



Minuta sobre principales aspectos a tener en consideración para la defensa en casos de “turbazos”.

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

Cristián Irrázaval

Unidad de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, diciembre 2015

Contenido

1. Introducción.....	3
2. Calificación jurídica del hecho.	4
2.a) El concepto de intimidación en la doctrina y jurisprudencia.	4
2.b) Momento en que debe ser ejercida la violencia o intimidación para que se configure el tipo penal del artículo 436 inciso 1° del Código Penal.	9
2.c) La posibilidad de argumentar que se configura un robo por sorpresa.....	15
2.d) La concurrencia de la nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal.	16
3. Exceso de dolo en el coautor.....	18
3.a) Planteamiento del problema. Criterios de la doctrina.	18
3.b) Análisis de la jurisprudencia en este ámbito.	20
4. Otros aspectos a tener en consideración.....	29
4.a) Monto sustraído imputable	29
4.b) Exceso en el ejercicio de las facultades autónomas de las policías.	30
4.c) Elemento negativo del tipo “sin la voluntad de su dueño”.	31

1. Introducción.

Recientemente ha adquirido notoriedad pública una forma de hecho delictual que la prensa ha denominado como “turbazos”, consistente en el ingreso simultáneo de varias personas a un mismo local comercial con el objeto de sustraer diferentes especies. Previendo la posibilidad de que haya un incremento de este tipo de ilícitos, se hace necesario elaborar una minuta que trate algunos de los principales aspectos que debe tener en cuenta la defensa cuando deba representar a una persona imputada por haber participado en un hecho de estas características.

Es importante señalar que los hechos delictuales que han sido englobados bajo el concepto de “turbazos” por la prensa comprende en realidad a ilícitos bastante disímiles, y que por ende, pueden dar lugar a múltiples tipos penales diferentes. Analizando la jurisprudencia se observan casos que van desde aquéllos en que la turba simplemente entra a sustraer especies a un local, sin observarse el empleo de intimidación o violencia; hasta aquéllos en que hay una división de roles, en dónde algunos sustraen mientras otros intimidan o agreden a los guardias¹. Por consiguiente, es evidente que un primer aspecto clave para la defensa en estas hipótesis es la calificación jurídica que se le atribuye al hecho delictivo. En este ámbito, es importante revisar problemas complejos tales como el concepto de intimidación y el momento en que debe ejercerse la violencia y/o intimidación para que se configure la figura compleja tipificada en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal. Respecto de este último tema se utilizó como insumo, entre otros, la minuta sobre “Turbazos” que hizo la V Región, la cual ahonda principalmente en la oportunidad en que debe ejercerse la coacción para que haya robo.

Asimismo, otra problemática que se puede presentar comúnmente en casos de “Turbazos” en que efectivamente hay coacción, se refiere a qué parámetros deben tenerse en consideración para determinar si la intimidación o violencia era parte de un plan común de los coimputados, o bien si la coacción respondió a un exceso de su(s) autor(es) material(es). De esta manera, un segundo aspecto relevante es revisar la jurisprudencia y doctrina existente en materia de exceso de dolo en el coautor.

Igualmente, se pueden plantear otros problemas de común ocurrencia que se tratan con menor extensión en este documento. Entre ellos, por ejemplo, que en

¹ Es importante tener presente que a la fecha de elaboración de esta minuta está en tramitación el proyecto de ley, boletín N° 10.704-07, iniciado por moción en el Senado, el cual pretende tipificar expresamente los turbazos, como se analizará en su oportunidad. Lo interesante es que el proyecto sostiene un concepto restringido de “turbazos” al expresar que *“sus autores participan en grupos o pandillas, conformados por diez o más individuos, varios de ellos menores de edad y que, con inusitada violencia pero sin empleo de armamento, saquean todo lo que está a su paso, no pudiendo ser reducidos, dada su superioridad numérica respecto de los guardias de seguridad.”* Para efectos de esta minuta, en cambio, se trabajará con un concepto más amplio de “turbazos” según lo indicado en la introducción, y que puede dar lugar a diferentes calificaciones jurídicas.

los “turbazos”, atendidas las características específicas de este tipo de ilícitos, es previsible que en aquellos casos en que la policía logre la detención flagrante de los miembros de la turba, ello se deba a la existencia de una investigación (seguimiento) previo al hecho delictivo. En estos casos, hay que examinar que la policía no se haya excedido en sus facultades autónomas.

Así, de acuerdo a lo expuesto, esta minuta tiene tres capítulos aparte de su introducción:

- Calificación jurídica del hecho
- Exceso de dolo en el coautor
- Otros aspectos a tener en consideración.

En cada uno de ellos el objetivo es entregar al defensor argumentos y jurisprudencia de apoyo respecto de los puntos que pueden ser objeto de discusión en los casos que se han denominado como “turbazos”.

2. Calificación jurídica del hecho.

Según se adelantó en la introducción, los hechos que la prensa ha encasillado bajo el concepto de “turbazos” son muy disímiles, comprendiendo tanto hechos en que se observa un claro empleo de violencia y/o intimidación, como situaciones en que no hay presencia alguna de coacción.

Ahora bien, ¿cuándo estamos en presencia de violencia o intimidación? Por contraposición a la violencia –cuya determinación de si concurre o no es menos problemática- al analizar la doctrina y la jurisprudencia se aprecia que es especialmente complejo determinar qué se entiende por intimidación. Atendida la naturaleza de los “turbazos”, que requieren comisión en grupo o pandilla, criterio que, según se verá, alguna jurisprudencia entiende que es suficiente para dar por establecida la intimidación, es esencial rescatar en esta minuta los parámetros que son exigibles para dar por establecida la intimidación. Por consiguiente, será éste el primer ítem que se analizará en esta minuta.

2.a) El concepto de intimidación en la doctrina y jurisprudencia.

El artículo 439 del Código Penal, en su primera parte, define el concepto de intimidación para los efectos del tipo penal del artículo 436 inciso 1°, prescribiendo que “*se estimarán por violencia o **intimidación** en las personas los malos tratamientos de obra, **las amenazas** ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o **cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega**”.*

Garrido Montt sostiene que hay dos características que son esenciales para que se configure la intimidación en el robo: inmediatez e intensidad adecuada. Así señala que "intimidación" *"es la amenaza dirigida a una persona, de que se le infligirá un mal de manera **inmediata** si no procede a la entrega de una cosa mueble o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, de manera inmediata a su vez. Esa amenaza debe poseer la **adecuada intensidad** para constreñir a la víctima para que se comporte en la forma recién indicada, y debe consistir en un mal que se inferirá precisamente en el momento de la negativa del amenazado a hacer aquello que se le solicita, no en el futuro, de allí la exigencia de la inmediatez"*².

Por ello, según Garrido Montt *"La proximidad en el tiempo (inmediatez) de la amenaza en cuanto al mal a provocar, como en cuanto al apoderamiento de la cosa que con ella se pretende obtener, es lo que marca la diferencia con el delito de amenaza descrito en el art. 296"*³.

Por ende, este autor exige, para dar por configurada la intimidación, una amenaza de una intensidad análoga a la del tipo penal del art. 296 (con todos sus requisitos de seriedad y verosimilitud), pero agregando además el requisito de la inmediatez del mal con que se amenaza. Desde este punto de vista no sería intimidación la acción del sujeto que aborda a una mujer en la calle y le señala "dame tu cartera o te mataré el próximo año".

Politoff, Matus y Ramírez, por su parte, si bien indican que *"hay que destacar que la definición de intimidación contemplada en el art. 439 CP es de carácter amplio ("amenazas" y "cualquier acto" que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega)"*⁴, argumentan que *"al igual que en el delito de violación, **la amenaza para ser intimidación debe reunir los mismos requisitos que la del art. 296 y algo más, que permita -particularmente en este caso-, distinción entre el robo y las amenazas condicionales del art. 296 Na 1. Ese algo más aquí también está referido al bien jurídico que se protege en primera línea: la seguridad e integridad de las personas"***⁵.

Así Politoff, Matus y Ramírez, junto con exigir que la amenaza sea seria y verosímil (conforme al tipo penal del art. 296), además de concreta o inmediata (conforme lo exige Garrido Montt), exige asimismo que la amenaza sea grave, entendiendo por tal que ésta recaiga sobre determinados bienes jurídicos de mayor valor. Por ello, la amenaza *"Tiene que relacionarse con la esencia del delito de que se trata, esto es, con un mal que importe un ataque a la vida, salud o integridad del amenazado o de otra persona relacionada que se encuentre presente (y al alcance del hechor), o una privación de libertad superior al tiempo de la que importa la amenaza. **Si la amenaza es de ejecutar daños materiales,***

² Mario Garrido Montt, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 4° edición actualizada, Santiago, pág. 198.

³ Idem., pág. 199.

⁴ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones De Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición actualizada, pág. 361

⁵ Idem., pág. 362

no corresponde a esta figura, a menos que tales daños supongan un peligro cierto para la seguridad de las personas (en general, no hay peligro si se amenaza con destruir un automóvil estacionado; lo hay si el amenazado está dentro del automóvil)⁶. Según Politoff, si la amenaza no cumple con este requisito, se puede configurar el delito del artículo 296 del Código Penal, pero no la intimidación como elemento del robo del artículo 436 inciso 1° del mismo cuerpo legal.

La jurisprudencia ha reconocido un concepto de intimidación similar al que afirman Politoff, Matus y Ramírez. **La Corte Suprema**, en el caso del “cura Tato”, rechazó un recurso de casación de las víctimas, que tenía por objeto que se anulara la condena por estupro, y se condenara por violación por medio de intimidación, conforme al artículo 361 N°1 del Código Penal (**Causa Rol N° 3640-04**). En este fallo la Corte, al analizar el concepto de intimidación, comienza señalando que **“Que, respecto a lo que se debe considerar por intimidación, con arreglo al artículo 361 N° 1° del Código Penal, existe en la doctrina un vivo debate. Así, por ejemplo, Etcheberry (Derecho Penal Parte Especial, Santiago, 1998, tomo IV, página 59), estima que ella se traduce en la amenaza de un mal que debe consistir en un daño físico, en el cuerpo, la vida o la salud de la propia mujer o de una persona con la cual se encuentra ligada por vínculos afectivos que hacen eficaz la intimidación, agregando que, además, el mal de que se trata ha de ser inminente, y no más remoto. Pues en este último caso ya estaríamos ante un delito de amenazas y no ante una verdadera intimidación. Adhieren a la opinión recién expuesta Politoff, Matus y Ramírez”**⁷. Asimismo, la Corte indica que **“Más exigente, en cambio, es Labatut, (Derecho Penal, Santiago, 2000, tomo II, página 138), para quien la intimidación consiste en la amenaza de causar a la violada un mal mayor que el resultante de la violación, criterio que parece estar en sintonía con el de Enrique Gimbernat, el autor español que, probablemente, ha estudiado el asunto de manera más rigurosa, el cual estima que constituyen violación intimidatoria sólo aquellos supuestos en que se amenaza con matar, violar o agredir a un tercero o a la misma mujer, y únicamente cuando se amenace con causar inmediatamente el mal si la mujer no consiente inmediatamente también en el yacimiento”**⁸.

Paralelamente, la Corte desestima la opinión de Rodríguez Collao, quien mantiene un concepto menos estricto de intimidación: **“Es cierto, como lo destaca la recurrente, que Rodríguez Collao (Delitos Sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617 de 1999, Santiago, 2001, páginas 151 y 152) pareciera ampliar el concepto de intimidación, pero de su exposición sólo resulta que no le parece correcto restringirla a hipótesis en que ella se traduce en una amenaza, considerando en cambio que también ha de apreciársela cuando el riesgo del mal puede ser deducido por la víctima de otras circunstancias concomitantes o preexistentes. En todo**

⁶ Idem, pág. 363

⁷ Fallo dictado por la Corte Suprema en causa Rol N°3640-04, de fecha 05/01/2005, pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Milton Juica A., Nibaldo Segura P. y Jaime Rodríguez E, considerando 11, pág. 11.

⁸ Idem., considerando 11, pág. 12.

caso, este punto de vista permanece relativamente solitario en nuestra doctrina, sobre todo porque dificulta trazar con alguna claridad la distinción entre la violación intimidatoria y el estupro”⁹. Este razonamiento es trasladable a la intimidación en el robo, puesto que un concepto difuso de intimidación –por contraposición a los ya revisados de Garrido Montt y de Politoff- podría diluir la distinción entre el robo con intimidación y un mero hurto simple con amenazas, con la gravedad que ello tiene atendidas las diferencias en la magnitud de las penas.

Finalmente, la Corte establece en el fallo en comentario que *“Que, a partir de la sentencia de casación de 9 de enero de 2003, pronunciada en causa rol N° 21.625-U, la jurisprudencia de esta Corte tiende a uniformarse con arreglo al criterio de que, para apreciar intimidación basta con que se amenace a la víctima con hacerla objeto o con hacer objeto a un tercero afectivamente próximo a ella, de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal, teniendo en cuenta sus particulares características, pero según el juicio de un observador (objetivo) conocedor de tales especificidades (juicio ex-ante) (en el mismo sentido, Garrido Montt, Derecho Penal, Santiago. 1998, tomo III, página 289, con ligera variante; Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 1985, página 348). Esta exigencia como mínimo resulta, por otra parte, tanto más justificada, si se considera que la ley ha equiparado la gravedad de la intimidación a la franca violencia, como forma de anular la voluntad contraria de la víctima al acceso carnal, cosa que sólo parece lógica si el ataque temido por esta última es tan grave y apremiante como el empleo mismo de la fuerza física”¹⁰.*

El raciocinio de la Corte sobre este último punto es elemental: atendido que la ley considera a la intimidación una forma de coacción de gravedad análoga a la violencia, para determinar la concurrencia de la intimidación debe atenderse a un estándar elevado. Ello, por supuesto, debe ser aplicable tanto al tipo penal del artículo 361 como al del artículo 436 inciso primero del Código Penal.

No obstante, en un fallo más reciente, en causa Rol 6653-12, la Corte Suprema estableció un concepto menos estricto de intimidación. En dicho fallo, el máximo tribunal refuerza su compromiso con la postura de que para que haya intimidación se requiere una amenaza a bienes jurídicos personalísimos, estableciendo **“Que la intimidación consiste en la amenaza seria y real de ocasionar a otro un mal inmediato en su integridad física, debiendo estribar en el anuncio de un inminente ataque grave a bienes relevantes como la vida o la integridad personal y donde esa intimidación envuelve el modo para lograr el designio perseguido por el delincuente, cual es la apropiación de cosas muebles ajenas”¹¹.**

⁹ Idem., considerando 11, pág. 12.

¹⁰ Idem., considerando 12, pág. 12-13

¹¹ Fallo Corte Suprema en causa Rol N°6653-12, de fecha 22/10/2012, pronunciada 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 Barahona G. Página 9, considerando decimoquinto.

Sin embargo, a continuación el fallo indica que *“En efecto, el legislador ha establecido en el artículo 439 del Código Penal un concepto amplio de violencia o intimidación comprensivo de cualquier acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, de donde resulta suficiente que se trate de comportamientos eficaces para amedrentar o atemorizar a la víctima”*¹², entendiendo que en el caso concreto que se conocía hay intimidación, por cuanto *“desde la perspectiva de las ofendidas, mujeres jóvenes de corta edad, la irrupción de cuatro personas, dos hombres adultos y dos mujeres que repentinamente las rodean y les impiden transitar, amedrentándolas verbalmente con expresiones que no pueden sino significar riesgos ciertos para su integridad, tuvieron la virtud suficiente de provocarles temor de sufrir un daño físico inmediato”*¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, es destacable que el voto de minoría del fallo en análisis mantiene la posición adoptada por la Corte Suprema en la causa rol 3640-04, sosteniendo que ***“La situación creada sólo para ocasionar un agolpamiento de sujetos alrededor de las ofendidas, incluso simulando un atropello, y profiriendo expresiones vulgares y ofensivas a viva voz, no puede ser interpretada como una forma de ejercer coacción sobre el sujeto pasivo, equiparable a la violencia, ni logra constituir alguna de las presunciones de violencia o intimidación descritas en el artículo 439 del Código Penal, ya que no permite concluir que se está en presencia de malos tratamientos de obra o amenazas serias y verosímiles, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. De esta forma los hechos del juicio configuran únicamente dos delitos de robo por sorpresa, que tipifica el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, porque resulta evidente que los autores participaron en un intento de apropiación de cosas muebles”***¹⁴. Así, el voto de minoría indica que el mero número de autores más la profesión de insultos no son una vía de coacción asimilable a la violencia, y por ello, no constituyen intimidación.

De lo expuesto cabe concluir que para poder dar por establecida la intimidación, se requiere que concurren los requisitos doctrinarios y jurisprudenciales referidos, esto es:

- Debe tratarse de una amenaza que cumpla con los requisitos del artículo 296 del Código Penal (real, seria y verosímil).
- El mal con que se amenaza debe ser inmediato (pues de lo contrario sólo hay amenazas condicionales del 296 N°1 o 2°, pero no intimidación).
- Debe ser una amenaza grave, entendiéndose por tal: i) que afecte la vida, salud o integridad física, o bienes jurídicos personalísimos similares; ii) que

¹² Idem., pág. 9, considerando decimosexto.

¹³ Idem., pág. 9-10, considerando decimosexto.

¹⁴ Idem., pág. 11-12, voto de minoría de Künsemüller y Brito, ambos actualmente ministros titulares de la Sala Penal de la Corte Suprema. El voto de mayoría fue de los ministros Dolmestch, Juica y del abogado integrante Barahona.

la fuerza coactiva de la amenaza sea equiparable a la que tendría el ejercicio de la violencia¹⁵.

Por ende, a vía ejemplar, y de acuerdo a las exigencias revisadas, no constituyen intimidación:

- la amenaza que no logra impresionar a la víctima como sería (anciano que amenaza a joven karateca con golpearlo).
- la amenaza con un mal que no es inmediato.
- expresiones vulgares y ofensivas a viva voz.
- la amenaza que recae sobre bienes jurídicos tales como la propiedad, la libertad de contratar o la honra.
- la supuesta “amenaza” que se configura a partir de circunstancias concomitantes o preexistentes.
- El mero número de los coimputados. Este punto se verá con más detalle en el capítulo 2.d).

2.b) Momento en que debe ser ejercida la violencia o intimidación para que se configure el tipo penal del artículo 436 inciso 1° del Código Penal.

¿Debe ser la coacción anterior o coetánea a la sustracción para que los hechos sean subsumibles en la hipótesis del artículo 436 inciso 1°? ¿O puede ser la coacción posterior a la sustracción?

Se trata de una de las discusiones más clásicas en esta materia, y que tiene una notoria relevancia, atendido la diferencia en la magnitud de la pena según si hay un robo del 433 o 436 inciso 1°, o bien sólo un hurto más amenazas y/o lesiones.

Garrido Montt acepta la posibilidad de que una coacción posterior a la sustracción sea constitutiva de robo, siempre que ésta tenga por objeto garantizar

¹⁵ Cabe señalar que hay un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, dictado en causa rol N° 67525-01 (en sala integrada por Künsemüller), fundándose en este requisito, niega que un robo con arma de fuego sea constitutivo de robo con intimidación, afirmando que “Para concluir de este modo, es del caso tener en especial consideración la circunstancia que el arma incautada a uno de los encausados era una pistola a fuego, que no tenía proyectiles y con la que ni siquiera apuntó a sus eventuales víctimas, como lo explicita una de las propias ofendidas, a fojas 20, por lo cual carecía objetivamente de toda idoneidad o aptitud para poner en peligro de manera relevante y en forma concreta la vida, la salud o la integridad corporal de aquéllas”. El fallo condenó al imputado por robo por sorpresa. En este caso, el fallo exige que la afectación a los bienes jurídicos citados implique un **peligro concreto para los mismos**, peligro que debe evaluarse desde la perspectiva de un observador objetivo externo, y no desde la perspectiva de la víctima. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado en sentido contrario (la pistola a fuego sí constituye intimidación), no considerando necesario que la afectación genere un peligro concreto. En efecto, en fallo dictado en causa Rol N° 5007-2003, de fecha 01/06/2006, considerando sexto afirma “Que, puestas las cosas de la forma precisada, lo que importa para apreciar una intimidación en el sentido de los artículos 432, 433, 436 y 439 del Código Penal, es que el autor se sirva de un medio capaz de infundir en la víctima el temor de ver atacada su integridad corporal, su salud o su vida, doblegando de ese modo su voluntad contraria a la manifestación o entrega de las cosas. Con eso basta. En cambio, no es preciso que el medio en cuestión sea, además, idóneo para causar efectivamente tales lesiones, pues la libertad del ofendido se habrá quebrantado lo mismo en uno y otro caso”.

la impunidad¹⁶. Politoff, Matus y Ramírez la admiten, pero sólo en un caso puntual, arguyendo que *“La violencia o intimidación ejecutadas para favorecer su impunidad” ya no dice relación con la apropiación de la cosa, sino con el aseguramiento de la misma. Eso sí, sólo cuando dicho aseguramiento tiene como objeto salir de la esfera de resguardo de la cosa, asegurando la impunidad del delito, o en términos jurisprudenciales (SCS 1 3 /0 3/2 0 0 1; GJ249, pág.122), sólo cuando se produce “inmediatamente después de producida la sustracción, con el objeto de favorecer la impunidad”*¹⁷. Es decir, puede ser posterior a la sustracción, pero siempre que no se haya quebrado la esfera de resguardo de la víctima. En realidad, en este caso la sustracción no se ha consumado –al permanecer incólume la esfera de resguardo- por lo que se trata de una hipótesis en que la coacción es coetánea, y no posterior, a la sustracción. Un razonamiento similar utiliza la Corte Suprema en el fallo dictado en causa rol N°5353-2005, como se explicará.

Bascuñán Rodríguez, quien exige una conexión objetiva-funcional entre los medios y el resultado coercitivo en el robo¹⁸, señala al respecto que *“Tratándose de la violencia o intimidación ejercidas con posterioridad a la comisión de la apropiación, es manifiesto que no puede hablarse de robo en el sentido propio del término, tal como es definido en el art. 432 C.P. Ello, por la sencilla razón que si ya se encuentra consumada la apropiación, ésta no se ha cometido “usando” de medios coercitivos violentos o intimidatorios. Tal como lo demuestra el examen del derecho comparado, se trata aquí de una regla que por razones prácticas somete un caso de hurto y coacción (o lesiones u homicidio) al mismo tratamiento penal del robo”*¹⁹.

¿Qué ha señalado la jurisprudencia al respecto?

2.b.i) Corte Suprema:

En fallo dictado en la causa rol N° 5353-2005 la Corte Suprema estableció su criterio en la materia. En resumen, si bien la Corte estima que la coacción puede ser posterior al acto de apropiación (haciendo aplicable el artículo 433 al 436 en este sentido), exige que la coacción sea anterior o coetánea al quiebre de la esfera de resguardo de la víctima y la creación de una nueva esfera de resguardo por el hechor.

Los hechos del caso en comento son que *“los hechores sustrajeron una caja con ocho bebidas de dos litros cada una y cuatro envases de bebidas de dos litros y medio, huyendo del sitio e ingresando al inmueble ubicado en calle Montevideo Nro 2510, hasta donde los siguió un peoneta, quien se enfrentó con*

¹⁶ Mario Garrido Montt, Op. Cit., pág. 201.

¹⁷ Politoff, Matus y Ramírez, Op. Cit., pág. 342.

¹⁸ Antonio Bascuñán, *“El Robo como Coacción”*, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 1 – Año 2002, página 86.

¹⁹ Idem, pág. 84.

uno de los sujetos, el que lo intimidó con un arma a fin de que se retirara del lugar²⁰.

Así, la Corte comienza rechazando una alegación clásica de la defensa, consistente en la no aplicabilidad del artículo 433 (en cuanto permite la coacción posterior) a los robos simples. Indica *“Que, relacionando los artículos 432 y 433 del Código Penal, podemos concluir- como lo hace la opinión doctrinaria dominante en nuestro país- que el robo con violencia o intimidación en las personas consiste en sustraer, con ánimo de señor y dueño y propósito de lucro, una cosa de la esfera de custodia ajena (apropiarse) empleando violencia o intimidación antes del acto de apropiación, coetáneamente con él o con posterioridad a su realización”*; agregando asimismo que *“No se cuenta con razones convincentes, poseedoras de la indispensable fundamentación en los criterios interpretativos utilizables en Derecho Penal, para excluir esa suerte de Declaración de Principios contenida en el inciso 1º del tantas veces citado artículo 433 del Código Penal, de una determinada figura delictiva vinculada a ese tipo, como la del artículo 436 inciso 1º, que no por denominarse simple, para diferenciarla de la calificada, deja de participar de los mismos caracteres generales- esenciales- propios del tipo complejo de que se habla”*²¹.

No obstante ello, la Corte expresa que *“Por lo tanto, si el empleo de violencia o intimidación determina la existencia de la figura especial de robo, **su ejecución no puede realizarse antes o después del mismo (del robo), porque su ejecución es la realización en parte de la figura misma.** Debe entenderse entonces la expresión robo, en el sentido de apropiación, la cual, si es acompañada de violencia o intimidación ejecutada en alguno de los momentos que indica el artículo 433, es constitutiva de robo”*²².

La Corte hace suya entonces la lógica de Politoff, Matus y Ramírez, argumentando que *“De este modo, la idea de la apropiación en el robo con **violencia o intimidación se vincula con la de sustracción,** dominante en los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, **a través de los límites objetivos de ambos, fijados por la esfera de resguardo de la cosa. Esta actúa como limitación objetiva, espacio-temporal, del momento en que la violencia o intimidación es relevante para constituir el delito de robo.** Dentro de los límites del robo, la violencia o intimidación ejecutadas para favorecer su impunidad, no dicen relación con la apropiación de la cosa, sino con el aseguramiento de la misma, con la consolidación del poder de hecho logrado con la sustracción. Eso sí, sólo cuando dicho aseguramiento tiene como objeto salir de la esfera de resguardo de la cosa, asegurando la impunidad del delito, o en términos jurisprudenciales, sólo cuando se produce inmediatamente después de producida la sustracción, con el objeto de favorecer la impunidad. (Politoff, Matus, Ramírez, op. cit.,pág. 342)”*²³.

²⁰ Considerando tercero, pág. 8 del fallo en comentario.

²¹ Considerando tercero, pág. 6 del fallo en comentario.

²² Idem.

²³ Considerando sexto, pág. 7-8 del fallo en comentario.

Aplicando esa lógica al caso concreto que juzgaba, la Corte razona que *“fluye que **la amenaza con el arma caracterizada en la denuncia de Carabineros como pistola de juguete de color negro, de material plástico- tuvo lugar cuando las especies sustraídas ya habían salido del ámbito de resguardo de quienes las portaban; en otras palabras, cuando los hechores ya se habían apoderado con ánimo de señor y dueño de las cosas ajenas, desposeyendo a su titular. De este modo, la acción amenazadora debe entenderse como dirigida a alejar al peoneta que siguió a los autores de la casa donde se habían refugiado, de la cual fueron posteriormente sacados por la policía y no a asegurar la apropiación efectuada”**²⁴.*

De esta manera, la Corte niega la configuración de un robo con intimidación atendido a que la sustracción ya estaba consumada, al haberse destruido la esfera de custodia anterior. De esta manera, la Corte distingue correctamente en este fallo dos situaciones distintas:

- **La coacción puede dar lugar a un robo si es posterior al acto concreto por el cual el sujeto activo toma o guarda la especie que pretende sustraer, siempre que la sustracción aún no se haya consumado.** Por ejemplo, hay robo con intimidación si la amenaza es posterior a que el actor guarde en su bolsillo el jabón que pretende hurtar, pero anterior a que éste logre salir del local comercial (suponiendo que éste es el momento de consumación del delito). Sin embargo, **en realidad en este caso la coacción es coetánea a la sustracción, aunque sea posterior a ciertos actos que configuran la apropiación.**
- **La coacción nunca puede ser posterior a la consumación de la sustracción.** Así, en el ejemplo anterior, si la amenaza se produce cuando el actor ya salió del local comercial, hay sólo hurto más amenazas, pero no robo.

La Corte ya había resuelto utilizando un criterio similar en sentencia dictada en causa rol N° 3214-03, advirtiendo *“Que al encuadrar la hipótesis del robo con violencia simple que se describe en los artículos antes indicados, con los hechos descritos en el motivo cuarto precedente, se advierte con claridad que la violencia que califica tal sustracción, no ocurrió antes ni durante su comisión, ya que como está relatado, al bajarse el reo del bus y sorpresivamente se apropió de los lentes que portaba el ofendido. A continuación éste descendió del bus y conjuntamente con otras personas persiguió al hechor hasta darle alcance, situación en que fue lesionado por el encartado quien quiso así evitar su detención. Séptimo: Que en este entendido, conforme a la situación fáctica descrita por los Jueces del fondo, se advierte que **entre la sustracción de los lentes de la víctima y la detención del procesado, hubo un espacio de tiempo más o menos largo en que estos acaecieron y además en sitios distintos, por lo que es de suponer que la actitud del imputado fue la de evitar su aprehensión, cuando el hecho estaba consumado**”*²⁵. Sobre el punto, el fallo razonó *“Que en estas condiciones, aparece*

²⁴ Idem.

²⁵ Fallo Corte Suprema en causa rol N° 3214-03, considerando sexto.

*de manifiesto que la violencia que se ejerció respecto de la víctima, no tuvo como objeto favorecer la impunidad de un hecho, que a ese momento sólo aparecía como un robo con sorpresa y, por lo tanto, el injusto del cual aparece como responsable R. queda subsumido en la figura del robo con sorpresa, el que deberá ser sancionado de manera separada del delito de lesiones que fue posterior a la apropiación punible que sufrió la misma persona*²⁶.

La Corte Suprema se volvió a pronunciar al respecto en el fallo ya examinado rol N°6653-2012, pero limitándose a establecer “*Que la doctrina apunta al vínculo ideológico y fáctico temporal entre el acto violento -intimidante en este caso- y la apropiación. El primero se refiere a una relación de medio a fin entre ellos que importa que la intimidación constituye la forma a través de la cual el delincuente alcanzará una meta concreta: facilitar la ejecución del delito antes de perpetrarlo, vencer la resistencia u oposición de la víctima en el acto de cometerlo o, finalmente, lograr la impunidad con posterioridad a su ejecución*”²⁷. En todo caso, conforme a lo establecido por la Corte en los fallos anteriores, esta aceptación de una coacción posterior a la “apropiación” es relativa, pues en realidad lo que se acepta es una coacción posterior a los primeros actos que constituyen la sustracción, pero que sin embargo debe ser coetánea a la sustracción misma (o, en otras palabras, previa a la consumación de la apropiación).

Por consiguiente, es posible señalar que la Corte Suprema acepta teóricamente sin ambages la aplicación del artículo 433 en relación al artículo 436, en relación con la procedencia de la coacción con posterioridad al acto apropiatorio, pero en la práctica tiene una interpretación diferente, pues admite sólo coacciones previas o coetáneas a la consumación de la sustracción (no se puede haber destruido la esfera de custodia anterior), y asimismo exige que esta coacción “posterior” sólo puede tener por objeto lograr la impunidad.

2.b.ii) Cortes de Apelaciones:

Los fallos más interesantes en este ámbito provienen de la Corte de Valparaíso, habiendo sido sus considerandos más relevantes citados en la referida minuta de la de la Unidad de Estudios de la V Región de Valparaíso sobre “turbazos”. Dicha Corte en al menos 3 ocasiones acogió recursos de nulidad de la defensa²⁸, dictando sentencias de reemplazos, y recalificando hechos condenados por los TOP como robos del artículo 436 inciso 1° del Código Penal, a hurto con lesiones. En los tres casos la Corte consideró que las lesiones fueron posteriores a la consumación de la sustracción, no siendo calificables los hechos como robos.

Por ejemplo, en la sentencia dictada en el Rol IC 784-2015 de fecha 11 de junio de 2015, la Corte de Valparaíso indicó que, estando claro que la sustracción en el caso concreto se encontraba consumada –independiente de la posición que

²⁶ Idem., considerando octavo.

²⁷ Fallo Corte Suprema en causa Rol N°6653-12, de fecha 22/10/2012, pág. 9, considerando decimocuarto.

²⁸ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictadas en causas rol N° 784-2015, 1400-2013 y 1418-2011.

se suscriba sobre el momento de la consumación del hurto- en el momento en que se ejerció la coacción, y por consiguiente, se trata de un hurto con lesiones, y no de un robo con violencia. Así, la Corte señaló que *“Relativo a la secuencia de hechos enunciados, resulta oportuno analizar el momento en el cual se produce la consumación del delito de hurto... Ahora bien, **cualquiera sea la teoría a la que se adscriba, en el caso en comento, ya sea porque atravesando el sector de las cajas, se produjo para la empresa el quiebre o término de su esfera de custodia (teoría ésta que ha sostenido, sistemáticamente, el ente persecutor), ora porque al momento de esconder las especies entre sus vestimentas se rompió la custodia del dueño por haberse constituido la del hechor, posición ésta sostenida por el profesor, don Guillermo Oliver Calderón, (“Delitos contra la propiedad”, Legalpublishing-Thomson Reuters, 2013, pág.136 y 137), o bien, conforme a la teoría de la disponibilidad, el delito se consumó porque al menos, por un breve lapso, el imputado se comportó como señor y dueño de las especies sustraídas, cuyo fue el caso ya que incluso las utilizó como medio de defensa frente a la detención de la cual estaba siendo objeto; lo cierto es que, el delito de hurto, se consumó antes que se procediera a su detención y, dicho lo anterior, cualquier acto que haya tenido lugar, después del ilícito perpetrado, aparece como un supuesto fáctico desvinculado de la apropiación”**²⁹.*

Asimismo, es destacable que la Corte de Valparaíso tiene una jurisprudencia aún más favorable que la Corte Suprema, pues derechamente considera inaplicable el art. 433 a los robos simples en al menos dos de los fallos citados³⁰. La Corte sostiene *“**Que cabe dejar sentado que en el caso de marras no puede recibir aplicación lo dispuesto en el artículo 433 del Código Penal, sino las disposiciones contenidas en el artículo 436 en relación con el artículo 439 del texto legal anotado, desde que las especiales reglas contenidas en la primera de las citas legales sólo tienen validez para el tipo penal en el cual se han establecido y, conforme al principio de legalidad representado por la tipicidad, no pueden hacerse extensivas a otras figuras que no las contemplen. Pero más aún, si los sentenciadores del grado hubieren entendido que la violencia tenía por finalidad lograr la impunidad, tales circunstancias debieron ser descritas en los hechos asentados, cuyo no fue el caso**”*³¹.

2.b.iii) Tribunales Orales en lo Penal:

El TOP de Puente Alto, en sentencia dictada en causa RIT 110-2011, razonó de la siguiente manera:

*“En este sentido entonces y al tenor de la prueba expuesta en el párrafo precedente, es posible asentar de suficiente manera que la amenaza que profirió la persona que había sustraído el dinero desde el vehículo de la víctima, fue realizada efectivamente con un arma blanca **pero sólo y con posterioridad a que su actuar delictivo de querer sustraer las especies que se encontraban***

²⁹ Considerando sexto del fallo en comento.

³⁰ Sentencias dictadas en causas rol N° 784-2015, 1400-2013

³¹ Idem.

al interior del móvil ya había sido frustrada por la propia víctima quien se dio cuenta de lo que estaba sucediendo y encaró al sujeto que pretendía hacerse de dichas monedas, sacándolo de dicho lugar y alejándolo del mismo mediante un forcejeo que concluyó en la caída del sujeto y recién en dicho momento aquel extrajo el arma blanca en cuestión y la amenazó.”

El fallo es relevante, por cuanto evidencia que, así como la coacción posterior a la consumación de la sustracción no es subsumible en el tipo penal del artículo 436 inciso 1°, tampoco lo es la coacción posterior a la frustración definitiva de la sustracción. Ello se debe a que si la acción de sustracción ya está terminada (aunque sea frustradamente) se pierde la conexión funcional y temporal entre ambas. En efecto, el argumento esgrimido por la Corte Suprema en la causa rol N° 3214-03 –antes analizada- *“que entre la sustracción de los lentes de la víctima y la detención del procesado, hubo un espacio de tiempo más o menos largo en que estos acaecieron y además en sitios distintos, por lo que es de suponer que la actitud del imputado fue la de evitar su aprehensión, cuando el hecho estaba consumado”*, es plenamente aplicable en cualquier caso en que la sustracción o el intento de sustracción esté terminado.

2.c) La posibilidad de argumentar que se configura un robo por sorpresa.

Si bien en un principio parece factible argumentar que los “turbazos” pueden encajar en el tipo del artículo 436 inciso segundo del Código Penal, el análisis de la literalidad del inciso en cuestión descarta esa posibilidad. En efecto, el inciso 2° del artículo 436 prescribe que *“Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, **la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo**, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”*.

Aunque la hipótesis del “turbazo” como robo por sorpresa podría sostenerse en la hipótesis de *“otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”*, en esta parte, y siguiendo lo que señala al respecto la minuta sobre “Turbazos” que hizo la Unidad de estudios de la D.P.P. de la V Región, sostenemos que *“El tipo penal exige que se apropie de especies que lleve consigo o porte la víctima, hablan los autores, como a modo de ejemplo Etcheberry que el “llevar consigo” es una limitación al objeto material del delito, se entiende que éste será algo que la víctima tenga puesto (ropas) o guardado en su propia persona o ropas (bolsillos) o bien cogido en sus manos (una maleta, la cartera, etc...)”*. Luego, la minuta señala, refiriéndose a los casos de “turbazos” – en que la apropiación recae sobre cosas que están en estanterías de locales comerciales- que *“Desde esa perspectiva cuesta imaginar que se acepte la tesis de que las especies apropiadas (mercaderías o cosas desde los estantes de las tiendas comerciales) sean especies que la víctima porte o lleve consigo”*³².

³² Idem., pág. 6.

Sin perjuicio de que el argumento que sostiene la minuta indicada parece ser suficiente para cerrar el debate, hay otro argumento que incide en descartar el robo por sorpresa. A la fecha de elaboración de la presente minuta está en tramitación el proyecto de ley boletín N° 10.704-07, iniciado por moción en el Senado³³, el cual propone agregar un nuevo inciso final al artículo 436 del Código Penal, del siguiente tenor *"Con la misma pena señalada precedentemente se castigará la apropiación de dinero o especies cometida en establecimientos comerciales, por individuos que actúen en grupo o pandilla"*. El proyecto declara que *"desde hace un tiempo a esta parte se ha constatado, en diferentes comunas, la comisión de delitos en recintos comerciales... en los que sus autores participan en grupos o pandillas, conformados por diez o más individuos, varios de ellos menores de edad y que, con inusitada violencia pero sin empleo de armamento, saquean todo lo que está a su paso, no pudiendo ser reducidos, dada su superioridad numérica respecto de los guardias de seguridad."* A raíz de ello, el proyecto, aludiendo al actual inciso 2° del artículo 436, indica que *"Si bien concordamos con este tipo penal, **consideramos necesario que deba contemplarse una figura distinta**, como es aquella en que los hechores (actúan) debidamente concertados para cometer su conducta ilícita en este tipo de establecimientos, a cuyos responsables se les debe aplicar la misma pena mencionada anteriormente"*. Por tanto, el legislador también comprende que los "turbazos" no son subsumibles actualmente en el delito de robo por sorpresa, si bien, al proponer aplicarles de *lege ferenda* la pena correspondiente a ese ilícito, intuye que estos hechos no necesariamente son constitutivos de robo con violencia o intimidación, no constituyendo intimidación el mero número.

Ahora bien, si en un "turbazo" no hay violencia ni intimidación, no siendo el hecho subsumible en ninguno de los incisos del artículo 436, ¿qué delito cometen entonces quienes participan en el mismo? Parece claro que hurto, según se explicará en el próximo título.

2.d) La concurrencia de la nueva agravante del artículo 449 bis del Código Penal.

La ley 20.931 (conocida como "agenda corta antidelincuencia") eliminó la agravante de pluralidad de malhechores, antes prevista en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, estableciendo la nueva agravante del artículo 449 bis del mismo cuerpo legal, el cual prescribe que *"Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, **4 y 4 bis** de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el **imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles**, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo"*.

³³ Por moción de los Honorables Senadores señores Chahuán, Bianchi, García-Huidobro y Prokurica, disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

La agravante referida, aplicable entre otros ilícitos a hurtos y robos, recoge justamente el mayor desvalor que implica la actuación en grupo propia de los “turbazos”. Por ende, en caso de que una “turba” ingrese a sustraer especies a un local comercial, siempre que no medie violencia ni intimidación, la conducta de quienes intervengan en el ilícito será sancionable a título de hurto, siendo concurrente la agravante del artículo 449 bis.

Si el sólo número de quienes delinquen fuera suficiente para configurar la intimidación, entonces la nueva agravante sería letra muerta respecto de los delitos de hurto y abigeato, careciendo de sentido la referencia a éstos que hace la norma al mencionar los párrafo 4 y 4 bis, pues cada vez que el imputado actuara en una agrupación para cometer hurtos o abigeatos, estaría cometiendo un robo con intimidación. Al ser improcedente que el número de sujetos activos se utilice tanto para dar por configurada la intimidación como para aplicar la agravante del 449 bis, por el principio de non bis in ídem, la nueva agravante no tendría aplicación en estas hipótesis, lo cual atenta contra una interpretación coherente y sistemática del Código Penal.

Revisando la jurisprudencia, en aquellos casos en que el número de imputados efectivamente ha sido considerado como un criterio que configura la intimidación, en realidad este factor no ha sido considerado como determinante en forma aislada, sino que en conjunto con otros elementos fácticos que permiten estimar concurrente la intimidación. De esta manera, el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, en fallo dictado en causa RIT 247-2016, razonó que *“El tribunal rechazará la petición de recalificación de los hechos, relacionados con el delito de robo con intimidación, por el delito de hurto o por el delito de robo por sorpresa, por los mismos argumentos expresados en motivo anterior, esto es, que se ha establecido todos los elementos del tipo de delito de robo con intimidación, esto es, la apropiación de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, **habiendo los acusados hecho uso de la intimidación para apropiarse de la especie, constituida precisamente por el número de ellos, cuatro sujetos, con sus rostros cubiertos, a plena luz del día, lo que obviamente amedrantó no tan sólo a los trabajadores de la tienda sino también a los clientes, tal cual se aprecia en el CD de imágenes. Además, de proferir amenazas y garabatos, lo cual provocó un sentimiento de temor que les facilitó el apoderamiento de las especies. Por último el propio G.L. reconoció que le pedía a la gente que venían por la ropa, pidiendo que se calmaran, lo cual hizo porque las personas estaban atemorizadas”***.

En el fallo citado, se puede observar que el tribunal considera varios factores: i) el número de imputados, ii) tenían los rostros cubiertos a plena luz del día, iii) profirieron amenazas y garabatos. Es claro que estos factores, de ser considerados en forma aislada, de acuerdo al criterio expuesto de los fallos de la

Corte Suprema en la materia, no bastarían por sí solos para establecer la existencia de intimidación. Es justamente la combinación de estos elementos la que permite al TOP de La Serena arribar a la convicción de que hubo intimidación.

Sin perjuicio de ello, la conclusión del tribunal es en todo caso discutible. Particularmente llama la atención el que el tribunal concluya la existencia de intimidación a partir de la petición que hizo uno de los imputados a las víctimas llamándolas a la calma, asegurándoles que sólo venían a sustraer especies. En realidad, el sentido común muestra que la afirmación que efectuó el imputado tenía como finalidad el efecto expresamente contrario a intimidar, cual es calmar, siendo ilógico el análisis que hace el tribunal, puesto que la frase demuestra que el objetivo era sustraer sin aprovecharse de la intimidación, por lo cual en este caso no parecía haber una conexión funcional entre la intimidación y la sustracción.

3. Exceso de dolo en el coautor

3.a) Planteamiento del problema. Criterios de la doctrina.

En materia de concurso de personas –también llamada intervención delictiva– cuando hay dos o más autores y/o partícipes, por regla general existe un plan común en relación al ilícito que se pretende cometer. En efecto, para que haya coautoría, la doctrina exige que haya tanto un acuerdo de voluntades (plan común) como una contribución funcional de cada uno de los coautores al hecho común³⁴. Según Cury *“la coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad compartida, de suerte que el exceso consciente de uno de ellos no grava a los restantes”*³⁵. A su vez, Guzmán Dálbora sostiene que *“Reciben el nombre de coautores quienes llevan a cabo conjuntamente un hecho delictivo y, en consecuencia, actos característicos del tipo, siempre que medie entre ellos un acuerdo (...) Al igual que la ejecución conjunta, el acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso como el hecho que es (...) El efecto de la coautoría, es decir, que todos respondan por el todo, que a cada ejecutor parcial se impute también lo obrado por los demás, depende de que el entero espectro de la situación responda a lo que acordaron y se representaron”*³⁶.

Es por ello que cuando uno de los coautores realiza un acto no contemplado en el acuerdo –y que por lo tanto excede al dolo común– ello no es imputable a los

³⁴ Enrique Cury, Derecho Penal Parte General, Ed. Universidad Católica de Chile, 9° Ed., Santiago, 2009, páginas 610-614.

³⁵ Idem, pág. 611.

³⁶ Jose Luis Guzmán Dálbora, Informe en Derecho *“Sobre el Exceso del Coautor en el Robo con Homicidio”*, de fecha 03 julio 2004, emitido a solicitud del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, página 9.

demás coautores. Como señala Guzmán Dálbora “*Que la culpabilidad es un elemento eminentemente personal del delito, eso no se discute, y nadie puede ser perjudicado por actuaciones individuales que sobrepasen el delito convenido y el correspondiente margen del dolo. Luego, la dependencia funcional entre los coautores se deshace si uno de ellos incurre en exceso. Éste obra entonces como autor directo del dato sobreabundante y no arrastra en su delito la responsabilidad de sus compañeros, precisamente porque los últimos no le secundaron ni estaban dispuestos a seguirle en ello. En suma, “cada coautor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso de otro”*”³⁷.

Sin embargo, hay importantes diferencias a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre en qué circunstancias se puede considerar que se ha excedido el acuerdo, no siendo responsable todos los coautores del exceso. Así, por ejemplo Cury delibera que “*Con todo ha de tenerse presente que **para apreciar coautoría también en el exceso basta que otros intervinientes obren a su respecto con dolo eventual. Por ello, el que sólo se había concertado para la ejecución de un robo con intimidación, pero sabía que sus coautores eran portadores de armas de fuego cargadas, y no hizo nada para asegurarse de que no las usaría excepto pedirles que no lo hicieran, debe responder por el robo con homicidio que a la postre se consumó, pues su modesta expresión de oposición no constituye manifestación seria de una voluntad de evitación***”³⁸. Por contrapartida, Guzmán Dálbora argumenta que “***El mero hecho de saber que el otro lleva un arma no lo convierte en coautor de robo con homicidio, porque para esto es necesario que la posibilidad de que aquél mate con el arma recibiese el asentimiento del coautor. Imputar a los demás el resultado mortal sobre la única base de que ello era previsible, implicaría confundir el dolo eventual que demanda la coautoría, con la culpa***”.³⁹

Es decir, si bien ambos autores parecen concordar en que la concurrencia de dolo eventual basta para que el hecho que es objeto de ese dolo quede incluido en el plan común, discrepan en torno a qué elementos permiten dar por concurrente dicho dolo: mientras para Cury basta que el coautor sepa que otro porta un arma de fuego para que se configure su dolo eventual respecto del homicidio, Guzmán Dálbora rechaza tajantemente esa posibilidad. Es viable concluir, por consiguiente, que los problemas relativos al “plan común” y al “exceso de dolo en el coautor” se terminan resolviendo según si el tribunal estima o no que en el caso concreto el coautor en cuestión actuó o no con dolo eventual, lo que se ve confirmado por la jurisprudencia que se analizará a continuación. Es justamente debido a ello que esta materia es tan problemática⁴⁰.

³⁷ Idem., pág. 9

³⁸ Enrique Cury, Op. Cit., pág. 611.

³⁹ Jaime Vivanco Sepúlveda, *El delito de robo con homicidio*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1957, pág. 86, citado por Jose Luis Guzmán Dálbora, en Op. Cit., pág. 11.

⁴⁰ El problema se produce atendida la dificultad de distinguir entre el dolo eventual y la culpa con representación según el criterio mayoritario (2° fórmula de Frank: “*sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actuó*”). Cury, Op. Cit., página 319.

3.b) Análisis de la jurisprudencia en este ámbito.

En coherencia con lo señalado, la jurisprudencia es sumamente ambigua en esta materia, generándose decisiones contradictorias. Hay fallos que extiende en forma indiscriminada el plan común, haciendo responsable de cualquier “exceso” a todos los coautores, mientras que otras sentencias son muy estrictas al establecer los parámetros que permiten afirmar que un hecho es parte del plan común. La mayoría de la jurisprudencia en este ámbito se ha desarrollado a partir de casos de robos con homicidio u homicidios simples, sin embargo muchos de los razonamientos que aplican son trasladables también a la determinación de si la intimidación o violencia son parte del plan común que abarca la sustracción, problema que es más común en casos de “turbazos”. A continuación se procede a revisar los principales fallos en la materia⁴¹:

Jurisprudencia favorable para la defensa (contempla parámetros más exigentes para extender el plan común):

- i) Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa rol N°992-2011.

En esta causa, dos sujetos habían sido condenados por robo con homicidio por el 6° TOP de Santiago. La Corte anuló de oficio la sentencia respecto de uno de los imputados⁴², considerando que el homicidio, cometido mediante arma de fuego por el otro imputado, no era parte del plan común, por cuanto no se señaló con qué medios de prueba se acreditó el acuerdo.

En primer lugar, es necesario analizar por qué el TOP estimó que el plan común abarcaba el homicidio. El fallo de la Corte reproduce la argumentación de ese tribunal al respecto: *“Luego en el fundamento décimo, concluye que es autor en los términos contemplados en el N° 1 del artículo 15 del Código Penal, para lo cual considera como hechos relevantes que **“...abordaron simultáneamente a la víctima”, “...reforzó, aceptó e hizo suya dicha acción...” aludiendo a la conducta de E. (el coimputado que fue autor material del homicidio) de intimidar y golpear con el arma de fuego a la víctima y “tampoco abandonó el desarrollo de la acción cuando éste extrajo el arma de fuego de entre sus vestimentas para atacar a la víctima, sino que persistió hasta el final, en la conducta delictiva para quitarle a la víctima su medio de transporte, e inclusive, luego de efectuado el disparo en contra de ésta, huyeron juntos del lugar”***⁴³.

Es decir, el TOP considera los siguientes parámetros para dar por establecido el dolo común respecto de homicidio:

⁴¹ No se encontraron fallos de la Corte Suprema sobre este punto.

⁴² Se ordenó la realización de nuevo juicio oral a su respecto.

⁴³ Considerando cuarto del fallo en comento.

- Ambos imputados abordaron simultáneamente a la víctima.
- En ese contexto, el coautor aceptó que el otro coimputado intimidara y golpeará a la víctima con un arma de fuego.
- El coautor no abandonó la acción cuando el autor material del homicidio extrajo el arma de fuego de sus vestimentas
- Tras saber que el coautor portaba un arma de fuego, persiste en la conducta de sustracción
- Huye junto al autor material del disparo.

La Corte, por su parte, al dictar sentencia, comienza razonando en los siguientes términos⁴⁴:

“No ocurre otro tanto en lo relativo a la participación de autor que se atribuye a uno de los imputados en tal ilícito. Ninguna duda existe que R. E., como autor material del único disparo que causó la muerte de la víctima debe responder en la calidad que señaló el tribunal. En cambio, la situación de M. Á. es distinta, ya que no accionó el arma de fuego y por lo tanto no tuvo intervención directa y material en el homicidio.

“Establecido lo anterior, se hacía necesario que los sentenciadores señalaran de manera precisa y determinada, cuáles eran los elementos de prueba que recibieron y sobre cuya base podían llegar a establecer el que denominan “dolo previo”, lo que resultaba especialmente relevante si se tiene en cuenta que el imputado E. declaró que no todos sus acompañantes, entre ellos el imputado A., sabían que entre sus ropas guardaba el arma de fuego.

La existencia del dolo al que hacen referencia los sentenciadores, importaba acreditar que Á. conocía la existencia del arma y que aceptó la posibilidad de que fuera empleada al momento de cometer el ilícito, todo lo cual importa algún grado de concierto previo lo que, desde luego, es incompatible con la figura de autoría que dieron por configurada”.

Cierto es que la circunstancia que el imputado Á. persistiera en la conducta delictiva en los momentos en que E. hacía uso del arma, aunque como elemento contundente, importa tomar pleno conocimiento del hecho de la violencia que se ejerce en contra de la víctima, pero para concluir que este conocimiento significa aceptar y compartir la conducta posterior del coimputado, imponía el tribunal el deber de precisar qué medios de prueba eran los que lo habilitaban para ello y arribar así a la conclusión que en la especie existió un “dolo común”.

La Corte anula el fallo no porque discrepe –en general- con los parámetros a los que alude el TOP para dar por concurrente el dolo común, sino que porque considera que el TOP no da razón suficiente de con qué prueba consideró probados los parámetros antes individualizados. Así, el problema principal de fallo

⁴⁴ La cita se extrae de los considerandos cuarto y quinto de fallo en comento.

del TOP es que no especifica cómo se acreditaron los elementos que permitían configurar un dolo común⁴⁵.

Sin perjuicio de ello, la sentencia de la Corte se pronuncia sobre dos parámetros concretos:

- La Corte otorga importancia al hecho de que el autor material del homicidio declaró que el coautor del robo no sabía que éste portaba un arma entre sus vestimentas. Este parámetro es clave y se repite en otros fallos: ¿tenía el coautor conocimiento previo al hecho de que su coimputado portaba un arma?
- La Corte estima que la circunstancia de que el imputado Á. persistiera en la conducta delictiva en los momentos en que E. hacía uso del arma, aunque como elemento contundente, importa tomar pleno conocimiento del hecho de la violencia que se ejerce en contra de la víctima, pero esta circunstancia es insuficiente por sí misma para derivar de ella el dolo homicida. Para sostener el dolo homicida de Á. se requeriría la concurrencia de parámetros adicionales.

ii) Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en causa rol N° 121-2006:

En este caso, el TOP de Punta Arenas absolvió al imputado S. S. del homicidio cometido materialmente por el coimputado O. O. El Ministerio Público recurrió de nulidad, pero la sentencia absolutoria respecto de S.S. fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

El TOP absolvió a S.S. al estimar que el homicidio no era parte del plan común, considerando los siguientes motivos:

- Imposibilidad de oponerse de S.S. al acto homicida, dada rapidez con que se desarrolló el mismo: ***“Es dable señalar que las circunstancias propias en que se ejecutaron los hechos, se hace evidente que el ataque del acusado O.O. a la persona del ofendido, fue rápido de manera que, y sin estar probado que S.S., tuviese conocimiento cierto de un ánimo homicida anterior por parte del otro acusado, en efecto presencia un hecho, el homicidio, pero sin que su voluntad haya tenido la posibilidad de oponerse al designio desarrollado por O.O.”***⁴⁶.
- El autor material del homicidio (O.O) declaró que S.S. no sabía que él portaba un arma blanca.
- A pesar de que ambos coimputados huyen juntos del lugar de los hechos, el TOP no valora esta circunstancia como un parámetro para dar por concurrente el dolo común (no se pronuncia sobre ella).

⁴⁵ Así, no se cumplió con la exigencia antes referida de Guzmán Dálbora, en cuanto a que *“el acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso”*.

⁴⁶ Sentencia dictada por el TOP de Punta Arenas en causa RIT 56-2006, RUC 0500344680-k, de fecha 08/08/2016, considerando decimotercero, página 18.

La Corte confirma la sentencia aludida fundada en el siguiente raciocinio:

*“Que en lo que respecta a las causales invocadas por el Sr. Representante del Ministerio Público, estos sentenciadores comparten el criterio de los Sres. Jueces recurridos, en cuanto a que no se acreditó que R. S. S. haya tenido alguna participación en el homicidio de J. A. C. A., tal como se señala en el fundamento noveno de la sentencia impugnada, en el cual quedaron establecidos los hechos que se tuvieron por acreditados, por cuanto si bien éste se encontraba presente al momento de la ocurrencia de estos, **ello no es suficiente para tener por establecido que existiera concierto entre ambos para la comisión del ilícito, toda vez que se requiere para su concurrencia, la posición anímica del sujeto que quiere hacer suyo el resultado.** Este requisito del concierto previo, es indispensable, según se desprende del texto de la ley y de su historia. **Si no hay concierto, la mera presencia no podría constituir forma de participación alguna, ya que no es cooperación**”, lo que así ha sostenido el Profesor Alfredo Etcheberry en su Obra “Derecho Penal, Parte General”, tomo II, pág. 96”⁴⁷.*

La Corte correctamente considera que en este caso falta uno de los elementos del art. 15 N°3 del Código Penal para dar por establecida la coautoría –no hay concierto- y además considera que la mera presencia no constituye forma de participación alguna. Si bien en este punto se excluye la responsabilidad de S.S. por falta de participación, la Corte funda justamente esa falta de participación en la falta de *“la posición anímica del sujeto que quiere hacer suyo el resultado”*. Por ende, en este caso la Corte confirma el fallo recurrido al estimar que S.S. no tiene dolo homicida.

- iii) Sentencia del TOP de Talca dictada en causa RIT 122-2004, Ruc N° 0400062080-2.

En este caso el tribunal dio por acreditado que el acusado F.J. acordó con el menor C.L.N sustraer una bicicleta pistera de propiedad de F.D.A, para lo cual le entregó un cuchillo a dicho menor mientras él se premunía de piedras. El menor se dirigió hacia la bicicleta mientras F.J. permanecía en la puerta de acceso, comenzando un forcejeo entre el menor y la víctima, debido a lo cual el menor usó el cuchillo que le entregó F.J. y le propinó dos cortes a la víctima, causándole la muerte.

El Tribunal absolvió a F.J. del cargo de cómplice en el delito de homicidio, en grado de consumado, contemplado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, condenándolo sólo como autor del delito de robo con violencia frustrado.

El TOP razonó que **“En su actuar el ejecutor excedió el dolo común, que constituye el concierto previo. En efecto, estimamos que este solo alcanzaba a la apropiación de especie ajena con la posibilidad de emplear, en caso necesario, la intimidación o la violencia, mas no privar de la vida a una persona, pues de otro modo el acusado no se habría retirado del lugar y sin la especie, una vez que**

⁴⁷ Considerando 4° de la parte resolutive de la sentencia.

observó la primera estocada que su compañero dio a la víctima. De modo que el dolo de matar del otro agente no tiene la virtud de gravar con dicha finalidad el propósito del acusado, por ende, el homicidio solo podría imputársele a L.N, pues su intención se desvió a un punto respecto del cual no existió convergencia. En lo que se aleja del concierto constituye una circunstancia personal, de la que se responde en igual forma y que no es comunicable al otro agente.⁴⁸

Por consiguiente, a pesar de que F.J. **no sólo sabía que el menor portaba el arma homicida, sino que además se la había proporcionado**, el tribunal lo absuelve por cuanto considera que el arma fue proporcionada para intimidación/violencia, no siendo el homicidio parte del plan común. **El parámetro que el tribunal considera decisivo para estimar que el homicidio no formaba parte del plan común es la conducta coetánea de F.J. respecto del acto homicida, quien opta por irse y no sustraer la especie.**

Jurisprudencia desfavorable para la defensa (parámetros poco exigentes para dar por establecido el plan común.).

- i) Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa rol N°1640-2009:

Este fallo –anterior al 992-2011 de la misma Corte-, a diferencia de los revisados anteriormente, tiene una interpretación muy amplia de dolo eventual, aseverando que basta el mero conocimiento por parte del coautor de que otro coimputado portaba un arma, para entender que el homicidio forma parte del plan común, en la misma línea de lo aseverado por Cury.

Así, la Corte sostiene **“Que, tal como lo señala el considerando décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo, del fallo recurrido, dos sujetos J. S. L. y F.A. C., premunidos de armas de fuego asaltan de noche, a una pareja para robarles y de acuerdo a las incidencias que relatan tales motivos, uno de estos individuos disparó al hombre que trató de defenderse y lo mató, mientras el otro atacaba a la mujer; en el mismo momento, ocasión y lugar y actuando conjuntamente, antes, durante y después de la ejecución del delito, esto es, robar a todo evento, puesto que se prepararon para actuar amparados en armas de fuego y en consecuencia su dolo era directo en este acuerdo de robar y ambos en relación al homicidio, procedieron con dolo eventual, ya que lógica, racionalmente, a lo que se agrega el sentido común, vulgar y práctico, permitía presumir que podría ocurrir alguna situación fuera de control en que fuese necesario emplear las armas que portaban, lo que en el hecho ocurrió. Por otra parte y por las razones expuestas precedentemente, es obvio que existió una concertación en los imputados, concierto que abarcó las consecuencias que sus actos provocaron”⁴⁹.**

⁴⁸ Considerando quinto, página 13 del fallo en comento.

⁴⁹ Considerando Octavo del fallo en análisis.

*“Décimo: Que, el control sobre el curso causal es azaroso, limitado, la capacidad de determinar el suceder causal no es absoluta y está condicionada a la actuación de otras fuerzas y energías que pueden cooperar, modificar u oponerse a la potencia causal de la acción o acciones ejecutadas. **En la práctica la coincidencia total entre el curso causal real y el representado no se dan, salvo raras ocasiones, de manera que modificaciones no fundamentales son inevitables, no obstante resultaría absurdo excluir el dolo en la situación en estudio, más aún, cuando la modificación fuese de magnitud, los jueces de acuerdo a sus facultades jurisdiccional pueden o deben resolver, como se hizo en el fallo recurrido”.***

Por lo tanto, la Corte estima que, al ser los cursos causales difíciles de predecir, es previsible para el coautor que no dispara saber que, eventualmente, el uso de las armas de fuego que portan puede ser necesario, de “salirse las cosas de control”. De esta manera la Corte incurre en el error que denuncia Guzmán Dálbora (*“El mero hecho de saber que el otro lleva un arma no lo convierte en coautor de robo con homicidio, porque para esto es necesario que la posibilidad de que aquél mate con el arma recibiese el asentimiento del coautor. Imputar a los demás el resultado mortal sobre la única base de que ello era previsible, implicaría confundir el dolo eventual que demanda la coautoría, con la culpa”*). El argumento de Guzmán Dálbora es válido incluso en este caso, en que el coimputado que no dispara también portaba un arma de fuego, puesto que dicho porte no implica necesariamente que acepte que el otro imputado utilice su arma para matar.

Efectivamente, parece evidente que conocer el porte del arma por parte del coimputado no implica necesariamente acceder a la comisión de un homicidio por parte de éste. Es perfectamente posible imaginar un caso en que el imputado D, conociendo que el coimputado E porta un arma de fuego, acceda a un plan común para intimidar a una pareja con el arma para asaltarla, y sin embargo, se niegue rotundamente a aceptar matar o lesionar gravemente a las víctimas, similar a lo que ocurre en el citado caso RIT 122-2004 del TOP de Talca. Pueden darse en efecto múltiples posibilidades: puede ser que el plan común sea sólo intimidar; que admita la causación de lesiones leves con el cacheo del arma; que incluya la posibilidad de disparar el arma causando lesiones graves; o que admita el homicidio. La posición adoptada por la sentencia implica desconocer todas estas posibilidades fácticas, asumiendo siempre como necesario que el plan común abarcaría en este caso el dolo homicida. No obstante, es importante precisar que probablemente influyó en la decisión de la Corte el hecho de que el coimputado que no disparó también portaba un arma de fuego, y más aún, la conducta que tuvo éste durante y después de la acción homicida⁵⁰.

⁵⁰ Otro fallo similar es el dictado por el TOP de Iquique en causa RIT N° 296-2011, RUC N° 1010012072-6, considerando décimo, pág. 20. Este fallo condena al coautor que no disparó por robo con homicidio, señalando que *“con la prueba que se ha rendido en el juicio oral, ha quedado suficientemente acreditado que el acusado se concertó con O.O.T.T. y otros sujetos para cometer el delito de robo, **conociendo desde su inicio, la existencia de un arma de fuego que cargaba O.O.T.T., quien en estrados señaló enfáticamente que J.J.S.Z. era su amigo con quien vivió un tiempo y que el día de los hechos participó en la planificación del robo a la casa de la víctima y que estaba en conocimiento del arma que cargaba, aceptando así desde el principio***

- ii) Sentencia dictada por el TOP de Coyhaique en causa RIT N° 89-2016, RUC N°1600493037-5:

Esta sentencia es relevante, al ser de las pocas que se han pronunciado sobre la extensión del “plan común” en una hipótesis de “turbazo”. Los hechos que dio por acreditado el tribunal fueron los siguientes:

*“El día 23 de mayo del año 2016, entre las 17 y 18 horas, los acusados Luis S.V.; J. C. C. G., P.S. S.P. y E. D. I. J. A., **se pusieron de acuerdo para concurrir al local denominado “Los Mañíos”, ubicado en calle Los Mañíos n°121 de Coyhaique, con el fin de sustraer cervezas; al llegar al lugar ingresan y tres de ellos van al sector de los refrigeradores y sacaron 8 pack de cervezas, en tanto que el cuarto, Luis S.V., permanecía cerca de la puerta del local, y cuando se aprestaban a salir del lugar, el dueño se acercó a la puerta requiriéndoles el pago de las especies, momento en que Luis S.V. sacó un cuchillo de sus vestimentas y amenazó a la víctima con el arma blanca para que los dejara salir, procediendo la víctima a correrse y permitirles la salida, huyendo todos los sujetos del lugar con las especies en su poder”**⁵¹.*

Las defensas de los menores que se limitaron a sustraer las cervezas argumentaron que éstos sólo eran responsables por hurto simple. ¿Qué elementos examina el tribunal para determinar si en este caso el plan común abarcaba la intimidación, o solamente el hurto?

- La forma en que se dividen el trabajo los imputados: *“De lo anterior, se desprende que hubo una división del trabajo en el hecho delictivo, **algunos van y toman las especies para sacarlas del lugar, otro se ubica en una posición para advertir la llegada de alguna persona y, ante todo, como ocurrió, frenar la resistencia de parte del dueño del local.”*** Es importante destacar que en este caso concreto Luis S.V. no era un mero “loro” –en cuyo caso sería discutible su calidad de coautor- sino que su función fue intimidar, frenando la oposición de la víctima.
- A pesar de que no hay evidencia de que los coimputados supieran que Luis S.V. portaba un arma blanca antes del hecho –por lo que claramente la intimidación no era parte del plan común originario, que se limitaba a hurtar- éstos vieron como Luis S.V. utilizó el arma para intimidar y se aprovecharon

la posibilidad de usarla, la que se encontraba lista para ser disparada, y tanto es así, que producida la detonación que ocasionó la muerte de la víctima y que en consecuencia permitió el acceso de los asaltantes a su domicilio, que estando el occiso en el suelo, el acusado J.J.S.Z., igualmente ingresó a la vivienda, pasando sobre el cadáver del afectado, siendo indiferente para él tal circunstancia, constituyéndose así la muerte de la víctima, como el medio violento, utilizado para ejecutar el robo que habían planificado, evidenciándose así su intención de cometer el delito de robo a todo evento, existiendo respecto del resultado muerte dolo a lo menos eventual”. Como se puede observar, también en este caso el tribunal tiene en consideración, junto al conocimiento del porte previo del arma, la conducta del coimputado coetánea y posterior a la acción homicida, para determinar que la acción matadora era parte del plan común.

⁵¹ Considerando sexto de fallo en análisis.

de la intimidación (lo que se relaciona con la conducta posterior al hecho intimidatorio), lo que permite, según el tribunal, hacerlos responsables de la intimidación. El tribunal razonó de la siguiente manera: *¿Sabían los demás acusados que Luis S.V. tenía un arma blanca y que la usaría para intimidar a alguna persona? Ciertamente, **no hay ninguna prueba que permita establecer que antes de ingresar al local, los otros acusados hubiesen tenido conocimiento de la existencia del arma, ni menos que Luis S.V. la emplearía al momento de los hechos. Sin embargo, de lo que no cabe duda a este tribunal** y fue debidamente probado según lo asentado en párrafos precedentes, que los otros acusados: J.C. C. G., E. J. A. y P. S. P., aunque estos últimos lo nieguen, **vieron el momento en que Luis S.V. sacó el arma y amenazó a la víctima, y que esa intimidación fue la que permitió su salida del local, que ellos la aprovecharon para sacar la especie del lugar, y ese conocimiento y aprovechamiento de la intimidación es lo que permite atribuirles a todos ellos que aceptaron el dolo intimidatorio para lograr la sustracción de las especies, haciéndolo suyo, y por tanto, son responsables del ilícito cometido: un robo con intimidación.** Toda vez que hubo sustracción de especies corporales muebles ajenas, sin voluntad de su dueño, y con ánimo de lucro, empleando en esa apropiación intimidación en contra de las personas.*

- El tribunal afirmó que *“Había unidad de propósito, y en el caso que no hubiesen sabido de la existencia de un arma ni acordado emplearla, igualmente, **aceptaron e hicieron suyo la intimidación, antes de la consumación del hecho**”.* Por consiguiente, para el tribunal el conocimiento y aceptación de la intimidación por parte de los coautores deben ser previos a la consumación de la sustracción para que se considere que la intimidación es parte del plan común.
- La sentencia, refiriéndose al actuar de los coimputados, indica que *“**Ninguno de ellos cuestionó el actuar de Luis S.V. ni ninguna persona desistió de su acción de sustracción, cuando aquél sacó el arma, según nos dijo la víctima**”.* Por ende, la conducta que adopta el coimputado frente a la acción intimidatoria es un parámetro relevante en este ámbito⁵².
- Asimismo, el tribunal establece que *“**Distinto habría sido el caso, si después de la salida de todos ellos, y sin que ninguno de los otros acusados viera la acción de Luis S.V., éste amenazara a la víctima. Allí podríamos haber estado tal vez en situaciones en que el dolo no se comunica o eventuales tesis alternativas planteadas por las defensas de los acusados**”.* Aquí el tribunal se limita a señalar algo obvio, puesto que en este caso los coimputados no tenían conocimiento previo del porte del arma; por lo que en el supuesto de que tampoco hubieran siquiera visto la acción intimidatoria, sería imposible entender que la intimidación estaba abarcada en el plan común (originario ni modificado).

⁵² Es el mismo parámetro que utiliza el TOP de Talca en fallo ya examinado dictado en causa RIT 122-2004, Ruc N° 0400062080-2, en este caso para absolver al coimputado del homicidio justamente debido a que se desistió de la acción de sustracción al observar el acto homicida.

Principales parámetros que se extraen de la jurisprudencia para determinar la extensión del plan común:

De esta manera, los principales criterios que han utilizado los tribunales para determinar si el coautor/partícipe actuó con dolo eventual respecto del acto de otro coimputado, son los siguientes:

- i) Conocimiento previo sobre el porte de un arma por parte del coimputado:

La jurisprudencia exige habitualmente que se acredite este conocimiento previo, para poder establecer el dolo eventual (caso de la C.A. Punta Arenas). Excepcionalmente, no se exige este conocimiento previo cuando la conducta presuntamente excesiva del coautor (por ejemplo, la intimidación) es aprovechada por el coimputado (caso del TOP de Coyhaique).

Sobre la necesidad de conocimiento previo se pueden observar dos posiciones:

- Basta el mero conocimiento previo de que el coimputado porta el arma para que el sujeto actúe con dolo eventual (C.A. San Miguel 1640-2009)
- No basta el mero conocimiento previo: se requieren elementos adicionales que permitan acreditar la aceptación del coimputado de que el arma se utilice (C.A. San Miguel 992-2011), en especial debe atenderse a la conducta posterior al hecho “excesivo”, pues incluso puede que el coautor le haya entregado el arma al coimputado pero el acto homicida cometido por éste exceda el plan común (caso del TOP de Talca).

Se puede observar entonces que este criterio, no obstante su importancia, en ocasiones cede frente a la conducta posterior que adopta el coimputado frente al presunto “exceso”: si se aprovecha del mismo actúa se entiende que actúa con dolo eventual a pesar de su falta de conocimiento previo (TOP Coyhaique), y, en sentido contrario, si no se aprovecha del mismo, no actúa con dolo eventual a pesar de su conocimiento previo del arma (caso del TOP de Talca).

- ii) Conducta del sujeto frente al hecho del coimputado supuestamente no contemplado en el plan común.

Este factor, según lo señalado, es determinante para evaluar si el sujeto actuó o no con dolo eventual respecto del supuesto exceso del coimputado. Así, si el sujeto persiste en la sustracción a pesar de tomar conocimiento de la acción intimidatoria u homicida que aparentemente es excesiva, y se aprovecha de ella, entonces la jurisprudencia tiende a afirmar que actuó con dolo eventual (C.A. San Miguel 1640-2009; 6° TOP; TOP Iquique; TOP Coyhaique). Por ello, en ocasiones se ha considerado la huida conjunta como un factor que contribuye a establecer el dolo eventual (6°TOP).

Por el contrario, en aquellos casos en que el imputado no persiste en la sustracción, no aprovechándose de la coacción, es claro que no actúa con dolo eventual (caso del TOP de Talca).

No obstante, este parámetro ha sido matizado por la jurisprudencia, que le ha introducido correcciones:

- La mera presencia en el lugar en que se comete el exceso, y la pasividad frente a éste, no implica aceptación del mismo (caso de la C.A. Punta Arenas).
- La imposibilidad de oponerse al exceso en el caso concreto (por ejemplo, atendida la rapidez del acto homicida o intimidatorio) es un factor que permite desestimar el dolo eventual (C.A. Punta Arenas).
- Quien persiste en la acción de sustracción tras observar como el arma se utiliza para efectos de violencia y/o intimidación, puede ser responsabilizado por la violencia o intimidación, pero ello no es un factor suficiente para dar por concurrente el dolo eventual respecto del homicidio (C.A. San Miguel 992-2011).
- Si el conocimiento y la aceptación de la intimidación realizada por el coimputado es posterior a la consumación de la sustracción, ésta no es parte del plan común (TOP Coyhaique).

iii) Forma en que se divide el trabajo.

A los dos grandes criterios antes enunciados, hay que agregar un criterio que se desprende del referido fallo del TOP de Coyhaique. En aquellas hipótesis de “turbazos” en las cuales todos los sujetos involucrados tienen como tarea sustraer especies –y nada más-, es difícil imaginar que si es que hay alguna coacción, ésta se enmarque dentro del plan común original.

Por su parte, en aquellas hipótesis en que algunos de los imputados cumplan un rol tal como distraer o inhabilitar la acción de los guardias, se tendrá que examinar el caso concreto para determinar si es que efectivamente el acuerdo original contemplaba alguna acción de coacción o no, de acuerdo a los factores previamente vistos.

4. Otros aspectos a tener en consideración.

Dentro de este capítulo se examinarán brevemente algunos aspectos que requieren cierta atención por parte de la defensa en casos de “turbazos” e ilícitos similares a éstos.

4.a) Monto sustraído imputable

Una duda que puede surgir en las hipótesis de “turbazos” - tratándose de imputados por hurto- es si cada uno debe responder por el valor de las especies que sustrajo personalmente, o bien si es que todos los coimputados deben

responder por el total, para efectos de la determinación de la pena en conformidad al artículo 446 del Código Penal.

La solución es simple, y depende de si se acredita o no la existencia de un plan común entre los coimputados. Así, de haberse puesto éstos de acuerdo para ingresar conjuntamente al local comercial a sustraer especies, en realidad se trata de un único delito de hurto cometido por varios coautores. En dicho caso, debe sumarse el valor total de las especies sustraídas, y cada uno de los sujetos activos será responsable como autor del hurto por el monto total.

Sin embargo, si no se acredita la existencia del acuerdo⁵³, entonces se trataría de diferentes delitos de hurtos –a pesar de que se tramiten en un mismo proceso- cometidos en paralelo por autores distintos, y en dicho caso, cada uno será responsable sólo por el monto de las especies que sustrajo o intentó sustraer.

4.b) Exceso en el ejercicio de las facultades autónomas de las policías.

Los “turbazos”, por su modalidad, habitualmente implican dificultades adicionales para la labor policial. Por ende, es previsible que aquellos casos en que quienes cometan estos delitos sean efectivamente capturados, sean hipótesis en que hay una labor de investigación policial previa, que implique un seguimiento hasta el local comercial.

En dichos casos, es importante tener presente el seguimiento previo debe tener como fundamento alguna de las hipótesis en que la policía puede actuar autónomamente en conformidad al artículo 83 del Código Procesal Penal, o bien debe existir una instrucción fiscal u orden judicial. El hecho de que los imputados sean capturados en flagrancia al cometer el “turbazo”, al tratarse de una situación posterior al inicio de la diligencia de seguimiento, no legitima la persecución policial encubierta previa, si es que ésta fue desarrollada en forma autónoma. De esta manera, de no constar la correspondiente orden fiscal, ni fundarse el inicio del seguimiento en algunas de las actuaciones autónomas permitidas por la ley, la detención es ilegal, siendo ilícita también la evidencia obtenida a partir de ella.

También en consideración a la naturaleza de los “turbazos”, al tratarse de delitos en que intervienen múltiples coimputados, es relevante que la defensa examine si se ha dado adecuado cumplimiento al “Protocolo interinstitucional de Reconocimiento de Imputados”⁵⁴, instrumento que, ante la falta de normas legales o reglamentarias, es la que regula la confección de los kárdex de fotografías para reconocimientos de imputados, así como el reconocimiento en rueda⁵⁵. Dicho

⁵³ Aquí es útil recordar nuevamente la frase ya citada del informe en derecho de Guzmán Dálbora *“El acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso como el hecho que es”*. (Op. Cit., pág. 9).

⁵⁴ Documento desarrollado en conjunto por el MP y las policías, vigente desde el 12 de julio de 2013, en virtud del Oficio 474/2013 del Fiscal Nacional. Disponible en la página web de Carabineros, específicamente en: http://www.carabineros.cl/transparencia/og/OG2210_29072013.pdf

⁵⁵ Dicho documento regula exhaustivamente la composición del kárdex

documento reglamenta exhaustivamente la composición del kárdex, distinguiendo entre casos con y sin sospechoso⁵⁶.

4.c) Elemento negativo del tipo “sin la voluntad de su dueño”.

La defensa siempre deberá examinar si un “turbazo” se puede encuadrar en la faz objetiva del tipo descrita en el artículo 432 del Código Penal, al definir los delitos de robo y hurto. Para ello, la sustracción de la cosa deberá haber sido “*sin la voluntad de su dueño*”. De haber permitido el dueño la sustracción, la conducta sería atípica (si se sigue la doctrina de que se trata de un elemento negativo del tipo), o justificada (si, como Etcheverry, se entiende que el consentimiento opera en este caso como una causal de justificación)⁵⁷.

¿Por qué esta prevención? Por los mismos motivos expuestos en la letra anterior. Atendida la naturaleza de los “turbazos”, es previsible que en algunos casos se logre la captura de los coimputados en una labor de coordinación entre la policía y el local comercial (representado a estos efectos por sus guardias). Por ello, se podría dar la situación de que los guardias del local comercial permitieran la sustracción de las especies, para facilitar la consumación del delito, así como que los coimputados sean sorprendidos por la policía en delito flagrante.

En dicho caso, cabe recordar la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago en causa RIT N° 50-2014, respecto de un presunto robo de vehículo, grabado en el programa televisivo “En su propia trampa”. El considerando décimo de ese fallo establecía “...***Que en cuanto a la falta de voluntad, este requisito no está presente, impidiendo configurar el delito de hurto simple, debido a que la propia víctima señaló que pertenecía a un programa de televisión, que estaban haciendo una investigación periodística y que una de las finalidades de dicho reportaje era dejar el vehículo estacionado para ver si se lo roban o no, ...su objetivo era saber cómo opera el robo de autos, que era lo que se hacía y lo que no se hacía, debido a todo esto era desconocido hasta el minuto. por lo tanto, la sustracción no solo no fue contra la voluntad de la víctima, sino que fue consentida y además fue facilitada, por cuanto el vehículo estaba con las puertas abiertas con las llaves en su interior, para evitar que rompieran la chapa generándole perjuicios que después deberían pagar a la automotora que le facilitó el automóvil***”.

De esta manera, es factible para la defensa alegar, en hipótesis en que se acredite que los dependientes del local comercial permitieron voluntariamente la consumación de la sustracción, que en ese caso la apropiación no fue “*sin la voluntad de su dueño*”, tratándose por consiguiente de un hecho atípico.

⁵⁶ Se puede encontrar un análisis detallado del Protocolo en respuesta elaborada por la Unidad de Estudios para consulta de la IV región, disponible en lexdefensor, consultas jurídicas 2015, Normativa regulatoria kardeks de fotografías policiales C05-2015.

⁵⁷ Mario Garrido Montt, Op. Cit., pág. 168-169.