

I. DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

COMENTARIO DE LA SENTENCIA ROL N° 47-2022 DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

ALEJANDRO LAURA TEITELBOIM*
Universidad del Desarrollo

I. SENTENCIA DE PRIMER GRADO

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Los Andes dio por probados los siguientes hechos:

“El día 12 de enero de 2020, alrededor de las 13:35 horas, la víctima CTT llegó hasta el local comercial de nombre Zacar, ubicado en Avda. Pascual Baburizza 1237, comuna de Los Andes. Al entrar a dicho local comercial, pasó a llevar con su hombro al acusado PVP, quien reaccionó de manera agresiva, tomándolo por la espalda e ingresándolo al interior del local, en donde procedió a agredirlo con golpes de puño en la cabeza, lanzándolo al piso e inmovilizándolo mediante llaves de artes marciales. Es así que el acusado PVP, aprovechando los conocimientos que sobre esas artes poseía, golpeó en reiteradas ocasiones a la víctima en su cuerpo y cabeza, logrando en a lo menos 4 ocasiones rodear el cuello de CTT con su brazo realizando una maniobra inmovilizadora y potencialmente mortal, comúnmente conocida como ‘mata león’, lo que produjo que éste perdiera el conocimiento, desvaneciéndose. En esas condiciones la víctima, con absoluta incapacidad para defenderse de la agresión del acusado e intentando ponerse de pie para reincorporarse, nuevamente y de manera reiterada fue golpeada en el suelo por el acusado, quien en más de una ocasión azotó su cabeza en contra del mobiliario del local. Dichas agresiones fueron desplegadas por PVP por alrededor de 20 minutos. Alrededor de las 13:55 horas del mismo día 12 de enero de 2020, llegó hasta dicho local comercial, como cliente, el acusado NBM, quien al ver dicha situación, en vez de parar la agresión de que era objeto CTT, se devolvió a su vehículo, desde donde sacó un arma tipo pistola a fogueo, para luego ingresar al local, apuntar y golpear en la cabeza a la víctima. Acto seguido, NBM, aprovechando que la víctima se encontraba en el suelo, sin ninguna posibilidad de defenderse, colocó su pie derecho en el cuello de ésta, aprisio-

* Abogado Universidad de Chile. Máster en Derecho Penal U. Pompeu Fabra y U. de Barcelona. Profesor de Derecho Penal, Universidad del Desarrollo.

nándose, para acto seguido cargar todo el peso de su cuerpo sobre ese punto de apoyo, pateándolo en la cabeza con el otro pie en reiteradas ocasiones, para evitar que ésta se reincorporara y lograrse ponerse de pie. Fue en ese momento que PVP se montó sobre el tórax de la víctima, lo que aprovechó NBM para tomar un pack de bebidas alcohólicas de vidrio y golpearlo de manera artera en la cabeza, reventándose éstas por la fuerza del golpe. A raíz de los golpes de que fue objeto la víctima en cráneo y cuello, por parte de ambos acusados, resultó con contusión cerebral difusa y hematoma subdural izquierdo fractura en anillo en tráquea hacia la izquierda de la línea media, todas lesiones que ocasionaron la muerte de la víctima alrededor de las 14:00 horas del día 12 de enero de 2020. La causa de muerte es traumatismo cráneo encefálico grave, hematoma subdural izquierdo y extensa contusión cerebral; y lesión traqueal limitante del flujo de aire a los pulmones”.

El tribunal de Juicio Oral de Los Andes condenó a los señores PVP y CTT como autores del artículo 15 N° 1 del delito de homicidio calificado del 391 N° 1, cometido con la circunstancia primera de dicho artículo, esto es, alevosía. Asimismo, la sentencia negó a ambos acusados la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal.

II. RECURSO DE NULIDAD Y SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

La defensa de PVP recurrió de nulidad por la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es “[c]uando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, que interpone en relación con el artículo 15 del Código Penal, el cual, a su juicio, fue interpretado y aplicado de forma errónea por los sentenciadores.

Fundó el recurso de nulidad en que no se estaría ante un caso de lo que la doctrina denomina autor material ni ante un caso de coautoría pues no habría concierto previo.

Indica el recurrente que el médico cirujano especialista en medicina legal “consultado si agravaba más que por un lado, tenemos una persona que está sentada, y por otro lado, comprimiendo la zona cervical la parte del cuello, señala que efectivamente, ambas contribuyen al efecto final conocido, pero cada una de ellas por sí sola podría haberlo provocado”. De dicha frase quiere concluir el recurrente que “las conductas de ambos imputados, es decir, que el señor PVO estuviera haciendo presión con su cuerpo sobre la región toracoabdominal de la víctima, mientras que el imputado NVM, por su lado, estuviese comprimiendo con su pie la zona cervical de aquélla, generaron en conjunto la muerte, y por

separado, ‘podrían haberla generado’, lo que no ocurrió, toda vez que el mismo testigo hace su afirmación en condicional”.

Agrega el recurso que tampoco podría haber coautoría, pues “en ningún caso hay acuerdo previo o voluntad común”, añadiendo que no había razón para que los imputados actuaran con voluntad común, pues sólo se conocieron ese día “y no interactuaron más de 7 u 8 minutos”.

El motivo segundo de la sentencia comentada rechaza el argumento del recurso de nulidad relativo a que no habría autoría material señalando que “el perito se limita a señalar que la acción de uno solo de los acusados habría bastado para producir la muerte de la víctima, pero que, al realizarse ambas, las dos contribuyeron a producir ese resultado”. A lo que añade que, de acuerdo al mismo perito, “la causa de muerte corresponde a un TEC, a un traumatismo encéfalo craneano, y al momento de practicar un examen de estas características en ambas condiciones, él había llegado exactamente a la misma conclusión, solo pudo agregar, que esto se vio o era la causa concomitante, pero que la fundamental, era el proceso de asfixia debido a que existía el registro video gráfico de los hechos”. Y, como está acreditado en el proceso, dicho traumatismo, concomitante con la asfixia, fue provocado por los numerosos golpes en la cabeza que la víctima recibió también de ambos imputados.

III. AUTORÍA SUCESIVA

Considero que la I. Corte de Apelaciones, en vez de dar por establecido que la conducta de cada uno de los acusados –por separado– causó la muerte de la víctima, pudo imputar el homicidio a ambos acusados recurriendo a la denominada “coautoría sucesiva”, que es una forma de coautoría que concurre cuando un sujeto adhiere causalmente a un hecho típico que está ejecutando otra persona.

La sentencia determina, en virtud de las declaraciones del perito, que la conducta de cada uno de los acusados causó por sí solas la muerte de la víctima, en cuyo caso estaríamos ante la denominada causalidad alternativa¹, lo que a mi entender no está suficientemente probado.

No está lo suficientemente probado, pues para parte de la doctrina –a la que adhiero– para estar ante un caso de causalidad alternativa, de suprimirse la conducta de uno de los acusados, el resultado lesivo debió haberse producido en el mismo instante en que efectivamente se produjo, en términos tales que,

¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 1ª ed., traducción de Diego Manuel Luzón Peña, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas (1997), p. 350.

si la conducta de ambos *anticipó el resultado*, ya no estaríamos ante un caso de causalidad alternativa².

En todo caso, aunque se siga una posición más laxa en lo relativo a la causalidad alternativa, no me parece que esté suficientemente probado estar ante aquélla, pues es la acusación la que debió acreditar que ambas conductas causaron por sí solas el resultado muerte, conclusión que en la sentencia parece un tanto forzada, pues del hecho de que ambos imputados hayan golpeado a la víctima al mismo tiempo con “numerosos golpes en la cabeza” no se sigue causalmente que ambos, por sí solos, hayan causado el resultado muerte.

Si se quería imputar el homicidio de la víctima a ambos acusados, quienes sí parece claro que contribuyeron causalmente a producirlo, debió recurrirse a la denominada coautoría sucesiva, que en la doctrina nacional ha sido tratada por el profesor Enrique Cury, quien la define como:

“Se presenta un problema especial en los casos de la llamada *coautoría sucesiva* ‘en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros’. Nada obsta, en principio, a que en supuestos como éste se considere coautor al recién llegado que se suma a la decisión de obrar en común, siempre que se den los restantes requisitos para considerarlo como tal. Pero en casos de esta clase no puede gravarse al rezagado con circunstancias calificantes cuyos presupuestos han realizado sus compinches antes de que él se les uniera. Así, por ejemplo, si A entró a robar a la casa escalando hasta una ventana que fracturó para ingresar, y B, en cambio, sólo tomó la decisión de sumársele, cuando ya se encontraba en el interior de la vivienda, a la cual penetró por la puerta abierta por A, B sólo será coautor de hurto, no de robo con fuerza en las cosas (robo con escalamiento). Sin embargo, en el caso de que B conozca las circunstancias en que A entró en la casa, podrá castigárselo como cómplice de aquél en el robo con fuerza. Esto último, en primer lugar, porque como la complicidad es *accessoria* al cómplice puede imputársele todo aquello que en conjunto ejecutó el autor y de que *él* tiene conocimiento, lo cual no es válido para el coautor al cual solo puede hacérselo responder como tal por aquello a cuya realización él consintió en prestar una cooperación funcional; en segundo, porque si bien aquí sería posible estimar

² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal Parte general*, 6ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor (2002), p. 241, que la denomina causalidad acumulativa, pero se refiere a casos de causalidad alternativa.

coautoría en el hurto y complicidad en el robo. Me parece que en virtud del principio de consunción esta última absorbe a aquélla”³.

En la doctrina comparada, Roxin define la denominada coautoría sucesiva como:

“Es posible sin más una coautoría sucesiva, es decir, una incorporación posterior a una ejecución delictiva ya iniciada. Si en un hurto de A, B se une y arrastra conjuntamente con él el botín que A no puede llevar solo, B es coautor. Sólo ha de poder constatarse una *incorporación posterior* (aunque sea tácita) *al plan común del hecho* (cfr. nm. 190 ss.). Si en una pelea uno que llega posteriormente asimismo golpea, eso ha de ser necesariamente una coautoría sucesiva; si quien interviene posteriormente pretende desahogarse por su cuenta con independencia de los otros, puede existir una autoría individual (yuxtapuesta, paralela o accesoria) (sobre la autoría yuxtapuesta, paralela o accesoria, cfr. nm. 265 s.). Ello posee también importancia práctica respecto a la medida o dimensión de las lesiones a él imputables”⁴.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso (en rigor el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes), en vez de dar por establecido que cada uno de los acusados produjo por sí sólo la muerte de la víctima, lo que como ya señalé no me parece que esté probado, debió haber señalado que como ambos acusados contribuyeron causalmente a la muerte de CTT (y según veremos concurren los demás requisitos para aquello) estamos ante un caso de la denominada coautoría sucesiva, y, en virtud del principio de imputación recíproca, imputar a cada de uno los acusados su conducta propia, como asimismo la del otro interviniente, como propia.

De acuerdo con el principio de imputación recíproca el hecho pertenece a todos, de modo que no es necesario especificar cuál de los numerosos golpes que recibió la víctima fue el que le ocasionó la muerte, lo que, en caso de no considerarse coautoría, y tener certeza de cuál fue la lesión mortal, podría llevar a tener que castigar a uno de los acusados como autor de homicidio calificado y al otro como autor de homicidio calificado frustrado. Solución que no parece lógica, pues, como se dirá en lo sucesivo, ambos estaban en pleno conocimiento

³ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal Parte general*, 7ª ed., Santiago: Editorial Universidad Católica de Chile (2005), p. 612.

⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte general*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*, 1ª ed., traducción de Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Santiago. Pamplona: Editorial Thomson Reuters (2014), p.160. En idéntico sentido ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Editorial Marcial Pons (2000), pp. 320-323. En sentido similar ver MIR PUIG, ob. cit., p. 386.

de que la conducta propia y la del *coautor*, en conjunto, eran aptas para producir el resultado muerte, es decir, estaban realizando el tipo penal de homicidio.

Dicho conocimiento se deriva del hecho de que NBM, sabiendo que PVP estaba golpeando en el piso a la víctima, realiza la misma conducta, la que de acuerdo con un criterio intersubjetivo es apta producir el resultado muerte, de modo que ambos realizan dolosamente el tipo de homicidio.

De hecho, NBM está tan consciente de la conducta de PVP que se devuelve a su vehículo a buscar una pistola a fogueo con la que luego golpea a la víctima, vale decir, NBM *contaba* con que tendría el tiempo de ir a buscar esa aparente arma a su auto y luego usarla para golpear a la víctima. Desde luego para tener ese tiempo era necesario que PVP siguiera agrediendo, o, al menos, conteniendo a la víctima.

Como se dijo *supra*, conforme al principio de imputación recíproca “todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Sólo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta «imputación recíproca» pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”⁵.

Queda ahora por determinar si la conducta NBM, descrita en los hechos probados en la sentencia que se comenta, cumple con los requisitos de la coautoría para ser considerada como autoría sucesiva, en particular en lo relativo *al acuerdo de voluntades*, que es lo que justifica el principio de imputación recíproca.

Tal conducta consistió en que mientras PVP golpeaba en el piso a la víctima, cuando este último ya no ofrecía resistencia alguna, NBM “colocó su pie derecho en el cuello de ésta, aprisionándoselo, para acto seguido cargar todo el peso de su cuerpo sobre ese punto de apoyo, pateándolo en la cabeza con el otro pie en reiteradas ocasiones, para evitar que ésta se reincorporara y lograrse ponerse de pie. Fue en ese momento que PVP se montó sobre el tórax de la víctima, lo que aprovechó NBM para tomar un pack de bebidas alcohólicas de vidrio y golpearlo de manera artera en la cabeza, reventándose éstas por la fuerza del golpe [...]”.

Para analizar la conducta de NBM es preciso considerar al menos tres hipótesis de conducta ante la golpiza que PVP le está propinando a la víctima: la primera omitir intervenir en ella, que es lo que se denomina una conducta neutral; la segunda, intervenir en socorro de la víctima, lo que de acuerdo al relato de hechos pudo haber sido una legítima defensa de terceros; y, la tercera, intervenir en el hecho, golpeando a la víctima, de manera análoga a como lo estaba haciendo PVP, que es lo que precisamente hizo NBM.

⁵ MIR PUIG, ob. cit., p. 382.

Analizada la intervención de NBM desde el derecho penal, tiene el significado de *unir su voluntad a la de PVP*, que es lo que se conoce como acuerdo tácito de voluntades, pues realiza una conducta análoga a la de aquél, que es aceptada tácitamente por PVP, *quien no hace nada por evitarla en términos de tratar de controlar el riesgo que él estaba creando de manera que éste sólo quede en sus manos y que así el hecho sea solo suyo*. Y es que, si veo a una persona que está cambiando un neumático de su auto y, sin mediar palabra, me detengo a colaborar con ella, ayudándolo a cambiarlo, el significado de aquello será de ejecutar el acto en común, en términos tales que comunicativamente se puede afirmar que el cambio del neumático fue una obra común, esto es, *que ambos cambiamos el neumático*.

La doctrina reconoce el acuerdo tácito de voluntades. Así Roxin, refiriéndose al mismo, sostiene: “*Basta también que el acuerdo se produzca sólo durante o después del comienzo del hecho y que se realice ‘tácitamente’*. Por lo tanto, si A se dispone a dar una paliza a B y llega C y colabora con la reducción de la víctima, se ha de afirmar la coautoría, en cuanto que A permite y aprovecha la intervención de C”. Ni siquiera es preciso que los autores se conozcan “en cuanto cada uno sea al menos consciente de que junto a él colaboran otro u otros y éstos posean la misma consciencia. No obstante, las conductas de los intervinientes en un caso así deben estar sintonizadas entre sí, ha de existir algo más que una autoría yuxtapuesta (o paralela o accesoria). Con razón exige Puppe que también el concierto concluyente para el hecho haya de ‘ser un proceso de comunicación, sólo que en él los intervinientes no se sirven de las palabras del lenguaje común sino de otros signos para producir y expresar su conformidad o coincidencia’”⁶.

Como ya se ha dicho, la conducta de NBM, como la de PVP, consistentes en golpear en el suelo y en su cabeza a la víctima, son funcionales a producir el resultado muerte, de modo que concurren los requisitos de la coautoría consistente en el acuerdo de voluntades y la contribución funcional al hecho común, esto es, matar a otro.

Por último, no deben confundirse los casos de coautoría sucesiva con los de autoría accesoria, en que no hay acuerdo previo, pero concurre cuando el sujeto colabora causalmente en un delito que se está cometiendo, pero los demás autores lo desconocen o no lo aceptan. En tales casos, no hay coautoría por cuanto:

⁶ ROXIN. *Derecho penal, Parte general*, tomo II, ob. cit., p. 148, énfasis en el original. En sentido similar, reconociendo el acuerdo tácito de voluntades, MIR-PUIG, ob. cit., p. 386; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho penal Parte general*, tomo II, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 94.

“[n]o podría, en este caso, operar el principio de ‘imputación recíproca’ que caracteriza a la verdadera coautoría, según este, la ejecución empieza y termina para todos en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para todos. También tiene iguales consecuencias para todos el error de uno, etc. Como se ve el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de ‘autoría accesoria’ (que no es verdadera coautoría)”⁷.

En conclusión, no me parece acertada la calificación de la conducta de los acusados como una forma de autoría material en que cada uno de ellos realiza por sí solo el tipo penal de homicidio calificado, pues –aunque sea por segundos–, lo más seguro es que la conducta de uno de ellos causó la muerte de la víctima antes de lo que la hubiese causado la conducta del otro, de modo que solo uno de ellos pudo ser autor del delito consumado.

En cambio, los hechos materia de la acusación han de calificarse como autoría sucesiva, pues ambos acusados realizaron el tipo con conocimiento de que estaban *realizándolo conjuntamente*, es decir, aceptaron la actuación del otro, de modo que el resultado de muerte les es imputable a los dos.

En este caso en concreto, y de acuerdo con la legislación chilena, los hechos que se dieron por probados han de calificarse como coautoría sucesiva en los términos del artículo 15 N° 1, pues ambos autores ejecutan por sí mismos el tipo penal de manera inmediata y directa concurriendo los requisitos de la coautoría. Así Matus y Ramírez, refiriéndose a concierto previo como requisito fundante de la imputación recíproca, señalan:

“Para nosotros, hay que distinguir: según la ley, en los N°s. 1 y 2 del art. 15 el concierto exige voluntad de realización y aceptación mutua de la colaboración, pues de otro modo no se puede tomar parte en su ejecución ni forzar o inducir conjuntamente a otro a realizarlo [...]”⁸. *Voluntad de realización y*

⁷ MIR PUIG, ob. cit., p. 386. En sentido similar, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal Parte general*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2011), pp. 1037-1038; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal Parte general*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 417; CURY URZÚA, ob. cit., p. 612.

⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia, *Manual de derecho penal chileno, Parte general*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch (2019), p. 234. En sentido similar CURY URZÚA, ob. cit., p. 616.

aceptación mutua de la colaboración que concurren en la descripción de hechos probados de la sentencia comentada, de ahí que éstos deban calificarse en la forma propuesta en el párrafo precedente.

IV. ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N° 9 DEL CÓDIGO PENAL

La defensa de PVO alegó también la causal de errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, relacionada con el artículo 11 N° 9, que contempla la atenuante de “colaboración sustancial”, en relación con los artículos 67 y 68, todos del Código Penal.

La resolución de la I. Corte de Apelaciones señaló que en el considerando septuagésimo tercero el tribunal de juicio oral expresó las razones por las cuales considera que no es posible tener por configurada la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal respecto de ninguno de los sentenciados, las que consisten en que: “las declaraciones prestadas por ambos en nada aportaron a la determinación de la dinámica del hecho punible ni a su participación, entregando una versión completamente opuesta a lo que resultó probado, atribuyendo acciones a la víctima que resultaron desmentidas y si bien su obligación no es de decir verdad al momento de declarar, el estándar que su declaración debía cumplir era aún mayor, teniendo presente la existencia de una prueba tan directa y clara como las imágenes de video exhibidas, que mostraron toda la dinámica de los hechos. Ante una prueba de tal calidad y magnitud, para llegar a estimar que sus declaraciones habían colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, debían aportar algo más, algún elemento en relación a los hechos o su participación que no fuera posible extraer de la prueba rendida, principalmente el video, y que en definitiva pudiera dotar a sus dichos de aquella sustancialidad necesaria que se viene comentando”.

No se entrará en este comentario a analizar si a través del recurso de nulidad se puede impugnar el rechazo de atenuantes extrínsecas al delito; sí me interesa, en cambio, referirme al razonamiento del tribunal en el sentido de rechazar la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del art. 11 N° 9 del Código Penal.

El fallo rechaza la referida atenuante porque considera que la intervención de cada uno de los imputados está acreditada por “una prueba tan directa y clara como las imágenes de video exhibidas, que mostraron toda la dinámica de los hechos. Ante una prueba de tal calidad y magnitud, para llegar a estimar que sus declaraciones habían colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, debían aportar algo más, algún elemento en relación a [sic] los

hechos o su participación que no fuera posible extraer de la prueba rendida, principalmente el video, y que en definitiva pudiera dotar a sus dichos de aquella sustancialidad necesaria que se viene comentando”.

El razonamiento del tribunal parece ser que, dado que el hecho ya está acreditado por una prueba de gran calidad, como son los videos, no habría nada que esclarecer y, si lo hubiera, los imputados no lo aclararon. Consecuencia lógica de dicho razonamiento es que la atenuante del art. 11 N° 9 del Código Penal sería inaplicable en los casos en que el delito estuviera acreditado por medios indubitados.

Considero errónea esta interpretación del art. 11 N° 9 del Código Penal, pues no se deriva del texto que no pueda aplicarse dicha atenuante cuando el delito ya está “esclarecido”. Más aún, el inciso 3° del artículo 407 del Código Procesal Penal permite reconocer dicha atenuante en el juicio abreviado por la sola circunstancia de que el imputado acepte los hechos materia de la acusación, y ello independiente de que los mismos estén probados *por medios indubitados*.

De hecho, es muy común que, en un juicio abreviado, cuando el acusado acepta los hechos materia de la acusación es precisamente porque la calidad de los medios de prueba que serán presentados en un eventual juicio hará muy alta la posibilidad de condena.

1. Breve análisis de la atenuante del art. 11 N° 9 del Código Penal

Refiriéndose a esta atenuante el profesor Cury señala que “la colaboración ha de ser *sustancial*, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes, sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación; pero, a diferencia de lo que requieren algunas disposiciones especiales como las del art. 33 de la Ley N° 19.366 y de la Ley N° 19.172, sobre lo que se denomina ‘arrepentimiento eficaz’, no exige que él se traduzca efectivamente en resultados concretos”⁹.

Sin perjuicio de haber cierta contradicción en el análisis del profesor Cury, pues no se ve cómo una colaboración puede ser al mismo tiempo “un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación”, pero no traducirse “efectivamente en resultados concretos”, ya que si aporta antecedentes al *éxito de la investiga-*

⁹ CURY URZÚA, ob. cit., p. 497, énfasis en el original.

ción es porque la misma dio resultados, resulta interesante, en cambio, referirse a la alusión que hace al denominado arrepentimiento eficaz.

La comparación que hace Cury con la antigua Ley N° 19.366 y actual Ley N° 20.000, que en su artículo 22 establece la denominada “cooperación eficaz”, puede ser esclarecedora al momento de interpretar la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal.

Los requisitos para que concurra la atenuante de cooperación eficaz consisten en que la colaboración conduzca “al esclarecimiento de los hechos investigados” o permita “la identificación de sus responsables”, o sirva “para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos”.

Muy recientemente la Ley N° 21.459 sobre delitos informáticos prevé una circunstancia atenuante especial en su artículo 9, bastante semejante a la establecida en el artículo 22 de la Ley N° 20.000, y que es del siguiente tenor:

“Circunstancia atenuante especial. Será circunstancia atenuante especial de responsabilidad penal, y permitirá rebajar la pena hasta en un grado, la cooperación eficaz que *conduzca al esclarecimiento de hechos investigados que sean constitutivos de alguno de los delitos previstos en esta ley o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley.*

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior”.

Por último, a efectos de la interpretación de la atenuante en comento, conviene referirse a la colaboración a la investigación penal a que se refiere el artículo 63 del Decreto Ley N° 211 que, en determinados casos, ni más ni menos, exime de responsabilidad penal de conformidad con el artículo 39 bis¹⁰ de la misma ley y, en otros, permite rebajar¹¹ la pena en un grado “según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62”.

¹⁰ Dicha norma dispone que los requisitos de aporte de información del investigado han de ser los siguientes: “Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal”.

¹¹ Exime de responsabilidad penal a quienes primero hayan aportado antecedentes de conformidad al artículo 39 bis del D.L. N° 211 y permite rebajar la pena en un grado a quienes hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis.

De los textos penales citados se puede concluir que, cuando la ley ha exigido como requisito para configurar una atenuante que la prestación del imputado a favor de la investigación sea efectivamente relevante, en términos de conducir a *resultados concretos* o permitir la acreditación de un delito contra la libre competencia, así lo ha declarado expresamente y, además, lo ha “estimulado”, permitiendo que en esas circunstancias *se exima de responsabilidad penal*, en el caso del D.L. N° 211; se reduzca la pena hasta en dos grados, en el caso de la Ley N° 20.000; y se reduzca la pena hasta en un grado, en el caso de la Ley N° 21.459.

Y es que, conforme a la misma interpretación, es perfectamente imaginable una prestación del imputado por el delito del artículo 62 del D.L. N° 211, o por alguno de los tipos de la Ley N° 20.000 o de la Ley N° 21.459 que no conduzca “al esclarecimiento de los hechos investigados”, ni permita “la identificación de sus responsables”, ni sirva “para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos”, pero que sí pueda configurar la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal.

Más aún, si efectuamos una interpretación sistemática de la atenuante del numeral 9 del artículo 11 del Código Penal con los artículos 63 del D.L. N° 211, 22 de la Ley N° 20.000 y 9 de la Ley N° 21.459, tenemos que sería contradictorio con el ordenamiento jurídico que la primera de las referidas atenuantes (la del art. 11 N° 9 del Código Penal) exigiera para su configuración el aporte de antecedentes que den resultados concretos para la comprobación de un delito como de sus responsables, y que tuviera el efecto que los artículos 67 y 68 del Código Penal reconocen a una sola atenuante, mientras que otras normas penales (D.L. N° 211, Ley N° 20.000, Ley N° 21.459), en idéntica situación, reconocieran a dicha conducta el efecto de eximir de responsabilidad penal (propio del artículo 93 del Código Penal), o bien el efecto de rebajar la pena en uno o dos grados que, como se sabe, no es lo propio de una sola atenuante.

Si el requisito para la concurrencia de la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal fuese siempre que la colaboración aportase antecedentes concretos para el resultado de la investigación, pero el legislador la quisiese estimular especialmente en determinada clase delitos, bastaría que la ley dijera que dicha atenuante, tratándose del D.L. N° 211, eximirá de responsabilidad penal; y tratándose de la Ley N° 21.459 o de la Ley N° 20.000, tendrá el efecto de reducir, respectivamente, la pena en uno o hasta en dos grados. Sin embargo, ha optado por no hacerlo, lo que significa que ambas formas de colaboración al proceso penal son cualitativamente distintas, no están sujetas a las mismas exigencias, ni tienen –como se ha visto– las mismas consecuencias.

De lo señalado en los párrafos anteriores puede concluirse que no es congruente con el ordenamiento jurídico exigir para la concurrencia de la atenuante del art. 11 N° 9 del Código Penal el aporte por parte del imputado de antecedentes que conduzcan a resultados concretos, porque cuando la legislación penal así lo ha requerido lo ha señalado expresamente y, además, ha regulado su efecto respecto de la responsabilidad penal, como de la eventual pena a imponer, permitiendo eximir de la primera y rebajar la segunda de forma sustantiva (al menos un grado).

En todo caso, si el efecto de la colaboración sustancial es muy relevante para la investigación, podrá calificarse la atenuante en los términos del art. 103 del Código Penal, sin perjuicio de que gran parte de la jurisprudencia exige para su concurrencia la existencia de una sola atenuante.

2. El aparente problema del tenor literal del art. 11 N° 9 del Código Penal

Queda por definir el problema (supuesto) del tenor literal del numeral 9 del artículo 11 del Código Penal que, al usar el adjetivo “sustancialmente” pareciera ir en contra de lo señalado precedentemente respecto de la cuantía de la colaboración del imputado para ser beneficiado con la atenuante en comento. Dicha norma dispone que es una circunstancia atenuante:

“Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”.

Si recurrimos al tenor gramatical de la atenuante en comento, el aporte del imputado para ser beneficiado con ésta pareciera que debiera ser muy relevante, pues ése es el significado del adjetivo *sustancial*, como opuesto a *accidental*.

Si al momento de interpretar el art. 11 N° 9 entendemos que las normas penales son mensajes prescriptivos que tienen una función de comunicación¹², se hace necesario analizar lo que dicha norma penal comunica (interpretación teleológica). Y tenemos que la norma en comento lo que comunica es que incentiva al ciudadano sujeto pasivo del proceso penal a colaborar en la investigación ejecutando conductas que Mañalich, con toda razón, califica como supererogatorias¹³, de modo que la finalidad de dicha norma es motivar al

¹² En tal sentido, ver MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial BdeF (2003), pp. 26-29. En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, José Mª. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Editorial J. M. Bosch (1992), pp. 311 y ss.

¹³ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena*, 1ª ed., Santiago: Editorial Thomson Reuters (2018), pp. 255 y ss.

imputado a colaborar con la persecución penal y, para ello, el incentivo normativo es una atenuante, con el efecto de que ella pueda tener tanto durante la investigación como en la eventual imposición de una pena.

En todo caso, Mañalich discrepa de que la finalidad de la referida atenuante sea la de un incentivo político criminal destinado a que el imputado colabore con el “propio juzgamiento”¹⁴, estimando que el fundamento de ésta es “una tardía fidelidad al derecho”¹⁵.

En todo caso, el mismo autor reconoce que la motivación del inculpado para colaborar con la investigación puede deberse a fines utilitarios, al señalar:

“[p]ues en tal situación será naturalmente previsible que cualquier agente expuesto a quedar sometido al respectivo régimen de consecuencias jurídicas pueda efectuar una prestación jurídicamente categorizada –y por ende: estandarizada– como supererogatoria para los efectos de hacer operativa alguna modulación de una o mas consecuencias jurídicas que le sean favorables. Y ciertamente, en el marco de un Estado de derecho nada jurídicamente censurable hay en que un agente cualquiera pueda exhibir semejante orientación estratégica frente a la regulación jurídica de su comportamiento y sus consecuencias sin que lo mismo valga para la posible orientación estratégica del Estado y sus agentes en la aplicación y reforzamiento de esa misma regulación”¹⁶.

Mir Puig, refiriéndose al fundamento de la atenuante del artículo 24.1 del Código Penal español de 1995¹⁷, que es semejante a la del 11 N° 9 del Código Penal chileno, señala:

“[e]l fundamento de estas atenuantes no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño. El CP actual ha separado ambos aspectos dando lugar a sendas atenuantes. Por otra parte, ha prescindido de determinados requisitos antes exigidos, con objeto de facilitar más los objetivos político-criminales señalados”¹⁸.

Hasta donde entiendo, si la decisión del inculpado de colaborar con la investigación se debe a fines estratégicos, orientados a obtener un tratamiento

¹⁴ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 263.

¹⁵ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 268.

¹⁶ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 268.

¹⁷ Dicha norma considera atenuante: “[l]a de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

¹⁸ MIR PUIG. *Derecho penal Parte general*, ob. cit., p. 605.

penal más benigno, entonces la norma del artículo 11 N° 9 del Código Penal sí tiene por finalidad motivar al inculpado a colaborar con la investigación. Cosa distinta es la entidad o cuantía de esa colaboración como prestación supererogatoria.

Luego, si la finalidad de dicha norma es que el imputado colabore con la persecución penal, lo lógico desde el punto de vista del legislador es que le exija al ciudadano un aporte sustancial, pues en términos de técnica legislativa no cumpliría con esa finalidad una norma que le pidiera un *mínimum* de colaboración. Más bien, la norma debe exigirle un *máximum*, pues si solo fuera un *mínimum*, no habría incentivos para aportar con más que cuestiones accidentales.

Sin embargo, una cosa parece ser la aspiración de la ley de pedirle al inculpado que colabore sustancialmente, pero otra, el reconocimiento de la misma ley de que está exigiendo prestaciones supererogatorias, de modo de conformarse para la concurrencia de la referida atenuante con la colaboración que sería exigible en el caso concreto.

Lo que la norma exige, en primer lugar, es la colaboración con la investigación, colaboración a la que ya sabemos el imputado no está obligado, y que incluso puede perjudicarlo, de modo que el carácter de sustancial tiene por finalidad motivar al ciudadano para que *colabore lo más que pueda en el caso concreto*, lo cual no es solo una cuestión fáctica, sino una cuestión relativa a cuánto grado de colaboración puede exigirle el Estado al acusado para reconocerle una minorante, en términos de que aquél termine declarando en su contra, arriesgando su libertad personal o, en otros casos, su vida o integridad física, por la eventual reacción de otros imputados ante su colaboración.

A modo de conclusión, no parece acertado el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso para negar la atenuante de colaboración, pues la misma no exige que el ciudadano renuncie a su derecho a defensa, declarando en términos análogos a la pretensión punitiva del Estado, ni se exige tampoco que la colaboración conduzca a resultados concretos, ni menos está limitada a aquellos casos en que los hechos materia de la investigación son *dudosos*.

La jurisprudencia y la doctrina tienen el trabajo pendiente de normativizar la interpretación del artículo 11 N° 9 del Código Penal, de modo que su aplicación no sea casuística y los destinatarios de la norma penal puedan adecuar su comportamiento a la misma, pues una aplicación difusa no estimula tales conductas y puede generar graves consecuencias al imputado que cree estar colaborando con la investigación, sin que en definitiva se le reconozca el efecto de dicha minorante, asumiendo solo las consecuencias perjudiciales de su colaboración.

I. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Homicidio calificado. I. Participación de acusados en la acción típica en calidad de autores ejecutores. II. Elemento subjetivo de la alevosía. Condenado se aprovechó o creó un estado de indefensión en la víctima.

HECHOS

Defensas de los acusados recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó como autores del delito consumado de homicidio calificado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza los recursos de nulidad deducidos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso.*

ROL: *47-2022, de 10 de febrero de 2022.*

MINISTROS: *Sra. Rosa Herminia Aguirre Carvajal, Sr. Alejandro Germán García S. y Abogado Integrante Sr. José Luis Alliende L.*

DOCTRINA

- I. *El primer argumento de los recurrentes, en orden a entender que el perito sólo hace una afirmación condicional cuando señala que las acciones llevadas a cabo por los acusados podrían haber generado la muerte de la víctima, no es correcto, puesto que el perito se limita a señalar que la acción de uno solo de los acusados habría bastado para producir la muerte de la víctima, pero que, al realizarse ambas, las dos contribuyeron a producir ese resultado. Por consiguiente, a diferencia de lo que estiman los recurrentes, tales declaraciones periciales son perfectamente congruentes con la conclusión del considerando quincuagésimo séptimo de la sentencia, en cuanto a que a los acusados participaron en el hecho, calificado como homicidio alevoso, en la “calidad de autores ejecutores, en los términos exigidos en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, por haber tomado parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa. Todos y cada uno de los presupuestos fácticos de los hechos que se dieron por establecidos y de los elementos del delito,*

se justificaron con las valoraciones y razonamientos que constan en los motivos vigesimosegundo y siguientes de esta sentencia. Los acusados realizaron la conducta descrita, que constituye la acción típica prevenida por la ley, en forma total, por sí mismos, es decir, causaron los resultados considerados en el hecho punible por actos propios, por lo que tomaron parte en la ejecución del suceso en forma inmediata y directa, y por otra parte, el hecho se ejecutó en su totalidad, esto es, sin que faltara la realización de ningún acto para su complemento, por lo que se encuentra en grado de desarrollo de consumado” (considerando 2° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *De acuerdo con el análisis que antecede, lo relevante para los efectos de determinar si el acusado actuó o no con alevosía en los hechos que se le imputan, consiste en determinar si en base a tal atribución fáctica, es posible colegir que haya sido éste quien se aprovechó o creó un estado de indefensión en la víctima. Lo anterior, por cuanto el elemento subjetivo de la alevosía el ánimo alevoso implica necesariamente que debe ser el agente quien «debe tener el ánimo de buscar o procurar intencionalmente la obtención de aquellas condiciones especiales favorables para concretar el delito (...) que consiste en la voluntad consciente de la muerte y además de la circunstancia concreta de que ésta se ejecuta a través de la agresión que elimina las posibilidades de defensa» (Medina Jara, Rodrigo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, tomo II, página 50, LexisNexis)”. (Sentencia de 24 de febrero de 2020, dictada en los autos rol N° 8647-2018, considerandos reproducidos como Decimotercero a Decimoquinto de la sentencia de casación de 27 de julio de 2020, recaída en los autos rol N° 13097-2018). Séptimo: Que, de acuerdo al razonamiento consignado por la Excma. Corte Suprema en el citado considerando octavo de los autos rol N° 8647-2018 (y Decimoquinto de los autos rol N° 13097-2018), “lo relevante para los efectos de determinar si el acusado actuó o no con alevosía en los hechos que se le imputan, consiste en determinar si en base a tal atribución fáctica, es posible colegir que haya sido éste quien se aprovechó o creó un estado de indefensión en la víctima”. La respuesta que dan los sentenciadores de estos autos en el mencionado considerando quincuagésimo quinto, inmediatamente después de citar al profesor Mario Garrido Montt es la siguiente: “Pues bien, a juicio de estos sentenciadores ésta fue precisamente la situación acaecida en la especie. En efecto, de las pruebas rendidas en el juicio, aparece que las circunstancias materiales bajo las cuales se perpetró el delito fueron creadas o al menos especialmente aprovechadas por los*

autores –ambos acusados– para cometer el ilícito”. Enseguida, revisan en forma detallada las actuaciones de los imputados, explicando las motivaciones que conducen a esa conclusión. Terminan sosteniendo que “Todo ello configura en la especie, a juicio del Tribunal, la circunstancia calificante de alevosía, en su modalidad de ‘obrar sobre seguro’, pues se reúnen todos y cada uno de los requisitos legales y doctrinarios de la misma; razones por las cuales se rechazarán las alegaciones de las defensas a este respecto” (considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/2750/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 15, 391 N° 1 del Código Penal.*