidio previsto en el artículo 433, N° 1, del Código Penal. En un fallo dividido –tres votos contra dos–, la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad validando la calificación jurídica de los hechos realizada por el tribunal que conoció del juicio.

Como correctamente lo identifica el considerando 34° de la sentencia comentada, el sustrato fáctico sobre el cual recae la controversia radica en que luego de la sustracción de dineros de un banco mediando la intimidación de diversos sujetos con armas de fuego, calificado correctamente como robo, en el contexto de la huida del lugar, uno de los autores del robo cometió un homicidio consumado y otro frustrado de carabineros que, en el ejercicio de sus funciones, intentaron evitar la huida de los imputados. El voto de mayoría –también correctamente– calificó el razonamiento del tribunal que conoció del juicio como deficitario al fundar la aplicación del delito previsto en el artículo 416 del CJM junto al robo con intimidación, en desmedro de una calificación única de robo con homicidio, en base a un criterio de especialidad superlativa que no es suficientemente explicitado, pero que consistiría en que uno de ellos contemplaría más específicamente el hecho delictivo que las otras figuras típicas potencialmente concurrentes. Ello se verificaría al reconocer que el delito de homicidio a un carabinero en ejercicio de sus funciones no sólo protegería el bien jurídico vida, sino que también el bien jurídico orden y seguridad públicas, el cual por el referido criterio de especialidad debe ser preferido frente al homicidio simple como título de incriminación. Intentando ordenar la discusión, el voto de mayoría afirma que “[e]n el fondo, implícitamente el fallo determina la existencia de un concurso real de delitos que se deben castigar separadamente de la manera que indica el artículo 74 del Código Penal”.

El voto de mayoría, sin necesariamente hacer propio el argumento de la especialidad superlativa del delito de homicidio a un carabinero en ejercicio de sus funciones frente al robo con homicidio, concuerda con la opinión del tribunal del juicio, aportando dos argumentos adicionales. Primero señala que sólo es

posible cometer el delito de robo con homicidio mientras el robo no se encuentre consumado –las especies ya no se encuentren en la custodia del propietario sin que fuese posible recuperarlas– y, en segundo lugar, recurriendo al fundamento de incriminación especial del homicidio de un carabinero en ejercicio de sus funciones, sostiene que *“cuando Carabineros actúa como autoridad precisamente para dar eficacia al derecho y en la prevención y represión del delito lo hace en la seguridad de que sus actuaciones reguladas por la ley suponen un respeto de todos quienes puedan ser agentes perturbadores del orden y seguridad públicos, de modo que un atentado a un agente policial en el cometido de sus funciones no puede ser conectado con los hechos que precisamente dicha policía pretende repeler”*. Sin embargo, ambos argumentos deben ser rechazados, el primero de ellos por el propio tenor literal del artículo 433, N° 1, del CP, el cual prevé explícitamente que la violencia puede tener lugar después de cometido el robo *para favorecer su impunidad*. El segundo de ellos porque no existe fundamento plausible para sustraer al carabinero en el ejercicio de sus funciones de la dinámica de todo hecho que reviste carácter de delito. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de negar al Carabinero en ejercicio de sus funciones de la calidad de sujeto pasivo de todo delito común.

Luego de estos argumentos, la opinión mayoritaria de la Corte finalmente arriba al asunto dogmático realmente controvertido en su considerando 43°: la aplicabilidad de las reglas de concursos. En él sostiene que no es posible aplicar la institución del concurso aparente en este caso, *“porque el robo no cubre totalmente la conducta que sanciona el artículo 416 del Código de Justicia Militar”*, descartando la pertinencia de los tradicionales criterios de consunción y absorción para ello. Pese a que el voto de mayoría no es suficientemente explícito en cuanto a identificar el desvalor de la conducta que no puede ser absorbido por el delito de robo con homicidio, el argumento crucial parece ser que el homicidio de un carabinero en ejercicio de sus funciones no puede ser identificado como un homicidio simple.

En contra de estos argumentos, el voto de minoría de la Corte reconoce acertadamente la aplicabilidad de las categorías dogmáticas tradicionalmente atribuidas al delito de robo, entre ellas su carácter complejo o pluriofensivo, debido a la conexión que debe presentarse entre el uso de violencia o intimidación y la apropiación de la cosa, resaltando que la violencia puede ser ejercida con posterioridad a la sustracción de la especie para favorecer su impunidad, lo que ha sido consistentemente reconocido por nuestros tribunales de justicia. Ahora, dado que la configuración típica del delito de robo con homicidio permite que se aplique esta figura incluso cuando el homicidio se comete después de que el robo se haya consumado –para favorecer su impunidad– queda pendiente la delimitación temporal de dicha regla, lo que debe responder tanto a la calificación del homicidio como cometido *“con ocasión”* del robo y para favorecer la impunidad del mismo. Dado los hechos del caso, en que el homicidio es cometido en el contexto de huida del robo, el voto de minoría identifica los hechos inequívocamente

dentro del límite temporal que hace aplicable el del artículo 433, N° 1, del CP, lo que parece correcto.

Llamativamente, lo que el voto de minoría no identifica como problemático es la aplicabilidad de la palabra homicidio prevista en el artículo 433, N° 1, del CP a todos los tipos de la parte especial que describen la conducta como matar a otro, pero en circunstancias especiales. Así, la doctrina ha debatido sobre la pertinencia y aplicabilidad de dicha regla para los casos en que el autor de robo, con motivo u ocasión del mismo, cometiere además parricidio, infanticidio, homicidio calificado y, para este caso, el homicidio de un carabinero en el ejercicio de sus funciones. Este asunto sí resulta controvertido en la doctrina, presentándose opiniones tanto en el sentido de que dichas circunstancias especiales sí se encuentran previstas en el artículo 433, N° 1, del CP, paradigmáticamente Labatut, como quienes niegan dicha aplicabilidad, entre ellos Etcheberry. La omisión de la referencia a esta discusión por parte del voto de minoría evidencia la aceptación de la postura que entiende al homicidio previsto en el artículo 433, N° 1, del CP, como comprensivo del homicidio a un carabinero en ejercicio de sus funciones. Al contrario, si la posición opuesta fuese el argumento del voto de mayoría para sostener la inaplicabilidad del artículo 433, N° 1, del CP para un caso del homicidio de un carabinero en ejercicio de sus funciones, su postura tendría asidero parcial en la doctrina.

Sin perjuicio del asunto controvertido previamente identificado, el voto de minoría continúa su razonamiento con una premisa de suyo correcta y respecto de la cual tanto el voto de mayoría como la sentencia del tribunal del juicio oral nunca pudo identificar, “[c]uando concurre un delito complejo –como el que motiva estas reflexiones– no son aplicables las reglas generales sobre concurso de delitos, desde que una misma y única descripción típica contiene (artículos 433 y 436 inciso 1° en este caso) dos agresiones a dos bienes jurídicos distintos (violencia-apropiación/vida, integridad física y propiedad) que se castigan con sola una pena”. De este modo, si el legislador ha adoptado una decisión concursal especial, como la prevista por el artículo 433, N° 1, del CP, no es aplicable el régimen general de concursos a su respecto. Es decir, no cabe preguntarse si el desvalor de la conducta atribuida es adecuado al tipo penal que se reclama como aplicable, ya que el legislador ya determinó el reproche asociado a dichas conductas, decidiendo la pena aplicable. Lo único que cabe discutir es la subsunción de dicha conducta dentro del tipo penal complejo previsto por el legislador, pese a lo cual, tanto el voto de mayoría como la sentencia del tribunal del juicio, erradamente, no razonan sobre ello.