

IV. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

I. DETERMINACIÓN DEL DOLO HOMICIDA. NECESIDAD DE DIFERENCIARLO DEL DOLO DE LESIONAR. CAUSAL DE NULIDAD DE INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA SENTENCIA. FALTA DE FUNDAMENTOS. II. DELITO EN GRADO DE FRUSTRACIÓN. DELITO FRUSTRADO NO PUEDE COMETERSE CON DOLO EVENTUAL. CAUSAL DE NULIDAD DE ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO. PRESENCIA DEL DOLO DE LESIONAR.

DOCTRINA

- I. *La conclusión de los jueces del tribunal de juicio oral en cuanto tienen por concurrente el dolo homicida en la conducta del agente, apoyada únicamente en el hecho de haber disparado de frente y a una distancia cercana, además de no estar enmarcada en la realidad fáctica íntegra del proceso, no se ajusta a los parámetros que señalan la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, toda vez que en idénticas circunstancias de tiro y posición, dispara también un sujeto que sólo quiere lesionar a alguien. Se hacía menester saber dónde apuntó el acusado, dato que no está consignado en el proceso. En consecuencia, que los jueces del fondo, al tiempo de discernir sobre la concurrencia del dolo homicida omitan ciertos extremos del hecho, por ellos mismos establecidos, importa falta de fundamentos y configura la causal de nulidad del artículo 374 letra e), en relación con los artículos 297 y 342 letra c), todos del Código Procesal Penal (considerando 9° de la sentencia de nulidad).*
- II. *No es posible que en la tipificación de un delito tan grave como el homicidio frustrado a carabineros en acto de servicio, no haya precisión en la determinación del dolo con que actuó el agente. Constituye un error de derecho afirmar que puede cometerse un delito de homicidio sólo en grado de frustración con dolo eventual, que se ve excluido por la exigencia del dolo de consumar. Tratándose del dolo en el delito frustrado, no hay diferencias sustanciales con la tentativa, en la que el agente debe ejecutar actos directamente encaminados a la consumación, esto es, actuar con dolo directo, lo que es plenamente aplicable al delito frustrado. Los hechos que se han tenido por establecidos no son idóneos para calificar el dolo con que actuó el imputado como dolo homicida, pues si bien los impactos de bala se producen en el rostro de las víctimas, el arma empleada por el hechor era una escopeta hechiza y, por ende, por un lado carecía de segu-*

riedad de tiro y, por otro, dispersaba perdigones los que se diseminan aún más según la distancia a que se hace el disparo. No es este, por lo tanto, un elemento que permita calificar sin más la intención del agente como ánimo de matar. Sólo queda como argumento para discernir el propósito del agente, la circunstancia de haberse creado una ventaja estratégica por la posición originada a consecuencia de los cortes de árboles y que detuvo la caravana de vehículos que conducía a los obreros de las empresas forestales, obligando a uniformados a bajar para remover los obstáculos ubicados por los encapuchados –entre ellos, el imputado–, elementos que, sin embargo, no son idóneos ni suficientes para calificar su ánimo como el de matar a una persona, sino tan sólo el de lesionar.

Por consiguiente, se ha aplicado el artículo 416 del Código de Justicia Militar, que sanciona al que matare a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, en un caso que no era procedente, ya que debió aplicarse el artículo 416 bis N° 2 del mismo Código, que contempla el delito de maltrato de obra a carabineros que se encontrare en el ejercicio de sus funciones (considerandos 15° de la sentencia de nulidad y 1° de la sentencia de reemplazo).

DETERMINACIÓN DEL DOLO HOMICIDA Y GRADO DE
EJECUCIÓN DEL DELITO

OCTAVIO PINO REYES*

En el presente caso, la Excma. Corte Suprema conoce de sendos recursos de nulidad interpuestos por las defensas de los imputados, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, que los condena como autores –en la hipótesis del artículo 15 N° 3 del Código Penal– del delito de homicidio, frustrado y reiterado, de acuerdo con el artículo 416 del Código de Justicia Militar, que sanciona al que matare a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones.

Lo interesante del fallo radica en dos puntos: el análisis que se realiza sobre la necesidad de acreditar el dolo homicida, por algo más que el disparar

* Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile.

de frente y a corta distancia; y la imposibilidad de que exista delito de homicidio frustrado con dolo eventual.

Sobre el primer punto, señala la Corte Suprema que los hechos que se han tenido por establecidos no son idóneos para calificar el dolo con que actuó el imputado como dolo homicida y que no es posible la subsunción de la conducta en un delito tan grave sin que haya precisión en la determinación del dolo con que actuó el agente. Así, el hecho de haber disparado de frente y a corta distancia no sería suficiente para acreditar un dolo directo¹.

Al respecto, hay que recordar que ambos imputados fueron condenados como autores, de acuerdo con el artículo 15 N° 3 del Código Penal, y que sobre el particular, parte de la doctrina señala que en este caso la coautoría exige dolo directo, pues no es posible la existencia de concierto previo con dolo eventual², ya que se requiere unidad de propósito, unidad de resolución para concretarlo y unidad de plan para llevarlo a la práctica, lo que supone un dolo común para todos los concertados, el que cada uno no puede modificar.

En cuanto al segundo punto, la Corte Suprema señala que constituye un error de derecho afirmar que puede cometerse un delito de homicidio sólo en grado de frustración con dolo eventual.

Al respecto, la doctrina entiende que tratándose del dolo en el delito frustrado, no hay diferencias sustanciales con la tentativa³, en la que el

¹ E incluso, solo ese hecho, tampoco lo sería para acreditar el dolo eventual, de acuerdo con la teoría de la aceptación. Vid. Carlos Künsemüller Loebenfelder, en *Revista de Derecho U. Gabriela Mistral*, 2004.

² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, en *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 422, quienes distinguen entre la coautoría propiamente dicha, donde admiten el dolo eventual; de los casos de complicidad penados como autoría, donde no la admiten. Esto anterior, por la misma razón que no admiten el dolo eventual en casos de tentativa: así como el delito consumado trascendería al tentado, el acto del autor trasciende al del cómplice, y por eso, en ambos casos, se requiere dolo directo para la vinculación subjetiva. Asimismo, el profesor Sergio Yáñez Pérez, en *Problemas Básicos de la Autoría y de la Participación en el Código Penal Chileno*, *Revista de Ciencias Penales* T. XXXIV, N° 1, 1975, p. 61, señala que en el caso del artículo 15 N° 3 CP “estamos frente a verdaderos coautores que tienen cada uno en sus manos el dominio del hecho a través de su función específica en la ejecución total”.

³ En igual sentido CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 565, y POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., p. 379. No obstante, reconocen que la posibilidad de admitir tentativa con dolo eventual es discutida en la doctrina nacional.

agente debe ejecutar actos directamente encaminados a la consumación, esto es, actuar con dolo directo, lo que es plenamente aplicable al delito frustrado⁴. Sobre el particular, señala el profesor Cury⁵ “la tentativa implica, por definición, una búsqueda del hecho típico, cuya realización es puesta por el autor como el objetivo directo de su actividad. Tal cosa es incompatible con el dolo eventual”.

Ahora, cabe destacar que la doctrina señala que los delitos especiales por los que se castigó a los imputados exigen para su concurrencia de dolo directo⁶, el que necesariamente debe ser probado en el respectivo juicio, como ya ha sido resuelto por la Corte Suprema en causa Rol N° 2921-11.

Así, en virtud de lo razonado anteriormente, la Corte Suprema, a nuestro entender acertadamente, resuelve acoger los recursos de nulidad, dictando sentencia de reemplazo respecto de uno de ellos, señalando entonces que sólo se pudo acreditar el dolo de lesionar a los funcionarios de Carabineros, tipificándose así sólo el delito de maltrato de obra a Carabineros y no el de homicidio frustrado.

Por último, –y con esto nos alejamos de los criterios meramente subjetivistas– la cuestión de la determinación del dolo en una conducta como la contenida en el fallo –utilización de armas, por personal preparado, a corta distancia y de frente– no puede resolverse con el solo mérito de la confesión del autor, sino que exige el análisis de los vestigios que esa misma conducta deja en su acontecer. En efecto, la ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima, la cantidad de disparos efectuados, el arma utilizada, el modo en que la víctima logra la supervivencia y las circunstancias que explican la agresión serán siempre elementos objetivos que develan la intención –muchas veces inaccesible para terceros– del autor en su cometido.

⁴ En el mismo sentido resuelve la Excm. Corte Suprema en causa Rol N° 1.719-07.

⁵ Op. cit., p. 562.

⁶ Vid. ASTROZA HERRERA, Renato, Derecho Penal Militar, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1974, N° 305, p. 480.

TEXTO DEL FALLO COMPLETO

I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, por sentencia de trece de agosto del año en curso, condenó a PAULINO JAVIER LEVIPÁN COYÁN como autor del delito de homicidio frustrado y reiterado a carabineros en acto de servicio, en perjuicio de Rubén Canario Maricán y Juan Fuentes Saavedra, hecho ocurrido el 2 de noviembre de 2011 en Ercilla, a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. También fue condenado el mencionado Levipán Coyán como autor de porte ilegal de arma de fuego convencional y artesanal a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio.

Asimismo, se condenó a DANIEL BERNARDO LEVINAO MONTOYA, como autor del delito de homicidio frustrado a carabineros en actos de servicios que afectó al General Iván Bezmalinovic, ocurrido el mismo día 2 de noviembre de 2011, en Ercilla, a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio y accesorias antes mencionadas. Levinao Montoya también fue sancionado por el delito de porte ilegal de arma de fuego convencional, cometido ese mismo día con

ocasión del hecho anterior, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio.

En contra de la sentencia antes descrita la defensa de Daniel Levinao Montoya dedujo recurso de nulidad que está agregado a fs. 99, al que adhirió el nuevo representante del acusado Paulino Levipán Coyán a fs. 128, los que se admitieron a tramitación por resolución de fs. 146, fijándose audiencia pública para el conocimiento de ambos recursos a fs. 147.

A fs. 154, se incorporó el acta que da cuenta de la realización de la audiencia de rigor a la que comparecieron los abogados recurrentes Lorenzo Morales Cortés y Claudio Fierro Morales por los acusados Levinao y Levipán, respectivamente, Pablo Campos Muñoz por el Ministerio Público y Gonzalo Cisternas por Carabineros de Chile.

Considerando:

RECURSO DE NULIDAD DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE DANIEL LEVINAO MONTOYA

Primero: Que por el recurso deducido a favor del acusado Levinao Montoya, se invocó en primer término, la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose como normas infringidas, el artículo 19 N° 3 incisos 4° y 5° de la Constitución Política, por la vulneración del debido proceso, a consecuencia de haber carecido el referido imputado de un tribunal imparcial.

En el recurso se copiaron las disposiciones legales invocadas para luego sostener que si el juez no se somete a las normas fundamentales, excede el ejercicio soberano de sus funciones,

lo que ocurre también cuando no es imparcial, haciéndose en el libelo una descripción de lo que debiera entenderse por aquello.

Luego se explica que, en el caso concreto, la falta de imparcialidad se produjo de dos formas: por la no ponderación absoluta de la prueba de cargo; y por haberse considerando sólo los hechos dados y reproducidos por la prueba del Ministerio Público, infringiendo, además, el debido proceso y la presunción de inocencia.

Ello se habría producido en el motivo 18° del fallo, donde se concluye por los jueces que: "...la víctima Iván Alberto Bezmalinovic Hidalgo, General de Carabineros, que expuso, en lo pertinente, que...", transcribiéndose a continuación la declaración del referido general.

Luego, el recurrente reclama que la resolución del tribunal aparece forzada, planteando derechamente que el incidente con el General Bezmalinovic no existió, sino que fue inventado. Para ello se asila en el hecho que Levinao no aparece en ningún set fotográfico ni video, salvo en el de la detención. Sólo está señalado por el oficial aludido que dice que se trenzaron a disparos, pero el arma que llevaba Levinao estaba trabada. Se aduce que Levipán le pasó un arma, pero ello no es cierto e incluso fueron detenidos en momentos diferentes. Sobre el incidente del helicóptero sólo declararon Arias, Sáez, Bascur y el General antes indicado y ocurre que las declaraciones de los dos primeros son contradictorias y aquéllas lo son también con las de Bascur y la víctima, al punto que Sáez incluso dice que el

helicóptero nunca aterrizó. Se sostiene que el oficial aludido corre solo detrás de Levinao por más de 70 metros, lo que es contrario a la lógica, porque en ningún lugar del mundo se arriesga la integridad de un alto uniformado. Sostiene que incluso hay un video que registra una señal de radio que da cuenta de la detención de dos personas, pero no se menciona el hecho que se habría puesto en riesgo supuestamente la vida del General. Dice que de ello no se da cuenta, porque no fue cierto. Agrega que en la primera mitad del juicio, donde declaran los primeros carabineros y se informa la existencia de 252 fotos, ninguno de los funcionarios dijo que hubiera alguien con las ropas que llevaba Levinao cuando fue detenido, el que tampoco aparece en los videos. Concluye que estas graves contradicciones y deficiencias de la prueba de cargo, permiten aceptar la existencia de una duda razonable que impide la condena por homicidio frustrado.

Sobre el delito de porte ilegal de arma de fuego, reclama que los elementos de la deflagración de la pólvora fueron tomados de un guante y un polerón que no portaba Levinao, a lo que agrega que según el perito Andy Díaz no eran cuantificables, pero que para el perito de la Policía de Investigaciones de La Serena sí lo era, pero sólo en la ropa y negativo en el cuerpo. La anotada contradicción le parece incomprensible.

Agrega que de acuerdo al artículo 13 de la Ley de Control de Armas, el verbo rector está determinado por las voces "poseyeren" o "tuvieren", los que no resultan aplicables al acusado.

Concluye, ante la ineficacia de la prueba de cargo, que los jueces habrían adoptado una posición intelectual frente al hecho, además de una percepción equivocada respecto a la ponderación del tipo penal. Pide, por lo tanto, que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia y que se realice un nuevo juicio, refiriéndose en extenso a la exigencia de la trascendencia.

Segundo: Que en subsidio de la causal antes descrita, el recurrente esgrimió la del artículo 374) letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, fundado en que la valoración realizada por los sentenciadores contraría los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y, además, porque la fundamentación está basada en una inexacta reproducción de los dichos de los testigos. Precisa en esta parte que se habría cometido una infracción al principio de razón suficiente y de no contradicción, la que se produjo en cuanto el capitán Sáez dijo que el helicóptero no aterrizó nunca, mientras el carabinero Arias sostiene que vio descender al General y saludar al personal.

RECURSO DE NULIDAD (ADHESIÓN)
PRESENTADO POR LA DEFENSA DE PAULINO
LEVIPÁN COYÁN

Tercero: Que por el recurso deducido por la defensa de Paulino Levipán Coyán, se esgrimió como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por haberse incurrido en una infracción al debido proceso, que se produjo en opinión de esa parte, cuando el tribunal tuvo

por establecida la participación de los acusados en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, esto es, existiendo concierto previo para cometer esos delitos. Sin embargo, el tribunal al tener por establecida tal exigencia, infringió el derecho del imputado a ser oído en cuanto no existió una imputación precisa ni es correlativa con la plasmada en el fallo.

Ello se materializa en la parte que los jueces tienen por establecido que el acusado participó en los hechos “previamente concertados, en una operación planificada y coordinada”; que se habría tratado de un grupo de personas que integraba Levipán y que “comenzaron a disparar...”. Sin embargo, aquellos no son sino términos vagos, imprecisos y sin contenido fáctico en el mundo natural, porque no se determinan los hechos concretos en que se fundan. La sentencia describe lo que ocurrió después, pero no razona en ninguna parte la manera en que se puede establecer la existencia de la operación planificada y coordinada, ni el concierto previo, ni siquiera qué arma habría empleado Levipán.

Cita al profesor Julio Maier en relación a la obligación del tribunal de velar por la protección de los derechos de los intervinientes, puesto que la imputación debe ser completa “describir un acontecimiento—que se supone real—con todas las circunstancias de modo, tiempo, lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos”. Al no haberse cumplido así, se ha infringido el derecho a ser oído en la esfera de la imputación necesaria y, por lo tanto, se ha sancionado, con

infracción al debido proceso. Ello se produce en los considerandos 10°, 11° y 12° del fallo impugnado.

Agrega la defensa que la infracción denunciada ha sido trascendente, porque se sancionó a Levipán en calidad de coautor, sin que existan hechos precisos, claros y narrados en forma circunstanciada que la prueben, razón por la cual, solicita que se declare la nulidad del fallo y del juicio y que se ordene la práctica de un nuevo juicio.

Cuarto: Que en subsidio de la causal arriba pormenorizada, la defensa de Levipán esgrimió la del artículo 374 letra e), en relación al 342 letra d) del Código Procesal Penal, por haberse omitido las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente el hecho como delito frustrado de homicidio reiterado en perjuicio de los carabineros que se indican.

Los jueces se han limitado a sostener que la muerte no se produce por causas ajenas a los hechos y de ahí que el grado de ejecución sea frustrado. Ello, sin embargo, no constituye más que una afirmación tautológica, en circunstancias que resultaba necesaria la explicación que se omite precisamente porque la defensa de Levipán adujo que pudiera tratarse de una tentativa inidónea. Por esta causal se pide la declaración de nulidad del fallo y del juicio y que se haga de nuevo éste.

Quinto: Que en conjunto con la causal anterior, la defensa de Levipán invoca la del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal.

En este caso, la denuncia se apoyó en el hecho que se habría omitido la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código antes citado. La anotada infracción se verificó en el razonamiento 10° de la sentencia y se explica en el hecho que su lectura no permite reproducir el razonamiento utilizado por el tribunal para alcanzar las conclusiones a las que arribó, desde que establece delitos de homicidio frustrado, porte ilegal de arma de fuego y daños y, sin embargo, condena por los dos primeros y absuelve por el último, en circunstancias que debió también absolver por el primer delito, atendido el hecho que el tribunal dio cuenta de una unidad de acción. Si los jueces aceptaron que sólo existió una acción desplegada con varios resultados y en ese desarrollo optan por absolver de los daños calificados, naturalmente debían también absolver por el homicidio frustrado. A consecuencia de la infracción reclamada, se pide la declaración de nulidad del fallo y del juicio y que se haga de nuevo éste.

Sexto: Que en subsidio de las causales antes descritas, la defensa de Paulino Levipán invocó la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando la existencia de un error de derecho en la aplicación de los artículos 7° inciso 2° y 15 N° 3, ambos del Código Penal y 416

del Código de Justicia Militar, porque no eran aplicables al caso.

En el considerando 12° del fallo impugnado, se sostiene por los jueces que Levipán habría actuado con dolo eventual: "...al señalar el tribunal que en el actuar de los acusados a lo menos hubo dolo eventual, sólo se está significando que al disparar con armas de fuego a un grupo de personas, ubicados en una zona que estratégicamente les otorgaba ventaja, hace inferir que a lo menos los agentes están en condiciones de representarse, individualmente, el resultado que provoca esta conducta, más aún cuando esta acción la están ejecutando coetáneamente un grupo de personas, entre ellos, el acusado, como se dirá más adelante, de esta forma el tribunal configura el elemento subjetivo".

"Ello también justifica el nexo causal entre el comportamiento y el resultado, que si bien es cierto en el caso concreto no resultó en muerte, ello se debe únicamente a causas ajenas a la voluntad de los hechores, y ahí el grado de ejecución del delito, frustrado".

Más adelante, en el motivo 14°, los jueces explican: "Que el tribunal ya se refirió al dolo, el que claramente evidencia no un dolo de lesionar, sino la intención de dar muerte, atendido el hecho que a lo menos los agentes se debieron representar la posibilidad cierta de causar la muerte, al dirigir los disparos hacia las zonas del cuerpo que lo hicieron, razón por la cual no se puede dar otra calificación al hecho ya descrito, hecho en el que el acusado tuvo participación en calidad de autor, en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal...".

Sin embargo, en cuanto a la infracción que se denuncia al artículo 15 N° 3 del Código Penal, por haber actuado con dolo eventual y en ausencia de exigencias legales para su configuración, ello se produce porque el tribunal dice que hubo concierto previo entre los partícipes y que actuaron con dolo eventual en el homicidio frustrado de carabineros, lo que no resulta posible desde que la coautoría exige dolo directo. Los jueces dicen expresamente en el motivo 12° que "...se hace necesario circunscribir el concepto de autoría, puesto que, ponderados los antecedentes de cargo que la justifican, en su conjunto, explican tanto la participación como la acción de matar y el nexo causal, esto es, el comportamiento y el resultado".

En la sentencia se cita doctrina parcialmente respecto del artículo 15 N° 3 del Código Penal, al afirmarse que exige dos elementos para su configuración: 1) concierto previo que se traduce en la unidad de propósito, de resolución y de planificación para llevarlo a cabo, lo que supone un dolo común y por tanto directo, puesto que el dolo eventual se traduce en la representación de un resultado probable, siendo indiferente la producción del mismo. Esto es, se actúa si o si con tal de lograr el objetivo que se tuvo en mente, no obstante los resultados que se produzcan que no son los directamente queridos. La exigencia del concierto previo en cuanto importa unidad de propósito, excluye la coautoría con dolo eventual, porque el propósito al momento de concertarse era uno diferente y no el que acaeció: homicidio frustrado, puesto que este úl-

timo se cometió sólo con dolo eventual. 2) El segundo elemento del artículo 15 N° 3 del Código Penal se refiere a la intervención en el hecho, que puede ser moral, intelectual o de facilitación de medios, requisito del que no se hace cargo el fallo; sólo se dice que habría formado parte del grupo de encapuchados que atacó a civiles y a carabineros, pero no se indica si presencié el hecho, si lo planificó, dirigió o supervisó, si aportó medios, ni menos aún, que tuviera el dominio final de la acción de disparar.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la frustración a un actuar con dolo eventual, reclama la defensa que también constituye error de derecho, porque no es posible concluir que el delito frustrado se haya cometido con dolo eventual. Sostiene que la doctrina nacional acepta la falta de diferencias entre la faz subjetiva de la tentativa y de la frustración y al analizarse la primera se explica que lo pretendido al dar inicio a la ejecución del hecho es precisamente la consumación del delito, lo que resulta incompatible con el de dolo eventual, que constituye una mera representación de un resultado lesivo y su posterior aceptación. En apoyo de su tesis, cita al profesor Cury y el fallo de esta CS Rol N° 1.719-2007.

Por último, en cuanto se denuncia la errónea aplicación del tipo penal de homicidio a carabineros, contemplado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, a un caso que no era aplicable, explica que ese tipo contiene exigencias objetivas descriptivas y también normativas: ejercicio de sus funciones, que tienen especial importancia al momento de

analizar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo: la configuración del dolo, que sólo puede ser directo y, que por ende, excluye el eventual.

Es un delito calificado por el sujeto pasivo, con una pena agravada porque protege no sólo la vida sino que el rol que cumple una persona en la sociedad, de modo que el dolo debe abarcar todos los aspectos objetivos del tipo, de lo que no se hace cargo la sentencia, que sólo se limitó a decir por qué las víctimas se encontraban en el ejercicio de sus funciones y se adiciona un análisis de la conducta homicida, pero siempre ratificando que el comportamiento fue con dolo eventual. Los jueces explican, luego de concluir que los carabineros cumplían ciertas funciones, que: “Establecido lo anterior, nos referiremos de rechamante al delito de homicidio, y sus requisitos, esto es, la presencia de tres elementos: un comportamiento, esto es una acción u omisión dirigida a matar; un resultado material, la muerte y un nexo causal entre el comportamiento y el resultado...”, omitiéndose establecer el conocimiento que los imputados debían tener respecto a la actividad que ellos desplegaban, a las funciones y si estaban o no en servicio. El tipo exige matar a un carabinero en el ejercicio de sus funciones, de modo que es menester que los elementos del dolo –cognitivo y volitivo– abarquen todos los elementos objetivos del tipo especial, que no fueron establecidos en la sentencia, lo que conlleva un error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo, desde que se aplicó un precepto que no procedía en la especie.

Por esta causal se pide sentencia de reemplazo que se conforme a la ley absuelva al imputado.

Séptimo: Que en relación a la causal de competencia propia de esta Corte, esgrimida por la defensa de Daniel Levinao Montoya, aquélla consiste en haber sido juzgado por un tribunal carente de imparcialidad. El vicio se ha hecho consistir en la impugnación de la valoración que los jueces han hecho de los antecedentes de cargo proveídos por el Ministerio Público para sostener la acusación de homicidio frustrado del general Bezmalinovic, llegando al punto de sostenerse que aquel incidente no habría sucedido realmente, sino que habría sido inventado.

Sobre la denuncia concreta, se aduce que hay en el fallo graves contradicciones y deficiencias en la prueba de cargo, que permitirían aceptar la existencia de una duda razonable que impide la condena por el delito atribuido.

De la sola lectura de tales argumentos, aparece que son los mismos que se han vertido para sostener la causal absoluta del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, de donde deriva que la imputación de parcialidad está apoyada exclusivamente en el incumplimiento de las exigencias legales propias de la redacción del fallo, de modo que en esta parte, esta causal será desestimada por falta de fundamentos, procediéndose al análisis de la causal absoluta señalada.

Por otra parte, el mismo motivo principal ha sido empleado para denunciar que existe una incomprensible contradicción en la versión de dos expertos, esta vez en relación al delito de

porte ilegal de arma de fuego, respecto a la posibilidad de cuantificar la pólvora hallada en ciertas evidencias, a lo que se sumó que los verbos rectores del artículo 13 de la Ley de Control de Armas no se ajustaban a los hechos probados.

Como se advierte, en una primera sección la denuncia apunta a la ponderación del mérito probatorio de lo aseverado por dos expertos, cuestión que tampoco ha sido explicada en relación a su trascendencia por el recurrente; y, en un segundo aspecto, la protesta no corresponde tampoco a la causal invocada, desde que se refiere a una supuesta infracción de derecho, lo que conlleva su rechazo.

Octavo: Que, en lo que atañe a la causal absoluta del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación al 342 letra c) del mismo Código, la defensa de Daniel Levinao Montoya, adujo que la valoración realizada por los jueces contrariaba los principios de razón suficiente y de no contradicción, principalmente en relación al análisis de las declaraciones del capitán Sáez y del carabinero Arias, puesto que el primero sostuvo que el helicóptero en que se desplazaba el General Bezmalinovic no aterrizó nunca, mientras que el segundo, dijo que vio descender al mencionado General y hasta saludar al personal.

Sobre este cuestionamiento, en el motivo noveno de la sentencia en estudio, página 45 vuelta, se especifica la declaración de Alejandro Emilio Sáez Ortiz, oficial de Carabineros, quien dijo haber ido en el vehículo blindado, con el torso afuera del mismo. Vio a dos

sujetos que iban arrancando y detuvo al que quedó enredado en una alambrada, en tanto al otro lo detienen a unos 60 u 80 metros. Dijo que por un momento perdió contacto visual con el otro individuo y que sintió disparos y vio al helicóptero, pero que cuando subió la loma el otro sujeto ya estaba detenido. En la página 47 dice “al helicóptero lo sentí, y lo divisé que empieza a descender, yo estaba reduciendo al acusado, luego llega el zorrillo (el vehículo blindado) y Arias queda en resguardo del destino, sigo, y ya lo traen de vuelta, el helicóptero hace una aproximación al suelo y luego subió, no aterrizó, después aterrizó, como cuatro minutos después que trajeron al detenido”.

Por su parte, la declaración de Alexis Andrés Arias Pino, funcionario de Carabineros, consta en el mismo razonamiento noveno, desde la página 47 vuelta, quien dijo que él era el conductor del vehículo fiscal conocido vulgarmente como zorrillo y acompañaba al teniente Sáez. Explicó que en un cerco, uno de los detenidos quedó enredado y que el vehículo quedó atascado en un canal que finalmente logró cruzar, llegando hasta el teniente, quien detuvo a uno de los sujetos y se bajó a prestarle cobertura, verificando que al lado de ese detenido había una escopeta hechiza y un cartucho percutado. En la página 48 vuelta se consignó de su declaración que: “yo sentí el helicóptero y ese después se posó, la detención del segundo sujeto no la pude observar, no fue muy lejos del lugar, pero no pudo ser más de 300 ó 400 metros...”. Más adelante describe que “...el helicóptero se posa en la

parte superior de la colina; el segundo detenido es detenido por personal del Gope, ellos informaron que había un detenido; yo sólo vi el helicóptero y después vi a mi general Bezmalinovic, pero no recuerdo bien si lo vi bajar, él saludó a personal que estaba en el lugar, al segundo detenido lo trajeron como a los 5 minutos y cuando lo vi no recuerdo qué hizo, no recuerdo qué contacto tuvo con él—General Bezmalinovic— con los detenidos, yo era conductor del vehículo, no sé quién más venía en el helicóptero, sólo lo recuerdo a él, no recuerdo qué más pasó”. En la página 49, se deja constancia que Arias dijo, aclarando, que: “yo no vi el momento mismo de la detención, sólo cuando lo tenían detenido, luego detuvieron una segunda persona, que llegó al lugar donde yo estaba y pasaron no pasaron más de 8 ó 10 minutos y el helicóptero se posa en la pequeña colina, eso fue como a los 12 minutos después, más o menos porque el tiempo es tan..., el helicóptero desde antes estaba haciendo maniobras, estábamos con el primer detenido, llegó el segundo detenido y luego se posa el helicóptero...”. Solicitada una aclaración por el querellante repitió “yo estaba con Sáez y vi al helicóptero, del segundo sujeto no vi nada de la detención, estaba al otro lado de la loma y tampoco vi al helicóptero, después llega el detenido y después se posa el helicóptero”.

A lo anterior cabe agregar que a fs. 35 vuelta y siguientes, está transcrita la declaración de Jorge Aravena Quintana, funcionario de Carabineros, quien explicó en relación al incidente del heli-

cóptero que tomó declaración al capitán Bascur que iba en ese nave, el que le explicó que "...divisan a un grupo de aproximadamente 15 personas, tratan de descender, y como 30 metros una persona con ropa oscura y polera clara en su cabeza dispara contra la nave, trata de aterrizar, no lo hacen y lo empiezan a seguir, y al verse acorralado apunta con su arma al general Bezmalinovic, apunta contra él, pero por razones ajenas a su voluntad el arma no se dispara, lo mismo señala el suboficial Mena y el General; los pilotos narraron desde que aterrizan la nave, pero no observan el momento en disparan (sic) al General Bezmalinovic, ellos eran el Teniente Franco Argentó, y el comandante Juan, me parece que el apellido es Carmona,...". A una solicitud de aclaración del fiscal, contestó: "la tripulación y los aprehensores, cuando intentan hacer el primer aterrizaje, no lo hacen porque disparan a la aeronave y después aterrizan; al momento de la detención, Sáez lo ve, corre y lo detiene; y Arias no desciende del móvil".

También consta en el fallo impugnado, la declaración del oficial de Carabineros, Gerardo Antonio Bascur Villagrán, a fs. 49 vuelta, quien explicó que vieron a un grupo de personas y se inicia maniobra de aterrizaje y como a un metro o un metro y medio del suelo y desde unos 15 ó 20 metros de frente, les hacen un disparo, por lo que el piloto no aterriza y gira. Dice que él vio al sujeto que disparó, la maniobra de ejecución y el humo en la pistola y que después el piloto intenta un nuevo aterrizaje, donde él abre la puerta y baja por el lado izquierdo y sigue al

General Bezmalinovic que ya había bajado e iba tras un sujeto. Mena les prestó cobertura y en ese momento el sujeto que seguían a unos seis metros, se dio vuelta y disparó, pero el disparo no salió. El testigo también lo hizo –con una escopeta–, cuando el general lo intimó a detenerse y el sujeto arrojó su armamento. El general recogió el arma y el testigo redujo al sujeto.

A fs. 51, se incorporó la síntesis de la versión del General de Carabineros, Iván Alberto Bezmalinovic, quien explicó que dio la orden de descender al piloto y que lo estaba haciendo cuando reciben un disparo, que hizo que el piloto hiciera maniobra evasiva, luego vuelven a intentar el aterrizaje y fue en ese segundo intento que él saltó por la puerta derecha y salió en persecución del sujeto que disparó contra el helicóptero, seguido de Bascur y de Mena que cubría el flanco. Corrió 70 a 80 metros tras el joven hasta que aquél se dio vuelta y le disparó, pero la bala no salió. Él mismo llevaba su arma en las manos y cuando el joven se percató que le estaba apuntando dijo algo así "como que no..." o algo parecido y lanzó el arma. Él recuperó el arma y los demás redujeron al joven. Precisó que después que ellos bajaron del helicóptero, éste nuevamente se elevó y sobrevoló el área que estaban operando y volvió a aterrizar más o menos donde estaba el tango romeo (el zorrillo).

A fs. 53 vuelta, se copia en resumen, la declaración del Jefe de la zona aérea de Temuco, tripulante del helicóptero, Juan Pablo Montero Estay, quien explicó en términos similares al general,

que evaden un primer disparo y luego aterrizan sólo para que descendiera el General Bezmalinovic, Bascur y Mena y se vuelven a elevar, puesto que la aeronave no es blindada y los disparos podían atravesarla. Sostiene que después del operativo vuelven a aterrizar cerca del carro policial, a unos 30 ó 40 metros.

Estos antecedentes fueron analizados por el tribunal en el razonamiento decimotercero de la sentencia en estudio. En ese motivo se consigna la versión del testigo Bascur y de la víctima, el General Bezmalinovic. También del funcionario policial Sáez, de quien se precisa en el fallo que estaba “en otra posición y sin visibilidad”, pero que escuchó los disparos y al helicóptero. Se agregó la versión del funcionario Aravena, que no presencié los hechos pero que depuso sobre las declaraciones que tomó a los demás, entre las que estaban la de Bascur, de Bezmalinovic, de Argento (un piloto) y del otro piloto de nombre Juan, al parecer, Carmona. Luego se describe lo explicado por Juan Montero, no Carmona (el piloto).

De lo hasta aquí analizado aparece que los jueces omitieron hacerse cargo de la versión del funcionario Arias en relación al incidente del aterrizaje del helicóptero.

Sin embargo, aquél no fue testigo de la detención del segundo sujeto, sino que del primero, puesto que declaró ser el conductor del vehículo blindado en que se desplazaba con Sáez que se bajó a reducir a Paulino Levipán y si bien dijo haber visto el helicóptero, reconoció –contestando una aclaración– que estaba al otro lado de la loma

y que sólo lo sintió cuando se produce el incidente con Levinao y que después llega el detenido y más tarde se posa el helicóptero.

No hay omisión de análisis de prueba si el testigo no fue presentado al punto, hecho no demostrado por la recurrente; y como ya se dijo, aun cuando aquél se refirió a la presencia del helicóptero, su versión no aparece contrapuesta a la del funcionario Sáez, que es respecto de quien la defensa esgrimió contradicción, ya que sus dichos están restringidos por la escasa visibilidad que tuvo desde su posición y actividad: era el conductor del vehículo blindado y sólo bajó de aquél para prestar auxilio a Sáez cuando detuvo a Levipán. Tampoco hay contradicción con los demás testigos, porque él relata la última vez que el helicóptero se posa en tierra, cuando lo hace cerca del vehículo blindado, hecho también reconocido por los demás testigos.

En estas circunstancias, no se advierte la contradicción denunciada, sin perjuicio de la evidente falta de fundamentos del reclamo levantado si se tiene presente el gran número de personas que declaró sobre el punto y respecto de quienes el recurrente no hace mención alguna.

En consecuencia, el recurso no puede prosperar por este motivo.

Noveno: Que, sin embargo, de la lectura del fallo sometido al escrutinio de estos juzgadores se advierte que el tribunal incurrió en una efectiva falta de fundamentos, al tiempo de discernir sobre la concurrencia del dolo homicida.

En efecto, en el párrafo antepenúltimo del considerando decimotercero, los

juzgadores afirman que de la prueba analizada se infiere que “el autor del disparo obró con dolo directo, ya que las circunstancias y forma de comisión nos refieren que en la acción empleada por el acusado sabía o, lo menos podía prever sus fatales consecuencias”. En el acápite siguiente, señalan que “...al señalar el tribunal que en el actuar del acusado hubo dolo directo, sólo se está significando que disparar a una persona de frente, a una distancia aproximadamente de 6 metros, con una pistola, deja a cualquier persona, en este caso al acusado, a lo menos en condiciones de representarse, individualmente, el resultado que provocaría esta lesión, de haberse ejecutado correctamente el disparo, de esta forma el tribunal configura el elemento subjetivo”.

Esto mismo ya se había adelantado en las páginas 88 vuelta y 89 del fallo en estudio, siempre explicándose que el acusado Levinao huía, separándose de un grupo mayor y que en esas condiciones primero disparó contra el helicóptero que se le aproximaba y más tarde, se volteó y disparó contra el sujeto que lo seguía —que resultó ser Bezmalinovic— donde el tribunal destaca que lo hizo de frente y a una distancia aproximada de seis metros y que a “dicho acto no se le puede atribuir ninguna otra intencionalidad, sino la de dolo directo de matar”.

Esta última frase, extraída de sólo dos elementos de hecho: distancia de tiro y apuntar de frente, encierra una conclusión que no es posible en los términos de la sana crítica, porque no es unívoca y porque, además, ha prescindido del

resto de los elementos de contexto que el mismo tribunal fijó como hechos del proceso: la huida de Levinao y que escasos minutos antes de enfrentarse a Bezmalinovic, corría desarmado.

En el escenario completo, así descrito y fijado por los mismos jueces del tribunal oral, la conclusión apoyada sólo en el hecho de haber disparado de frente y a una distancia cercana a los seis metros, además de no estar enmarcada en la realidad fáctica íntegra del proceso, no se ajusta a los parámetros que señalan la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En idénticas circunstancias de distancia y posición, dispara también un sujeto que sólo quiere lesionar a alguien.

Sería preciso saber adónde apuntó y ese dato no está consignado en el proceso. De hecho, en otras secciones del fallo, consta que se pretendió apoyar un ánimo de matar en los encapuchados que dispararon al bus que iba en la caravana, por la existencia de una marca de bala en el ángulo próximo a la ubicación de la cabeza del conductor e incluso respecto de Levipán, porque las heridas de perdigón de Canario y Fuentes estaban en sus rostros.

Si el tribunal fijó como contexto que Levinao huía desarmado y que recibió una pistola de Levipán cuando aquél quedó enredado en una cerca, que siguió corriendo y trató de repeler el helicóptero que se le acercaba y que aún así siguió arrancando hasta que Bezmalinovic le dio alcance, momento en que se volteó y le dispara —efectivamente de frente (porque se volteó) y a 6 metros

de distancia— incurren en falta de fundamentos los jueces del tribunal cuando omiten tales extremos del hecho, por ellos mismos establecidos, al tiempo de razonar sobre la intención del agente, como asimismo, no resulta conforme con las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, la afirmación de que lo inspiraba la intención de matar a Bezmalinovic.

Esta conclusión, que no es unívoca tampoco, configura infracción a los artículos 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal y, en consecuencia, constituye la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra e) de ese mismo cuerpo normativo, que será declarada de oficio por esta Corte, atendida la facultad prevista en el artículo 379 inciso segundo del Código citado.

RECURSO DE NULIDAD (ADHESIÓN)
PRESENTADO POR LA DEFENSA DE PAULINO
LEVIPÁN COYÁN

Décimo: Que por la causal principal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se denunció infracción al debido proceso en cuanto al derecho del imputado a ser oído porque no existió una imputación precisa ni es correlativa con la plasmada en el fallo, en relación a la participación de los acusados que se tuvo por establecida en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, esto es, existiendo concierto previo para cometer esos delitos, pero que no fue descrito en la imputación.

De la sola lectura de la acusación copiada en el motivo segundo de la sentencia que se revisa, se advierte que no hay descripción de aquello en que se hace consistir el concierto previo,

sino una mera afirmación en el sentido que los acusados habrían actuado “todos previamente concertados al efecto en una operación previamente planificada y coordinada”. Tan efectiva es la falta de fundamentos de la imputación en relación a este extremo, que en la audiencia de conocimiento de los recursos el representante del Ministerio Público leyó esta parte de la acusación, pero a continuación la explicó, lo que pone en evidencia que no se basta a sí misma. En tal sentido, los jueces del tribunal tuvieron que desarrollar en su fallo los elementos que lo demostraban y que se leen en el razonamiento duodécimo, donde describen cuestiones tales como selección del lugar, corte de árboles de modo estratégico, vestimentas similares, ataque dirigido a los uniformados, presencia en el lugar desde el amanecer, etc.

Sin embargo, esta causal será desestimada, sin que sea preciso analizar la trascendencia de la infracción reclamada, puesto que no se ha descrito ni tampoco probado, la preparación del recurso, puesto que la acusación fue puesta en conocimiento de los acusados oportunamente y no fue requerida su corrección o, al menos no consta en estos antecedentes que lo haya sido.

Undécimo: Que en forma subsidiaria, la defensa de Levipán esgrimió la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al 342 letra d) de ese mismo Código, por haberse omitido las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente el hecho como delito frustrado de homicidio reiterado en perjuicio de los carabineros que se indican.

Sostiene la defensa que los jueces se limitaron a afirmar que la muerte no se produjo por causas ajenas a los hechos y de ahí que el grado de ejecución sea frustrado, pero tal no es más que una afirmación tautológica, siendo necesaria la explicación que se omite porque la defensa de Levipán adujo que pudiera tratarse de una tentativa inidónea.

En el considerando duodécimo, los jueces analizaron la acción u omisión dirigida a matar y el nexo causal entre el comportamiento de los agentes y el resultado, donde afirmaron la existencia de un dolo homicida y el resultado imperfecto de delito frustrado, remitiéndose también al fundamento decimotercero donde se analizó el resultado material, en relación a la cuestión discutida en esta causal, cual es, el grado de desarrollo del delito, puesto que se sostuvo que la muerte de los dos funcionarios policiales no se produjo por causas ajenas a la voluntad del acusado. En este último razonamiento, se contempla una larga descripción de las lesiones que en definitiva sufrieron los carabineros Fuentes Saavedra y Canario Maricán y se incorporan las versiones de las víctimas y testigos, en el sentido que los impactos los recibieron en el segundo corte del camino y que fueron impactos de perdigón: Canario, recibió dos perdigones en las mejillas y uno en un ojo, en tanto, a Fuentes le llegó un perdigón en una mejilla.

No hay más descripción que ésta, concluyendo el razonamiento decimotercero con una nueva remisión al duodécimo, de modo que resulta ser cierto que hay una mera afirmación de tratarse

de un delito de homicidio frustrado porque no se logró el resultado previsto por el agente.

Al razonarse de ese modo, se descarta naturalmente la solicitud de la defensa de la tentativa, pero se trata de una afirmación desprovista de todo fundamento, teniendo en cuenta que el “*iter criminis*” es distinto en el delito frustrado que en la tentativa.

En conjunto con la causal que se analiza, la defensa de Levipán invocó también la del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, por la omisión en que habrían incurrido los jueces, en la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probadas y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo Código antes citado. Ello habría ocurrido porque de la lectura del considerando décimo de la sentencia no se comprende el razonamiento utilizado por el tribunal para condenar por los delitos de homicidio frustrado y porte ilegal de arma de fuego y absolver por el delito de daños, en circunstancias que el tribunal dio cuenta de una unidad de acción, ya que si los jueces aceptaron que sólo existió una acción desplegada con varios resultados y en ese desarrollo optan por absolver de los daños calificados, naturalmente debían también absolver por el homicidio frustrado.

Sin embargo, en el razonamiento décimo tan sólo se copió el hecho que tuvo por establecido el tribunal, sin hacer el distingo que hace el recurrente en

relación a la unidad de acción. Es en el motivo decimosexto del fallo en estudio donde aparece que se vierten los fundamentos de la absolución por los daños calificados a los vehículos, pero ella no está apoyada en la unidad de acción, sino en la diferente calidad de partícipe que se le atribuyó en la acusación a Paulino Levipán. En efecto, en el cargo por los homicidios frustrados, se le atribuyó la autoría que regla el artículo 15 N° 3 del Código Penal, en tanto en las imputaciones de porte ilegal de arma de fuego y de daños, se le atribuyó la calidad de autor del 15 N° 1 del Código Penal, que en el caso de los daños calificados, se estimó no probada por las razones que en el citado fundamento se esgrimen, lo que conllevó su absolución.

Dado que los argumentos en que se apoya la causal absoluta esgrimida como conjunta no son efectivos, aquélla no puede prosperar.

Duodécimo: Que ocurre que la causal subsidiaria arriba analizada, tiene un primer motivo que es efectivo y uno conjunto que no lo es y, a pesar de no tener un origen común, fueron esgrimidos de esa forma, lo que no resulta correcto desde el punto de vista de la técnica procesal.

Sin embargo, y a pesar que esta causal ha sido deducida en forma previa a la que se analiza a continuación, la anotada falta de fundamentos en relación a discernir las razones por las cuales el delito de homicidio fue frustrado y el defecto de técnica procesal que se advierte no resultan relevantes, puesto que en tal sección del fallo existe un error de derecho, como se dirá más adelante.

Decimotercero: Que en subsidio de las causales antes descritas, la defensa de Paulino Levipán invocó la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando la existencia de error de derecho en la aplicación de los artículos 7° inciso 2° y 15 N° 3, ambos del Código Penal y 416 del Código de Justicia Militar, porque considera que tales preceptos no eran aplicables al caso.

Explica que en el considerando 12° del fallo impugnado, se sostiene por los jueces que Levipán habría actuado con dolo eventual: "...al señalar el tribunal que en el actuar de los acusados a lo menos hubo dolo eventual, sólo se está significando que al disparar con armas de fuego a un grupo de personas, ubicados en una zona que estratégicamente les otorgaba ventaja, hace inferir que a lo menos los agentes están en condiciones de representarse, individualmente, el resultado que provoca esta conducta, más aún cuando esta acción la están ejecutando coetáneamente un grupo de personas, entre el acusado, como se dirá más adelante, de esta forma el tribunal configura el elemento subjetivo".

"Ello también justifica el nexo causal entre el comportamiento y el resultado, que si bien es cierto en el caso concreto no resultó en muerte, ello se debe únicamente a causas ajenas a la voluntad de los hechores, y ahí el grado de ejecución del delito, frustrado".

Más adelante, en el motivo 14°, los jueces explican: "Que el tribunal ya se refirió al dolo, el que claramente evidencia no un dolo de lesionar, sino la intención de dar muerte, atendido el hecho que a lo menos los agentes

se debieron representar la posibilidad cierta de causar la muerte, al dirigir los disparos hacia las zonas del cuerpo que lo hicieron, razón por la cual no se puede dar otra calificación al hecho ya descrito, hecho en el que el acusado tuvo participación en calidad de autor, en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal...”.

Según la defensa, se infringe el artículo 15 N° 3 del Código Penal, porque no es posible la existencia de concierto previo con dolo eventual desde que la coautoría exige dolo directo. Los jueces dicen expresamente en el motivo 12° que “...se hace necesario circunscribir el concepto de autoría, puesto que, ponderados los antecedentes de cargo que la justifican, en su conjunto, explican tanto la participación como la acción de matar y el nexo causal, esto es, el comportamiento y el resultado”.

También aduce que existe error de derecho al sostener que existe delito frustrado en un actuar con dolo eventual, porque no es posible concluir que el delito frustrado se haya cometido con dolo eventual.

Por último, denuncia la errónea aplicación del tipo penal de homicidio a carabineros, contemplado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, a un caso que no era aplicable, porque el elemento subjetivo del tipo, exige la concurrencia de dolo directo, ya que es un delito calificado por el sujeto pasivo.

Decimocuarto: Que en el razonamiento décimo de la sentencia impugnada, el tribunal tuvo por establecido el siguiente hecho: “Que el día 2 de noviembre de 2011, un grupo de alrededor de quince

personas, entre ellos los acusados Paulino Javier Levipán Coyán y Daniel Bernardo Levinao Montoya, previamente concertados, en una operación planificada y coordinada, emboscaron en el camino público a Chequenco de la comuna de Ercilla, premunidos de armas de fuego largas y cortas, para lo cual, previamente, bloquearon el camino en a lo menos cinco puntos, derribando árboles desde el primer corte hasta cavar una zanja en el camino, en el último corte.

Aproximadamente a las 7:30 horas, y a partir del segundo corte del camino, se parapetaron en un sector alto del camino, esperando el arribo de personal de Carabineros que, en cumplimiento de una medida de protección decretada por la Fiscalía, debía escoltar a trabajadores forestales que en esa época ejecutaban faenas en las parcelas 15 y 16 “Requén”, a las cuales accedían por la referida ruta. Así, ese mismo día, el acusado Paulino Levipán y sus acompañantes comenzaron a disparar contra el personal policial que procedía a despejar la ruta de las barricadas dispuestas previamente por éstos, utilizando armas de fuego convencionales y armas cortas convencionales de diverso calibre; disparos que se realizaron a corta distancia y con claras intenciones de dar muerte al personal policial que allí operaba, fue así que cerca de las 08:00 hrs., mientras intentaba despejar la ruta, el Cabo 2° Rubén Gonzalo Canario Maricán recibió tres impactos balísticos en el rostro, dos en las mejillas y uno en el ojo izquierdo, igualmente el Suboficial Juan Omar Fuentes Saavedra recibió un impacto balístico en su rostro.

En consecuencia, Canario Maricán resultó con erosión corneal izquierda profunda, desgarró conjuntival y heridas punzantes faciales derechas por perdigón, hifema, por su parte Fuentes Saavedra resultó con lesiones consistentes en herida facial derecha por perdigón.

Igualmente y dentro de este mismo contexto el grupo de personas atacaron los vehículos que transportaban a los trabajadores forestales, rompiéndoles sus vidrios y parabrisas, sin perjuicio de numerosos impactos balísticos por perdigón, causando daños evaluados en la suma de \$ 832.657.

Que esa misma mañana se procedió a la detención de Paulino Javier Levipán Coyán, quien mientras huía de personal policial, lanzó una pistola semiautomática calibre 22 al imputado Daniel Bernardo Levinao Montoya, quien corría junto a él, siendo en definitiva detenido portando consigo una escopeta hechiza calibre 12, mientras Daniel Levinao Montoya avanzó unos 300 a 400 metros, procediendo a disparar dicha arma en contra del helicóptero institucional de Carabineros C-11 que operaba en el lugar, luego que el helicóptero aterrizó, descendió el General Bezmalinovic y mientras éste lo seguía y encontrándose aproximadamente a una distancia de 6 metros, Levinao Montoya apuntó y disparó la referida pistola en contra del General, no logrando su cometido tan sólo porque se trabó su mecanismo de disparo, finalmente Levinao Montoya lanza dicha pistola a unos metros, la que en definitiva es recuperada, consistiendo en un arma de fuego tipo pistola,

marca Smith and Wesson, calibre 22, serie UAC3593”.

Decimoquinto: Que en consecuencia, son hechos establecidos en el proceso que Paulino Levipán en conjunto con otros sujetos disparó contra personal de Carabineros mientras procuraban despejar el camino que ellos previamente habrían obstaculizado; que el referido Levipán mantenía en su poder una escopeta hechiza y una pistola (que arrojó a Daniel Levinao); que los funcionarios de Carabineros Rubén Canario y Juan Fuentes recibieron impactos de perdigón en sus rostros; que el primero sufrió heridas que le causaron incapacidad entre 30 a 40 días, en tanto que Fuentes sufrió una lesión que sanó en 5 días.

Es efectivo, como aduce la defensa que al tiempo de calificar algunas de estas circunstancias en relación al dolo, los jueces del tribunal oral incurrieron en una grave contradicción, puesto que tanto dijeron que Levipán habría tenido la intención de dar muerte a carabineros, pero en una acción que resultó frustrada, como dijeron más adelante que en su actuar hubo al menos dolo eventual, porque tendría que haberse representado el resultado de su conducta.

No es posible que en la tipificación de un delito tan grave, no haya precisión en la determinación del dolo con que actuó el agente y no obstante ello, constituye efectivamente un error de derecho, afirmar que pueda cometerse un delito de homicidio —con sujeto calificado, además—, sólo en grado de frustración con dolo eventual, que se ve excluido por la exigencia del dolo

de consumar. Tratándose del dolo en el delito frustrado, no hay diferencias sustanciales con la tentativa, en la que el agente debe ejecutar actos directamente encaminados a la consumación, esto es, actuar con dolo directo, lo que es plenamente aplicable al delito frustrado. Así fue también resuelto en la sentencia de esta Corte Rol N° 1.719-07, citada por la defensa de Levipán.

El artículo 416 del Código de Justicia Militar sanciona al “que matare a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones”. En la especie, no existe discusión sobre el hecho que los funcionarios estaban en ejercicio de sus funciones, asunto del que se hicieron cargo los jueces del tribunal.

Sin embargo, los hechos que se han tenido por establecidos no son idóneos para calificar el dolo con que actuó el imputado como dolo homicida, puesto que si bien es cierto que los impactos se producen en el rostro de las víctimas, el arma empleada por Levipán era una escopeta hechiza y, por ende, por un lado carecía de seguridad de tiro y, por otro, dispersaba perdigones los que se diseminan aún más según la distancia a que se hace el disparo. No es este, por lo tanto, un elemento que permita calificar sin más la intención del agente como ánimo de matar. Tampoco lo es el lugar donde se encontraron las marcas de tiro en los vehículos, ya que los mismos jueces dejaron establecido en el razonamiento decimosexto que Levipán no disparó contra los vehículos. Sólo queda como argumento para discernir el propósito del agente, la circunstancia de haberse creado una ventaja estratégica por la posición originada

a consecuencia de los cortes de árboles y que detuvo la caravana de vehículos, obligando a los uniformados a bajar para remover los obstáculos ubicados por los encapuchados.

Tales elementos, sin embargo, no son idóneos ni suficientes para calificar el ánimo del agente como el de matar a una persona, sino tan sólo el de lesionar.

En estas circunstancias, resulta ser cierta la denuncia de la defensa de Levipán, de haberse aplicado el artículo 416 del Código de Justicia Militar en un caso que no era procedente, de modo que esta causal será acogida por tal motivo, siendo innecesario emitir pronunciamiento por el otro motivo explicitado, por resultar incompatible con lo resuelto.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374, 379, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido a favor de Daniel Levinao Montoya a fs. 99 en cuanto a la causal principal y subsidiaria deducidas, pero se lo acoge por la causal del artículo 374 letra e) del Código de la materia, por los motivos señalados en el razonamiento noveno de este fallo, razón por la cual se invalida la sentencia de trece de agosto del año en curso, cuya copia rola a fs. 12 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1101126679-9, RIT O-51-2012, sólo respecto del mencionado acusado y sólo en cuanto al cargo de homicidio frustrado, reponiéndose el proceso al estado de realizarse un nuevo juicio contra el imputado Levinao Montoya, por el indicado ilícito, por tribunal no inhabilitado.

Se acoge el recurso de nulidad deducido a fs. 128, por la defensa de Paulino Levipán Coyán, sólo respecto de la última causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y, en consecuencia, a su respecto se invalida la sentencia de trece de agosto del año en curso en relación a la condena por el delito de homicidio frustrado, recaída en el proceso antes singularizado, la que en cuanto al mencionado acusado se reemplaza por la que se dicta a continuación, por separado, sin nueva vista.

Se mantienen vigentes, en consecuencia, las sanciones aplicadas por el delito de porte ilegal de arma de fuego y la absolución del cargo por daños calificados.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 6.613–2012.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil doce.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva y los considerandos primero a quinto de la sentencia anulada con esta misma fecha.

También los razonamientos séptimo, el octavo sólo en lo que respecta al imputado Levipán y el noveno.

Se transcribe también el motivo décimo, previa supresión de la expresión “y Daniel Bernardo Levinao Montoya” contenida en su párrafo segundo. Del último acápite de ese motivo, se mantiene tan sólo la frase: “En esa misma mañana se procedió a la detención de Paulino Javier Levipán Coyán, siendo en definitiva detenido portando consigo una escopeta hechiza calibre 12”. Se elimina el resto de ese considerando por haber sido anulado por el fallo que antecede, desde que está referido al imputado Daniel Levinao Montoya.

Se reproduce el considerando duodécimo, con excepción del último acápite de la página 114 y hasta el término de ese razonamiento, que se eliminan.

Del decimotercero, se transcriben sólo los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto.

Se repite el fundamento decimocuarto, con excepción de su párrafo final que se elimina.

Se transcriben los motivos decimoquinto, decimosexto, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo noveno.

Se reproduce también el razonamiento vigésimo cuarto, pero se suprime en el párrafo segundo la referencia al imputado Daniel Levinao.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1° Que el hecho que se ha tenido por establecido en el razonamiento décimo reproducido, encuentra correcta calificación en el delito de maltrato de

obra a carabineros que se encontrare en el ejercicio de sus funciones previsto y sancionado en el artículo 416 bis N° 2 del Código de Justicia Militar, con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En efecto, los hechos del proceso y que han sido determinados por los jueces del tribunal oral sólo permiten calificar la intención del acusado como dolo de lesionar a los funcionarios de que se trata, teniendo particularmente en consideración que el diseño estratégico al que ellos mismos aluden, a través de varios cortes e incluso una zanja cavada en el camino, parece tener por objeto detener una caravana que conduce obreros de las empresas forestales y no el matar a tales uniformados.

2° Que en la descripción del supuesto fáctico no se precisó por el persecutor ni quedó tampoco establecida como hecho por el tribunal de juicio oral, la reiteración del delito de que se trata, desde que tratándose de un disparo realizado con escopeta que produjo lesiones con perdigones que afectaron a dos sujetos en el rostro, ha debido señalarse con precisión si tal resultado fue producto de dos acciones distintas de disparar o si lo fue de una sola, que es lo que se advierte de la actual redacción del hecho que se ha tenido por demostrado. En consecuencia, no es posible sancionar a Levipán por delitos reiterados si tal conducta no aparece correctamente descrita en la imputación, sin incurrir con ello en una violación al principio de congruencia.

3° Que por haberse reconocido a favor del mencionado acusado la

circunstancia atenuante de su irreprochable conducta anterior, la que fue calificada por el tribunal en los términos del artículo 68 bis del Código Penal, se rebajará la pena en un grado.

Y visto lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 11 N° 6, 14, 15 N° 3, 30, 51, 68 y 68 bis del Código Penal, 417 del Código de Justicia Militar, 47, 48, 297, 340, 342, 343, 351, 360 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que se condena a PAULINO JAVIER LEVIPÁN COYÁN como autor del delito de maltrato a carabineros que se encontraban en el ejercicio de sus funciones, a la pena de tres años (3) de presidio menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena.

Por concurrir a su respecto las condiciones del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena fijándose en tres años el tiempo de su cumplimiento.

Se le reconoce también el beneficio de la remisión condicional de la pena para el cumplimiento de la sanción impuesta en la sentencia anulada parcialmente con esta fecha, respecto del delito de porte ilegal de arma de fuego, fijándose en 541 días el período que deberá quedar sometido a tal beneficio.

Para el caso que el beneficio otorgado le fuera revocado y deba ingresar a cumplir efectivamente las penas corporales aplicadas, deberá principiar por la más grave y le servirá de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en este proceso, desde el 2 de noviembre de 2011 y hasta la fecha en que sea liberado.

Se le exime de la obligación de pagar las costas del proceso.

Por encontrarse privado de libertad el acusado PAULINO JAVIER LEVI-PÁN COYÁN, remítase copia de esta sentencia, por la vía más expedita, al Tribunal Oral en lo Penal de Angol, para que se adopten las medidas pertinentes a su situación procesal.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 6.613-2012.