Santiago, siete de mayo de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, por sentencia de ocho de marzo de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 1.901.375.114-8, RIT 75-2020, condenó a Dante Alexander Nicolás Torres Smith a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito frustrado de homicidio simple cometido en la persona de Eros Joel Orlando Prado Prado, el día 19 de diciembre de 2019 en la comuna de Coquimbo.

Adicionalmente se le condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, sorprendido en la misma fecha y lugar.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el cual se conoció en la audiencia pública de diecinueve de abril del presente año, oportunidad en la cual se recibió la prueba de audio ofrecida en el arbitrio, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

**Considerando:**

**Primero:** Que, el recurso de nulidad invoca, de manera principal, la causal contenida en la letra a), del artículo 373 del Código Procesal Penal. Expone el articulista que el Ministerio Público no dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 181 y 93 del código adjetivo, los cuales le imponen la obligación de registro, adecuado y completo, respecto de los actos de investigación.

VKHXXMKXTE

Afirma que, en audiencia de preparación de juicio oral, la defensa solicitó la exclusión de todos los testigos ofrecidos por el ente persecutor, basado en el derecho de la defensa para conocer, de manera íntegra, las declaraciones de los testigos y de los agentes policiales ofrecidos como prueba de cargo, puesto que en la carpeta de investigación fiscal no constaban dichas declaraciones concretas, apareciendo solo con ocasión del juicio oral, razón por la cual la testimonial no debió ser valorada por parte del tribunal, viéndose impedida la defensa de controlar la versión entregada en estrado.

Agrega que, frente a tal infracción de la garantía constitucional referida, la defensa se vio impedida de actuar de manera adecuada y de proteger los derechos de su representado, por lo que solicita anular el juicio y la sentencia recaída en él, excluyendo la prueba que precisa por haberse obtenido con infracción de garantías constitucionales.

**Segundo:** Que, de forma subsidiaria, funda su arbitrio en la causal de nulidad contemplada en la letra b), del artículo 373 del Código Procesal Penal, escindiendo la argumentación en dos capítulos. El primero, al considerar que los hechos de esta causa constituían un delito de homicidio simple en grado de desarrollo frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391, Nº 2 del Código Penal, dejando de aplicar la norma que correspondía aplicar en esta causa, a saber, el artículo 397, Nº 2 del código punitivo, debiendo haber calificado los hechos como constitutivos del delito de lesiones graves. Expone que, el tribunal realizó una descripción de hechos la cual no contiene mención alguna al ánimo de matar del hechor, también conocido como *animus necandi* y, muy por el contrario, lo que tiene por asentado es una conducta consistente en disparar un arma de fuego en contra de la víctima, causándole lesiones de carácter graves.

VKHXXMKXTE

El segundo capítulo de la causal subsidiaria se construye dado el rechazo de la sentencia de reconocer, en favor del acusado, la minorante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11, N° 6 del Código Penal, afirmando que no debe ser un obstáculo para el reconocimiento de la mentada morigerante el haber sido condenado en el año 2016 como autor de una falta.

Pide anular la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo que condene a su defendido, como autor de un delito de lesiones graves, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, mínimo y a las accesorias legales y, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego; o a la sanción que esta Corte determine, conforme a derecho.

**Tercero:** Que la sentencia impugnada, en su motivo sexto, tuvo por acreditado que, *"…el día 19 de diciembre de 2019, aproximadamente a las 18:00 horas, en la vía pública, en calle Juan Rodolfo Marín, sector San Juan, comuna de Coquimbo, el acusado Dante Alexander Nicolás Torres Smith, premunido de un arma de fuego apta para percutir proyectiles balísticos 9 milímetros, de la cual no tenía permiso para su porte y/o posesión, disparó al menos en cuatro oportunidades en contra de Eros Joel Orlando Prado Prado, en los momentos en que éste ingresaba y se posicionaba en el asiento del conductor del automóvil marca Toyota, modelo Corolla, placa patente única FTRY.33, quien fue impactado por dos de estos disparos en sus extremidades inferiores, causándole una herida por proyectil en rodilla derecha y otra herida por proyectil en muslo izquierdo, lesiones con un tiempo de incapacidad y sanación de entre 30 y 35 días, luego de lo cual el acusado huyó del lugar".*

VKHXXMKXTE

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito de homicidio contemplado en el artículo 391, N° 2 del Código Penal, en grado de frustrado, cometido en la persona de Eros Joel Orlando Prado Prado, y además de un delito de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 de la Ley de Control de Armas, con relación al literal b), del artículo 2 de la referida ley, en grado consumado.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló en su motivo séptimo que, *"…de acuerdo con las máximas de la experiencia, el empleo de un arma de fuego contra el cuerpo de una persona que se encuentra a una muy corta distancia, en forma casi segura ocasionará un serio daño en su integridad física, previéndose como muy posible un resultado como el de la muerte del afectado. El hecho de apuntar con un arma de fuego a la puerta del costado izquierdo de un vehículo, mientras la víctima ingresaba y se posicionaba en el asiento del conductor del automóvil, y disparar al menos en cuatro ocasiones en su contra a escasos metros, agota toda la conducta posible de quien comete un delito de homicidio y hace muy probable su consumación, la que en este caso no se verificó por causas ajenas e independientes de la voluntad de hechor, como lo fue la circunstancia de que la víctima se encontraba en movimiento, recién abriendo la puerta del conductor de su automóvil e ingresando a dicho asiento, quedando de manifiesto además que la conducta desplegada por la víctima de cerrar la puerta del conductor al percatarse que el hechor le estaba disparando con un arma de fuego a una distancia de 20 pasos del automóvil, y luego arrojarse sobre el asiento del copiloto, simulando estar muerto, también contribuyó a evitar que los proyectiles balísticos impactaran en alguno de sus órganos vitales y provocaran como consecuencia su muerte, sin que se lograra producir el resultado buscado por el hechor, basándose el reproche penal en el despliegue efectuado*

VKHXXMKXTE

*por el autor de la conducta típica en su totalidad, y no en el resultado producido, consistente en una herida por proyectil en rodilla derecha y otra herida por proyectil en muslo izquierdo al ser impactado por dos de los disparos, efectos y consecuencias que en definitiva no correspondieron a aquél querido y buscado por el hechor.*

*A su vez, lo afirmado por el acusado en orden a que sólo quería asustar a la víctima, y que por ello disparó hacia abajo, no encontró sustento alguno, sino que, por el contrario, fue refutado por la contundente prueba de cargo, principalmente con las fotografías del sitio del suceso, en las que se aprecian cuatro orificios causados por proyectiles balísticos en el costado de la puerta del conductor del vehículo, además de cuatro vainillas percutidas calibre 9 mm. ubicadas sobre la calzada, a escasos metros del referido vehículo.*

*Así las cosas, no es posible acoger la solicitud de la defensa de recalificar los hechos como constitutivos de un delito de lesiones, ya que tanto por la conducta desplegada por el acusado, como por el medio empleado, no cabe sino concluir que su actuar agotó todas las exigencias fácticas requeridas por el tipo penal del homicidio, haciendo muy probable su consumación, no verificándose como resultado la muerte de la víctima por causas ajenas a la voluntad del hechor, por lo que no cabe sino concluir que tales hechos son constitutivos de un delito frustrado de homicidio, en los términos descritos por el artículo 7° del Código Penal".*

Por su parte, el motivo decimotercero estableció que, *"…se rechazará la solicitud de la defensa de acoger en favor del acusado la atenuante contemplada en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, planteada en la etapa de determinación de pena, por cuanto en su extracto de filiación y antecedentes de adolescente registra una condena de fecha 23 de julio de 2014 como autor del*

VKHXXMKXTE

*delito de robo con violencia, y en su extracto de filiación y antecedentes de adulto registra una condena de fecha 10 de agosto de 2016 como autor de la falta de amenazas con arma en contexto de violencia intrafamiliar, del artículo 494 N° 4 del Código Penal, anotaciones que denotan claramente que su conducta anterior no ha sido irreprochable".*

**Cuarto:** Que, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la defensa de Torres Smith rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de pasajes de la prueba testimonial, la cual quedó en el registro de la audiencia.

**Quinto:** Que, en lo concerniente a la causal principal denunciada en el recurso de nulidad deducido por la defensa de Torres Smith, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

**Sexto:** Que, por la causal principal del arbitrio impetrado por Torres Smith, tal como se explicitó previamente, el recurrente reclama la infracción al debido

VKHXXMKXTE

proceso, pues el Ministerio Público, si bien ofreció como testigos al funcionario de Carabineros Jesús David Díaz Orellana y al funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile Jordan Araya Maldonado, el primero de los nombrados no recordaba haber declarado en sede fiscal y, del segundo, en la carpeta investigativa no consta su declaración, lo que se pudo acreditar con los pasajes de los testimonios de los mencionados funcionarios policiales. Precisa que se vio impedido de conocer, controlar y controvertir los dichos de los testigos, pues éstos no prestaron declaración durante la etapa investigativa en la presente causa.

**Séptimo:** Que, entonces, el cuestionamiento formulado en el recurso se circunscribe a la falta de registro de la declaración de los funcionarios policiales Díaz Orellana y Araya Maldonado ante el Ministerio Público y no con la falta de registro de la diligencia o labor que le correspondió realizar a éstos en función de la investigación; reduciéndose el conflicto a determinar si es obligatorio para el Ministerio Público tomar declaración a todos y cada uno de los testigos con que pretende justificar su pretensión en el juicio, bajo la premisa que si ello no acontece necesariamente se ocasiona una infracción al debido proceso, afectando con ello el derecho a defensa.

**Octavo:** Que, en función de lo expresado, basar una infracción de garantías en la falta de declaración de los funcionarios policiales resulta infundado, toda vez que dichos testigos concurrieron al juicio oral para dar cuenta de las actuaciones que realizaron y que han sido objeto de los informes del caso, de suerte que aunque Jesús David Díaz Orellana y Jordan Araya Maldonado no declararon formalmente ante el Ministerio Público, para la defensa no era desconocido lo que sería objeto del testimonio de dichos deponentes, al existir el debido registro de las actuaciones desplegadas por ellos durante la investigación, lo que descarta cualquier posibilidad de sorpresa en su relato.

VKHXXMKXTE

A mayor abundamiento, la impugnación que se formula en este capítulo deviene en una excesiva formalidad al pretender asilarse en una supuesta obligación del órgano persecutor de tomar declaración a todo testigo que pretenda presentar en juicio, siendo la falta de aquel presunto deber una afectación del derecho a defensa. Tal razonamiento resulta incompatible con la autonomía y desformalización con que los fiscales del Ministerio Público ejercen su labor en los casos que tienen a su cargo, según predican los artículos 2° y 6° de la Ley 19.640. A su turno, para que la falta de registro de un determinado testimonio pueda ser considerada una infracción de garantías es deber del impugnante demostrar cómo tal carencia afectó en forma concreta y sustancial el correcto derecho a defensa, lo que debe traducirse en una efectiva sorpresa que impidió el riguroso contraste del testimonio en el juicio ocasionando un trascendente perjuicio al recurrente, cuestión que en autos no es posible apreciar, dada la circunstancia de que al llevarse a cabo la audiencia preparatoria la defensa contaba con copia de la carpeta investigativa en la que aparecía lo actuado por los funcionarios y consecuencialmente cual sería el mérito del testimonio de cada uno de los policías cuestionados, lo que fluía de la sola vista de las piezas de la investigación en las cuales les correspondió participación, sea en las primerias diligencias desarrolladas al recibirse la noticia del delito o en las diligencias ordenadas particularizadamente por el fiscal a cargo de la instrucción, lo que permitió a la defensa desplegar de manera cabal su fundamental labor de control y preparar adecuadamente su estrategia. A mayor abundamiento, aparece que el vicio denunciado carece de trascendencia para arribar a la decisión de condena, toda vez que, tanto en el caso de Díaz Orellana como de Araya Maldonado, sus testimonios solo sirvieron de corroboración al testimonio otorgado en estrado por

VKHXXMKXTE

el ofendido Eros Prado Prado, lo cual resultó coherente con la restante prueba de cargo.

Por tal razón, no es posible sostener que en la especie se haya privado a la defensa de algún derecho, puesto que bien pudo preparar el contrainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos, aún a falta de una declaración formal de los mismos en la carpeta investigativa, motivo por el cual la causal principal de nulidad del arbitrio en análisis será desestimada.

**Noveno:** Que, en lo que dice relación con el primer capítulo de la motivación subsidiaria del recurso interpuesto por la defensa del acusado Torres Smith, hecha consistir en la errónea aplicación del artículo 391, N° 2 del Código Penal, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que —a diferencia del *a quo*— dirime los hechos en base a meras

VKHXXMKXTE

actas o registros —eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo—, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

**Décimo:** Que, en una misma línea argumentativa, resulta del todo relevante considerar que los sentenciadores del grado, para desestimar las alegaciones efectuadas por la defensa en orden a calificar jurídicamente el primer hecho como constitutivo del ilícito de lesiones graves, argumentaron que, el empleo de un arma de fuego contra el cuerpo de una persona que se encuentra a una muy corta distancia, en forma casi segura ocasionará un serio daño en su integridad física, previéndose como muy posible un resultado como el de la muerte del afectado, agotando toda la conducta posible de quien comete un delito de homicidio y hace muy probable su consumación. De la misma forma, desatendieron lo pedido por la defensa, ya que tanto la conducta desplegada por el acusado, como el medio empleado, permitieron concluir que su actuar agotó todas las exigencias fácticas requeridas por el tipo penal del homicidio, haciendo muy probable su consumación, no verificándose como resultado la muerte de la víctima por causas ajenas a la voluntad del hechor.

**Undécimo:** Que en estos autos, la defensa del acusado Torres Smith, a través de la infracción de ley subsidiariamente denunciada —artículo 391 N° 2 del Código Penal—, ha pretendido modificar los hechos que han sido establecidos por los juzgadores de la instancia, específicamente en aquel acápite relativo a la “intención de matar” que éstos dieron por acreditada respecto del referido encartado, pretensión que, como ya se dijo, no puede prosperar mediante la interposición de la causal en estudio, toda vez que tales circunstancias fácticas establecidas en el fallo impugnado resultan inamovibles para este Tribunal, en

VKHXXMKXTE

cuanto en la especie no se han referido como vulneradas los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, mediante la invocación de la causal de nulidad contemplada en el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, razón por la cual la circunstancia minorante será desestimada en este acápite.

**Duodécimo:** Que, en cuanto a la errada apreciación de la circunstancia atenuante, que la recurrente alega, en lo que respecta a la exclusión de la contemplada en el Nº 6, del artículo 11 del código punitivo, el fallo recurrido dio por acreditado que Dante Alexander Nicolás Torres Smith no gozaba de irreprochable conducta anterior considerando el extracto de filiación que se incorporó por el Fiscal en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, por lo que la pretensión de la recurrente altera los hechos que se dieron por establecidos, cuestión que resulta incompatible con la causal del artículo 373, letra b) del texto legal mencionado, que ha sido invocada, lo que lleva al rechazo del subcapítulo de nulidad propuesto.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Dante Alexander Nicolás Torres Smith, contra la sentencia dictada con fecha ocho de marzo de dos mil veintiuno, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en causa RUC 1.901.375.114-8 y RIT 75-2020, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, **no son nulos**.

**Se previene que el Ministro señor Llanos concurre al rechazo del recurso** por la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, pero no comparte el considerando octavo de la presente sentencia, teniendo para ello presente:

VKHXXMKXTE

**1°)** Que, la obligación de registro de las actuaciones de la investigación que imponen al Ministerio Público y a las Policías los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal —incluidas las de testigos que posteriormente declararán en el juicio oral— forman parte central del derecho de los imputados a conocer con detalle el hecho atribuido, de tal modo que la comparecencia en el juicio de testigos cuya declaración no fue consignada previamente atenta contra *"…la correcta comprensión del ejercicio del derecho a defensa del imputado y del debido proceso que conlleva como garantías mínimas el derecho a conocer en detalle la imputación y los elementos de cargo, así como el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo"* (SCS, Nº 5.116-2012, 5 de septiembre de 2012), derecho este último previsto en el artículo 330 del citado código; así como el derecho a dar lectura a las declaraciones anteriores para apoyo de memoria, con el fin de contrastar sus dichos con tales testimonios previos;

**2°)** Que, en la especie, la falta de registro de la declaración de los funcionarios policiales Díaz Orellana y Araya Maldonado ante el Ministerio Público, que declararon como testigos de la acusación en el juicio oral, sin embargo, no resulta suficiente para tener por configurada la causal de nulidad que se invoca por la defensa, por cuanto dicha omisión careció de la sustancialidad y trascendencia que exigen tanto la propia norma que la consagra, así como el artículo 375 del código procesal del ramo. En efecto, aun prescindiendo de dichos testimonios, igualmente era posible arribar a la convicción condenatoria en virtud de la restante prueba de cargo producida en el juicio y valorada libremente por el tribunal de la instancia.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm, y de la prevención, su autor.

Regístrese y devuélvase.

**Nº 21.784-2021.**

VKHXXMKXTE

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y las Abogadas Integrantes Sras. Pía Tavolari G., y Carolina Coppo D. No firman el Ministro Sr. Dahm y la Abogada Integrante Sra. Tavolari G., no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar haciendo uso de su feriado legal y la segunda ausente.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 07/05/2021 13:47:36

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 07/05/2021 13:47:37

CAROLINA ANDREA COPPO DIEZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 07/05/2021 13:47:37

VKHXXMKXTE

En Santiago, a siete de mayo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

VKHXXMKXTE