

Santiago, diez de diciembre de dos mil veinte.

Vistos:

En causa RIT N° 153-2019 RUC N° 1601138532-3 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de trece de septiembre de dos mil veinte, resolvió, absolver a [REDACTED] de la imputación que le hizo el acusador fiscal como autor de los delitos de amenazas no condicionales y porte ilegal de municiones, recalificar la imputación por el delito de daños y condenar al referido [REDACTED] como autor de un delito frustrado de homicidio simple en perjuicio de la víctima Aixa, perpetrado en la comuna de Colina el 26 de noviembre de 2016, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y, sancionarlo, también, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, perpetrado en la comuna de Colina el 27 de noviembre de 2016, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

En el fallo aludido, se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena corporal impuesta al encartado.

En contra de esa decisión la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el pasado 20 de noviembre, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Considerando:

Primero: Que como causal principal del recurso de nulidad interpuesto en autos, se hizo valer aquella contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, *"cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Para fundar la causal antes aludida, el impugnante aduce vulneración de garantías fundamentales previstas en el artículo 19 N°3 inciso sexto, de la Constitución Política de la República, artículo 341 del Código Procesal Penal, en lo que dice relación con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.

Arguye que el juicio oral se siguió por un delito de "daños simples" y, el tribunal del juicio oral al regresar de la deliberación dispuso llamar a los intervinientes a debatir sobre la recalificación del citado delito por un delito de homicidio en etapa de desarrollo frustrado, sin que dispusiera reabrir la audiencia a objeto de debatir, con todas las garantías del derecho a defensa material, sobre el llamado a recalificar el primer hecho.

Indica que de aceptar este modo de proceder, la defensa no puede impugnar la prueba y la acusación por los medios franquados en la Ley procesal, especialmente el contrainterrogatorio, declaración del imputado, aportación de pruebas de descargo, lo que implica la vulneración de la Garantía de la defensa material, puesto que la sentencia se funda únicamente en el ejercicio de un contradictorio vinculado a elementos de un delito nuevo, no previstos dentro del ámbito de la preparación de la defensa técnica, de modo tal que descansa fuera del justo y racional procedimiento.

En lo tocante a la trascendencia de la infracción de ley denunciada, expone que de no haberse llamado a la recalificación o ésta se hubiera hecho con la posibilidad de refutar la prueba de cargo, como mandata expresamente el inciso final del artículo 341 del Código Procesal Penal, su representado no habría visto vulneradas sus garantías fundamentales ni menos habría sido condenado por el delito de homicidio frustrado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado máximo; lo que importa una infracción flagrante a la garantía del debido proceso y la libertad personal.

Finaliza solicitando que se acoja el recurso por la causal invocada, se anule el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Colina, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Segundo: Que, como primera causal subsidiaria, se hizo valer la prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, "cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341 de Código Procesal Penal".

Para fundar la causal en comento, el impugnante sostiene las siguientes diferencias entre la acusación y el hecho acreditado:

- a).- En la acusación dice que la camioneta recibió siete impactos de bala, en tanto el tribunal dice que recibió al menos cinco impactos de bala.
- b).- La acusación dice que se encontraba al interior del vehículo Aixa, Ismael y su hija de 2 meses de vida, en tanto el tribunal dice que se encontraba al interior del vehículo solo Aixa
- c).- La acusación dice que este hecho ocurrió en la intersección de calle Aconcagua con Reina Norte, en comuna de Colina, en tanto el tribunal solo dice que ocurrió en calle Aconcagua, en la comuna de Colina.
- d).- Y conforme a los hechos acreditados, en vez de calificar los impactos de bala en el vehículo de propiedad de Darwin, como daños, como lo hizo el ministerio público, el tribunal los califica de homicidio frustrado, con la circunstancia de dolo directo.

Expone que tales cuestiones, el conocimiento, la conducta y el dolo son circunstancias que no están en la acusación fiscal y el tribunal al darlas por establecidas en la sentencia condenatoria para obtener la recalificación de un delito de daños a un delito de homicidio ha excedido con creces los límites de

la misma, infringiendo el artículo 341 del Código Procesal Penal, incurriendo en un motivo absoluto de nulidad.

Y por ello pide se acoja el recurso por la causal invocada, se anule el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Colina, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que como segunda causal subsidiaria se ha incoado por la defensa la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, "*Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*", en relación con lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, el cual establece que la sentencia definitiva contendrá "*La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y las circunstancias que se dieran por probados fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297*".

Sobre el particular, la defensa del acusado relata que el fallo no expone de manera lógica, en su variante de falta de corroboración, los hechos que da por acreditados y los medios de prueba que los fundamentan, denuncia, asimismo, infracción al principio de razón suficiente, porque conforme a la aplicación del principio de la lógica, los hechos no podían ser corroborados.

Concluye solicitando que, se acoja el recurso por la causal invocada se anule el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Colina, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Cuarto: Que, los hechos establecidos en la acusación son los siguientes:

"El día 26 de Noviembre del 2016, aproximadamente las 23.50 horas, en la intersección de calle [REDACTED], comuna de Colina, el acusado [REDACTED], apodado "El Melele", previas amenazas, efectuó una cantidad indeterminada de disparos en contra de la camioneta [REDACTED] recibiendo el vehículo 7 impactos de bala, en momentos en que se encontraba al interior del vehículo Aixa, [REDACTED] y su hija de 2 meses de vida a la época de ocurrido los hechos, produciendo daños de consideración en el vehículo individualizado. Los disparos impactaron en la cabina, asiento delantero, neumático, y parte posterior de la carrocería del vehículo.

Posteriormente a las 00:30 horas del día 27 de noviembre de 2016, en la intersección de calle [REDACTED] de la comuna de Colina, el acusado ya individualizado fue sorprendido por funcionarios de Carabineros portando y manteniendo en su poder una pistola marca Taurus modelo PT-99 AF calibre 9x19mm, número de serie TKH08527 AFD, la que contenía en su interior 12 cartuchos balísticos de 9x19mm, no percutidos, estando tanto el arma individualizada como los cartuchos balísticos aptos para

el disparo, no contando con las autorizaciones ni permisos legales para su porte o tenencia."

Quinto: Que, los hechos establecidos en la sentencia recurrida son los siguientes:

"El día 26 de Noviembre del 2016, aproximadamente las 23.50 horas, en la intersección de calle [REDACTED], comuna de Colina, el acusado [REDACTED], apodado "El Melele", previas amenazas, efectuó una cantidad indeterminada de disparos en contra de la camioneta PPU NUM000, de Darwin, recibiendo el vehículo 7 impactos de bala, en momentos en que se encontraba al interior del vehículo Aixa, Ismael y su hija de 2 meses de vida a la época de ocurrido los hechos, produciendo daños de consideración en el vehículo individualizado. Los disparos impactaron en la cabina, asiento delantero, neumático, y parte posterior de la carrocería del vehículo.

En ejercicio de la potestad conferida en el inciso final del artículo 341 del Código Procesal Penal y tras ser llamados a recalificar, la acción matadora pudo establecerse con lo expuesto en juicio por la víctima Aixa, un sujeto les dijo "yo soy el melele y los voy a matar"

De este modo, apreciando con libertad la prueba, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, se ha podido acreditar más allá de toda duda razonable, que mientras Aixa, se encontraba al interior de la camioneta Toyota Hilux, color verde, de propiedad de Darwin, el móvil fue impactado desde la parte trasera por al menos cuatro proyectiles balísticos percutidos por un sujeto apodado el melele, impactos que no lograron causarle la muerte ante la rápida acción de agacharse y acurrucarse para evitar un desenlace fatal.

Los hechos antes descritos constituyen el delito de homicidio simple en grado de frustrado de acuerdo a lo prescrito en el artículo 7° inciso segundo y 391 N°2 del Código Penal. Conforme lo razonado precedentemente y según lo prescrito en el artículo 488 del Código Penal, es que el tribunal desestimó la calificación jurídica dada por el persecutor en su acusación, recalificando la figura de daños a la de homicidio frustrado en perjuicio de Aixa, ya que según se razonó, el dolo del agente iba dirigido a causar la muerte".

Sexto: Que, en cuanto concierne a la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, el articulista la fundamenta, esencialmente, en la circunstancia de haberse formalizado y acusado al imputado como autor de los delitos de daños simples, amenazas no condicionales y porte ilegal de arma de fuego y municiones, habiendo el Tribunal Oral llamado a los intervinientes a recalificar el delito de daños simples por el de homicidio frustrado y condenado al imputado por este último delito, sin permitir a la defensa controvertir en lo sustantivo y en lo probatorio dicha calificación jurídico-penal distinta de la contenida en la acusación.

Que, al no reabrirse la audiencia por el tribunal, para proceder a un debate efectivo sobre la calificación distinta de los hechos establecidos, se vulneró el derecho a defensa y, en particular, la garantía del debido proceso legal, que asegura una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente. (SCS, 13.04.2010, Rol 9758-2009). Argumenta que la posibilidad de intervenir en la prueba es una garantía básica que significa el reconocimiento del acusado como sujeto de derecho e interviniente activo en el proceso, no como mero objeto del mismo, lo que se traduce en la posibilidad efectiva de defenderse de los cargos en todas las etapas del juicio, de acuerdo a los arts. 7 y 8 del Código Procesal Penal.

Sostiene que no basta con llamar formalmente a recalificar y a debatir sobre la recalificación, sino que debe otorgarse a la defensa un real derecho a defenderse de dicha nueva calificación, "sobre todo, si en virtud de esta recalificación el acusado arriesga una pena que excede con mucho la pena antes de dicha recalificación. Si no, el derecho a defensa como garantía sería solo letra muerta sin contenido real." Entiende que el tribunal puede exigir de los intervinientes un debate jurídico distinto del propuesto por el órgano persecutor, "sin embargo, aquel llamado encuentra como limitación objetiva la defensa material, es decir, la facultad de refutar y contradecir la prueba de cargo, más allá de las alegaciones argumentativas, porque lo que está en juego es, amén de las consideraciones del imputado como sujeto de derecho, la legitimidad de la sentencia condenatoria."

Séptimo: Que, de conformidad al artículo 341 inciso final del Código Procesal Penal -expresa el recurrente- una vez realizado el llamado a recalificar los hechos, la audiencia debe reabrirse, lo que significa volver a discutir, volver a reabrir, impugnar en el fondo todo el caudal probatorio, especialmente cuando existen elementos de facto no controvertidos.

Argumenta que al hacer el llamado el tribunal a recalificar de un delito poco grave a uno muy grave (atendida su penalidad), después de haber concluido la etapa probatoria, sin disponer la reapertura de esta a fin de proceder al ejercicio de los derechos de la defensa, ha vulnerado la garantía constitucional del derecho a la defensa material como parte integrante del justo y racional procedimiento al que alude la Carta Fundamental. "Desde luego, porque la decisión del tribunal impidió el ejercicio de los derechos integrados en esa garantía desde que no hubo posibilidad de contrarrestar o impugnar desde la prueba rendida los elementos típicos del delito de homicidio, tanto en su faz objetiva como en la subjetiva."

Además, "la decisión del tribunal en orden a recalificar el hecho por un delito de homicidio no era previsible para la defensa, ni estaba dentro de los márgenes de lo racional como para comprender la posibilidad mínima de tal decisión."

El articulista explica la imposibilidad de defenderse frente a un delito tanto más grave como un homicidio, en circunstancias que la acusación le imputó al condenado que efectuó los disparos contra el vehículo, el delito de daños, argumentando el tribunal en el motivo décimo del fallo sobre el dolo con que habría actuado el autor: "siempre sobre el dolo del hechor, de las probanzas

aportadas por el persecutor, ha podido colegirse que el autor estaba en conocimiento de que había al menos una persona al interior del vehículo, en tanto la afectada Aixa sostuvo que el hechor antes de disparar se identificó, anunciándoles que les daría muerte y luego inició los disparos. En el mismo sentido, ha de colegirse que su intención no fue otra sino que causar la muerte, no solo por la advertencia que profirió antes de iniciar la conducta que se le reprocha, sino particularmente por las zonas en que el vehículo recibió los diversos impactos según se detalló."

Octavo: Que, en cuanto al perjuicio causado a la parte por la ocurrencia del vicio reclamado, sostiene el recurrente que la infracción de la garantía constitucional del debido proceso legal, le significó al imputado, quien no pudo refutar los elementos de prueba que pudieran justificar la configuración del tipo de homicidio, la condena a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con grave daño a su libertad personal.

Noveno: Que, la segunda causal de nulidad esgrimida, en carácter de subsidiaria, es la prevista en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, precepto éste, que no es necesario transcribir en su totalidad.

El recurrente desarrolla las varias diferencias que advierte entre los hechos acreditados en la acusación y aquellos establecidos en la sentencia, siendo la más importante, a su juicio, la que provoca en la sentencia la calificación de la acción de disparar el imputado contra el vehículo, como homicidio cometido con dolo directo, en grado de frustrado, abandonando la tipificación como delito de daños en la propiedad ajena.

Estima que si bien el tribunal "mantiene en apariencia los hechos de la misma manera que la acusación fiscal, lo cierto es que ha agregado una circunstancia que de ninguna manera se encuentra presente en ella y que es absolutamente necesaria para recalificar el delito como lo hace la sentencia", refiriéndose al dolo directo. Sostiene que el conocimiento por parte del hechor de la presencia de personas en el interior del vehículo, así como la intención de él, de ocasionarles la muerte, son circunstancias ausentes en la acusación fiscal y que el tribunal, al darlas por establecidas, excediendo con creces los límites de la acusación, ha infringido el artículo 341 del Código Procesal Penal.

Décimo: Que, de conformidad con el precepto legal antes citado, "si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella."

En el fundamento décimo quinto de la sentencia, los jueces dejan constancia de que el tema de la recalificación del delito surgió en la etapa de deliberación y en el motivo octavo se da cuenta del llamado a la recalificación y de los argumentos que hicieron valer los intervinientes, alegando la defensa que no

tuvo la posibilidad de defenderse frente al delito de homicidio frustrado, estando formalizada la causa por daños, amenazas y porte de armas.

Décimo Primero: Que, de acuerdo al artículo 341, inciso primero, del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. "En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella."

Esta regla, conocida como "correlación entre imputación y fallo", integra, como lo afirman la doctrina y la jurisprudencia, el derecho de defensa, en cuanto a través de ella se garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación. (Horvitz-López, Derecho Procesal Penal chileno, T. II, p. 426). Ver jurisprudencia citada por Pfeffer Urquiaga, en Código Procesal Penal Anotado y Concordado, pp. 516-517.

Se ha declarado que el principio de congruencia no se ve infringido -ni tampoco el derecho de defensa- en los casos en que a los mismos hechos expuestos en la acusación se les ha dado una calificación jurídica distinta. (ICA Antofagasta, 13.10.2003, Revista Procesal Penal, Nro. 16, p. 25; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 29.11.2003, Revista Procesal Penal, Nro. 17, p. 140).

El profesor Carlos del Río Ferretti nos dice que el artículo 341, regulador del deber de correlación, declara explícitamente que elementos de la acusación deben ser respetados por la sentencia y que otros, a pesar de ser parte de la acusación, no demandan la correspondencia de la sentencia. Precisa que el concepto de objeto del proceso recogido en la ley se define por el hecho punible y que se excluye del mismo a la calificación jurídica, dejándola en manos del tribunal en virtud de la facultad de aplicación del derecho, aunque condicionada por el presupuesto de eficacia de sometimiento a contradicción de la tesis de calificación del tribunal. ("Deber de congruencia (*rectius*, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena", en Revista *Ius et Praxis*, año 14, Nro. 2, pp. 87 y s.s.)

Décimo Segundo: Que, si bien el tribunal llamó a las partes para debatir sobre la pretendida recalificación del hecho punible establecido y la defensa argumentó al respecto, oponiéndose a dicha decisión, dándose así cumplimiento formal a lo requerido por el artículo 341, estos sentenciadores estiman indispensable no detenerse por esta constatación en su análisis de la nulidad procesal alegada.

Décimo Tercero: Que, el recurrente insiste en que en la sentencia, y para sustentar la nueva calificación jurídico-penal de los hechos, se incorporó una circunstancia totalmente nueva, constituida "por el elemento volitivo de querer dar muerte a las personas en el interior del vehículo."

Décimo Cuarto: Que, si bien el tribunal da a entender que la re-calificación jurídico-penal ha dejado incólumes los hechos establecidos en la acusación, se discrepa de tal razonamiento, según se expresa a continuación.

El ente persecutor le imputó al acusado -en lo concerniente al acto de disparar contra el vehículo en el cual había una persona- el delito de daños en la propiedad

ajena, cuyo dolo es el de destruir una cosa ajena o menoscabar su valor, es decir, propósito de atentar contra el bien jurídico propiedad, tutelado en el Título IX del Código Penal.

Los sentenciadores añaden como hechos o circunstancias no contenidas en la acusación y a fin de sustentar la nueva nomenclatura jurídico-penal, el dolo directo o intención de matar del autor de los disparos -voluntad de destruir el bien jurídico vida humana autónoma- y la no producción del resultado lesivo por circunstancias ajenas a la voluntad del hechor.

A juicio de esta Sala, no sólo el ingrediente subjetivo indispensable para la configuración de un delito frustrado -dolo directo, según constante jurisprudencia de esta Corte (SCS 19008-17)- representa un hecho nuevo y sorpresivo para la defensa, atada a la descripción fáctica de la acusación, sino también el requisito objetivo exigido por el artículo 7º del Código Penal, cual es la no ocurrencia de la consumación pese a que al agente "ya no le queda nada por hacer", ha llevado a cabo *todos* los actos de ejecución. Nada dicen los magistrados en torno a esta exigencia legal, que permite diferenciar en nuestro Código a la frustración de la tentativa, no se alude a ningún elemento externo incluido en la acusación, que se haya interpuesto entre la acción que puso intencionalmente en marcha la ejecución -completa objetiva y subjetivamente- y la consumación, impidiéndola.

Décimo Quinto: Se ha resuelto que todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio de congruencia (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 20.05.2003, cit. en Pfeffer, p. 516). La situación descrita en este fallo es plenamente aplicable al caso de autos, como también sus consecuencias procesales.

Décimo Sexto: Que, en la especie, los hechos o circunstancias incorporados en la sentencia y no descritos en la acusación no son *normativamente accidentales* o *accesorios*, revisten, sin duda, alta relevancia normativa-típica, puesto que sin ellos la re-calificación no habría sido factible. En concepto de este tribunal, tales elementos fácticos nuevos, esenciales, sin cuya introducción el tipo penal elegido para sustituir al de la acusación simplemente no tiene existencia, lesionan la posición procesal de defensa o alteran su eficacia, frente a lo cual hay que asegurar un mecanismo de debate contradictorio para la introducción de esas modificaciones fácticas, incluyendo la posibilidad de la defensa de introducir prueba. (Del Río Ferretti, cit., p. 120)

Décimo Séptimo: Que, con el mérito de todo lo expuesto, se acoge la causal principal de nulidad, teniendo en cuenta que la exigencia de correlación entre los hechos de la acusación y la sentencia se entiende formar parte de la garantía del debido proceso legal, según se advirtió al inicio de este veredicto, garantía vulnerada en este caso, con influencia sustancial en lo decisivo de la sentencia cuestionada.

En consecuencia, no son necesarias mayores argumentaciones sobre los motivos subsidiarios del libelo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado [REDACTED] y en consecuencia, se invalida la sentencia de trece de septiembre de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió, en el proceso RIT N° 153-2019 RUC N° 1601138532-3, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller.

RoI N° 119.315-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., el Ministro Suplente Jorge Zepeda A., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el Ministro Sr. Brito y el Ministro Suplente Sr. Zepeda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal el primero y por haber concluido su período de suplencia el segundo.