

RECALIFICACIÓN, CONGRUENCIA Y DERECHO A DEFENSA
COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN CAUSA
ROL N° 119315-2020

CAMILA GUERRERO MARTÍNEZ
Universidad de Chile

La prueba es definida como una actividad tendiente a desplegar mecanismos de corroboración acerca de los enunciados de un determinado caso y que “permite justificar las decisiones judiciales de cara a su ajuste a la verdad empírica respecto de los eventos que suscitan la necesidad de aplicación del derecho”¹. Sin embargo, dado que la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso penal pero no el único, se ha señalado que en todo sistema penal existirían tres tipos de valores. Siguiendo la conocida distinción de Laudan², podemos decir que estos se clasificarían en: (i) valores extra epistémicos; (ii) valores epistémicos nucleares; (iii) valores cuasi epistémicos. Dentro de los primeros, el autor refiere a las consideraciones de oportunidad, a la *preclusión acusatoria*, al *derecho a defensa* y en general a las relacionadas con el debido proceso, los derechos de los acusados, los vinculados con la transparencia, entre otros. Dentro de los segundos, se encuentran aquellos que buscan reducir o aminorar la posibilidad de un juicio erróneo, es decir, la condena de quien no cometió el delito o la absolución de quien sí lo hizo. A este tipo de valores Laudan refiere como los del núcleo duro de la epistemología jurídica, en tanto se interesan precisamente en cómo hacer para que estos errores sean tan improbables como lo permita la evidencia. Finalmente, los valores cuasi epistémicos, son referidos por el autor como aquellos en que el interés no está en la reducción de los errores, sino en su *distribución* de una manera particular. En este sentido, Laudan los denomina cuasi epistémicos, dado que, aunque se centran en el control del error, “sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error, sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor o menos aceptable, que otros”³.

¹ VALENZUELA, Jonatan, *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Rubicón Editores, 2017, p. 138.

² LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” [en línea] en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, 2005, ISSN 2386-4702. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar> [fecha de consulta: 7 de enero de 2021].

³ LAUDAN, ob. cit., p. 97.

Por su parte, para el ejercicio de ponderación entre las normas que integran el derecho probatorio y la búsqueda de la verdad en un sentido epistemológico, existen tres momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial⁴: (a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión, que se produce en la audiencia preparatoria; (b) la valoración de esos elementos, y (c) la adopción de la decisión. La discusión que nos convoca se enmarca en estos dos últimos momentos de la actividad probatoria (que se desarrollan durante el juicio oral) y nos lleva además a analizar algunos aspectos de los valores extra epistémicos y su impacto para la consecución de los valores epistémicos nucleares (epistemológica jurídica propiamente tal), teniendo a la vista, en último término, las implicancias o efectos que pueda tener el incumplimiento o la aplicación rígida de los anteriores en la distribución del error en tanto valor cuasi epistémico.

La sentencia en comento permite hacer un pequeño análisis de *lege lata* y *lege ferenda* al artículo 341 inciso final del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”) y su relación con el principio contradictorio, es decir, cuando se está frente a la posibilidad de recalificación durante la deliberación del tribunal oral en lo penal y se reabre la discusión a efectos de permitir un debate entre las partes. Particularmente, en lo que respecta a la posibilidad de volver a rendir la prueba o bien volver a examinar y contraexaminar la prueba ya ofrecida, pero que hubiere sido controvertida en virtud de una calificación jurídica contenida en la acusación y que es diversa de la sostenida por el tribunal oral en lo penal al momento de la deliberación. Según analizará, la Corte Suprema –adscribiendo a una reciente corriente jurisprudencial– determina que la única forma en que el derecho a defensa no hubiera sido vulnerado en hipótesis como la que el caso plantea, es que el tribunal *a quo* hubiere establecido un “mecanismo de debate contradictorio” sin explicitar en qué consistiría precisamente dicho mecanismo y de qué forma este debió haberse materializado. En mi opinión, esto nos lleva necesariamente a preguntarnos por la factibilidad de su implementación de *lege lata* o si derechamente se trata de una consideración de *lege ferenda*. En este último caso, no sin antes introducir modificaciones que permitan regular o flexibilizar la preclusión acusatoria contemplada en el artículo 259 CPP para efectos de poder ajustar el contenido probatorio en etapas posteriores, siempre y cuando se genere paralelamente el debido debate contradictorio que permita ejercer un derecho a defensa de manera eficaz. Por lo mismo, si se llegare a

⁴ FERRER, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana” en, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. IX N° 18, Cartagena, Colombia, Universidad de Cartagena, 2017, p. 154.

concluir que solo sería factible de *lege ferenda* la solución a la que arriba la Corte Suprema para los casos de recalificación en hipótesis de 341 inciso final CPP, a nivel de sistema, tendríamos que estar dispuestos a aceptar una distribución del error en términos tales que se optaría por el riesgo a la eventualidad de tener un mayor número de falsos negativos antes que vulnerar los valores extra epistémicos afectados, en tanto no se garantice que dicho mecanismo de debate contradictorio sea factible de realizar y tenga efectivamente un sustento normativo actual.

I. FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN CAUSA ROL N° 119315-2020

Con fecha 10 de diciembre de 2020 la Segunda Sala de la Corte Suprema (en adelante, “la corte”) anuló el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Colina (en adelante, “el tribunal”), que había recalificado los hechos, desde un delito de daños contenido en la acusación fiscal, a un delito de homicidio frustrado. Lo anterior, por haberse vulnerado el debido proceso e infringido el principio de congruencia contenido en el artículo 341 CPP.

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa de conformidad con la causal contenida en el artículo 373 a) del CPP, se fundaba en los siguientes argumentos:

(i) Que el juicio oral se siguió por el delito de daños simples, pero que, al recalificar por el delito de homicidio frustrado, el tribunal dispuso llamar a debatir sobre dicha circunstancia sin que se reabriera la audiencia para así poder controvertir con todas las garantías del derecho a defensa material;

(ii) Que, si se aceptara esta forma de proceder, la defensa no podría impugnar la prueba y la acusación, especialmente a través del contrainterrogatorio o de la declaración del imputado y/o de la aportación de prueba de descargo, lo que vulneraría la defensa material, ya que la sentencia se fundaría únicamente en el ejercicio de un contradictorio vinculado a elementos de un delito nuevo, no previsto en el ámbito de la preparación de la defensa técnica;

(iii) Que de no haberse llamado a la recalificación o si esta se hubiera hecho con la posibilidad de refutar la prueba de cargo, no se habría vulnerado el debido proceso y la libertad personal del imputado con la sentencia condenatoria.

Asimismo, argumentó en subsidio, las causales de los artículos 374 letra f) y 374 letra a) CPP. La primera por infracción del 341 CPP, indicando que, respecto de la recalificación por el delito de homicidio frustrado, el conocimiento referido a la existencia de al menos una persona al interior del vehículo al momento de

disparar el armar de fuego y el dolo entendido como intención de ocasionar la muerte, serían circunstancias que no estarían presentes en la acusación fiscal, por lo que el tribunal vulneró la norma referida, al haberlas dado por establecidas en la sentencia condenatoria. Respecto de la causal del 374 letra a) CPP (en relación con el 342 c) CPP la defensa argumentó una falta de corroboración e infracción al principio de la razón suficiente, dado que en el fallo no se exponen de manera lógica los hechos que se dan por acreditados y los medios de prueba que lo fundamentan, por lo que –en virtud del principio de la lógica– los hechos no podrían ser corroborados.

La Corte acoge el recurso de nulidad por la causal contemplada en el artículo 373 letra a) CPP. Parte señalando que el artículo 341 inciso final CPP contiene la regla de correlación entre imputación y fallo, que integra el derecho a defensa y que estos no se verían infringidos en los casos en que a los mismos hechos expuestos en la acusación se les ha dado una calificación jurídica distinta. Luego señala que si bien existió un *cumplimiento formal* a lo dispuesto por el artículo 341 por parte del tribunal *a quo*, al haber llamado a las partes para debatir sobre la recalificación del hecho punible, los sentenciadores estiman indispensable no detenerse por esta constatación en su análisis de la nulidad procesal alegada. Complementa este argumento con base en lo sostenido por la defensa en orden a que en la sentencia del tribunal *a quo*, para sustentar la nueva calificación jurídico penal de los hechos, habría incorporado una *circunstancia totalmente nueva*, constituida por *el elemento volitivo de querer dar muerte a las personas en el interior del vehículo*. Así, la Corte deja asentada la principal diferencia en cuanto al razonamiento del tribunal *a quo*, dado que estima que no se dejaron *incólumes* los hechos establecidos en la acusación del Ministerio Público.

Al profundizar el argumento de vulneración al principio de congruencia, la Corte refiere que en lo que respecta al acto de disparar contra el vehículo en el cual había una persona al interior, el Ministerio Público habría imputado el delito de daños en la propiedad ajena, cuyo dolo es el de destruir una cosa ajena o menoscabar su valor; mientras que los sentenciadores habrían añadido como hechos o circunstancias no contenidas en la acusación, el dolo directo o intención de matar por parte 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, agregando que no se aludiría tampoco en la acusación a ningún elemento externo que se haya interpuesto entre la acción que puso intencionalmente en marcha la ejecución –completa y objetivamente– y la consumación, impidiéndola. Por último, concluye que, dado que los hechos o circunstancias incorporados no son meramente accesorios o accidentales, sino que, de alta relevancia normativa típica, al tratarse de

elementos fácticos esenciales, se lesionaría la posición procesal de la defensa o alteraría su eficacia, por lo que se debió haber admitido la posibilidad de la defensa de introducir prueba, para efectos de haber podido asegurar un “mecanismo de debate contradictorio” (considerando 16^o)⁵.

Considero que la sentencia en comento es interesante en dos niveles de discusión. Por un lado, para determinar –en general– el alcance que deba darse a una de las excepciones al principio de congruencia contenido en el artículo 341 CPP inciso final, particularmente en lo que respecta a lo que deba entenderse por *deber de reabrir la discusión* y permitir a las partes *debatir sobre la recalificación* luego de la deliberación del tribunal. En este sentido, resulta crucial clarificar si el debate respecto de la recalificación jurídica es uno meramente formal o si admite –normativamente– la posibilidad de introducir prueba nueva para la defensa y/o volver efectuar un contraexamen de aquella prueba que fue controvertida previamente respecto del otro tipo penal, es decir, volver a discutir e impugnar el fondo y reabrir el caudal probatorio. En este último caso, se deberá determinar además si la referida introducción de prueba a través de una *instancia o mecanismo de debate contradictorio* puede efectivamente ser establecida por un tribunal oral en lo penal de *lege lata* o si se trata de una inconsistencia normativa únicamente subsanable de *lege ferenda*.

Por otro lado, y en un segundo nivel, la sentencia en comento también es interesante desde un punto de vista de relevancia normativa típica, para efectos de determinar si –específicamente– la discusión por el dolo del agente y sus indicadores en hipótesis de recalificación amerita la introducción de prueba nueva y/o el ejercicio de un nuevo contraexamen de los medios de prueba ya incorporados, en el marco de la realización de la referida instancia o mecanismo especialmente establecido. Esto último, en la hipótesis de que efectivamente existieren elementos *de facto* que, frente a la imputación por delito de daños contenida en acusación, no hubieren sido controvertidos por la defensa. Por ejemplo, en lo que respecta al conocimiento que pueda haber tenido el imputado, en relación con la existencia de una persona al interior del vehículo al momento en que este percutó los disparos con el arma de fuego.

⁵ Corte Suprema, 10.12.2020, rol N° 119315-2020, considerando 16^o: “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)”. Énfasis añadido.

Finalmente, y aunque no se menciona expresamente en la sentencia, podemos decir que a partir de la exigencia de intencionalidad que –sin ningún tipo de matiz– utiliza la corte para la construcción del dolo al referirse *in abstracto* al delito frustrado de homicidio, pareciera ser que esta abogaría por la tesis –aun– mayoritaria de la jurisprudencia, que sostiene que las formas de punibilidad correspondientes con un delito en grado de frustrado serían incompatibles con el dolo eventual como criterio de imputación subjetiva, de conformidad con el artículo 7° del Código Penal⁶. Una postura recientemente criticada por un sector de la doctrina⁷, pero que no será el elemento central de este comentario.

II. 1^{ER} NIVEL: OBJETO DEL PROCESO VS OBJETO DEL DEBATE ¿CUÁL ES EL ALCANCE ART. 341 CPP INCISO FINAL?

El argumento de la Corte para sustentar la vulneración al debido proceso por no haberse establecido un *mecanismo de debate contradictorio* se basa en el razonamiento y propuesta formulada por Del Río, referido a los alcances del deber de congruencia de la sentencia penal y el objeto del proceso⁸. Dadas las implicancias que tuvo este razonamiento en la sentencia en comento y en otra sentencia muy reciente de la Corte de fecha 9 de marzo de 2021⁹, considero importante relevar algunas consideraciones y distinciones que establece el

⁶ Particularmente por la exigencia de un “elemento volitivo de querer dar muerte a una persona” en la subsunción que realiza la Corte, en el marco de la construcción del tipo penal subjetivo respecto de la conducta desplegada por el imputado, consistente en percutar un arma –previa amenaza– contra un vehículo que en ese momento se encontraba a lo menos una persona en su interior.

⁷ MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N° 19008-17”, en *Revista de Estudios de la Justicia* [en línea], N° 27 (2017), pp. 171-182.

⁸ DEL RÍO, Carlos, “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 *Ius et Praxis* [online], vol. 14, N° 2 (2008), pp. 87-125.

⁹ Corte Suprema, 9.03.2021, rol N° 154667-2020. Considerando 18°: “*Decimotavo*: 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)”. Énfasis añadido.

referido autor, para luego intentar esbozar algunas implicancias de esta tendencia jurisprudencial.

El diagnóstico inicial que plantea Del Río es que la ley procesal chilena incurre en una grave imprevisión normativa, dado que al parecer “quisiera establecer un sistema rígido de preclusión acusatoria sobre la base de un acto acusatorio anterior al resultado probatorio, inmodificable, no actualizable a los resultados de la prueba”¹⁰. Lo anterior, salvo lo que él entiende como un restringido alcance del 341 CPP para la introducción de modificaciones previa advertencia del juzgador. Refuerza además con una crítica general al sistema chileno, señalando que la extrema rigidez en la regulación de la preclusión acusatoria, que tiene un único acto de acusación formulado antes de la práctica de la prueba y sin posibilidades de ajustar al resultado probatorio, “supone desconocer la técnica utilizada en ordenamientos técnicamente más afinados como el italiano, alemán o español, y con ello, lo peor de todo, se generaran situaciones de difícil resolución contrarios al espíritu general de la reforma procesal”¹¹.

Al respecto, sostiene que esta imprevisión normativa solo puede comprenderse a partir de un problema que ha manifestado la jurisprudencia y que se refiere a la necesidad de distinguir entre *objeto del proceso* y *objeto del debate*¹², ya que solo de esta forma se pueden separar claramente los hechos accidentales o accesorios de los esenciales. Por lo mismo, considera que la negación de este problema ha significado que en la práctica existan dos corrientes jurisprudenciales insatisfactorias que se han formulado a partir de lo que estas han entendido por hecho u objeto del proceso, frente a lo cual el autor plantea una alternativa distinta, cuyos efectos interpreto que solo podrían materializarse de *lege ferenda*. Veamos primero las respuestas jurisprudenciales insatisfactorias esbozadas por Del Río¹³:

a) Por un lado, se ha entendido que el deber de correlación se encuentra tan estrictamente formulado que cualquier modificación introducida en la sentencia, aun cuando sea ínfima, lesiona el deber de correlación de esta con la acusación inicial. Se trata de la opción que inicialmente se impuso en la doctrina jurisprudencial que se basaba en las *teorías naturales del hecho como objeto del proceso* y que –sobre la base de una preclusión acusatoria rígida– consideraba de manera extrema la correlación, esto es, la total inmodificabilidad (inmutabilidad) de

¹⁰ DEL RÍO, ob. cit., p. 117.

¹¹ DEL RÍO, ob. cit., p. 118.

¹² DEL RÍO, ob. cit., p. 118.

¹³ DEL RÍO, ob. cit., pp. 117-119.

los hechos de la acusación inicial. Lo anterior implicaba entonces que quedaba definida de forma incólume antes del juicio y esa delimitación operaba en forma absoluta. Agrega que con esta solución se produjeron “fallos aberrantes” como por ejemplo sentencias absolutorias por modificación en la ubicación temporal del hecho (error en una fecha), etc. Advierte además que en casos concretos una circunstancia histórico-natural puede tener relevancia ya no por su trascendencia para el objeto del proceso, sino en función del derecho de defensa, pero ello podría haber sido resuelto justamente a través de la técnica de configuración flexible y progresiva de la acusación con posibilidades de ampliación del debate y prueba durante el desarrollo del proceso (juicio oral).

b) Por otro lado, una segunda corriente jurisprudencial parte de la preclusión estricta del acto de la acusación del art. 259 CPP, pero no deja limitado de manera extrema al juez, al punto de llegar a las situaciones de pronunciar absoluciones por cambios de lugar, de tiempo o de modalidad comisiva, con todas las consecuencias que ello conlleva. Esta corriente echa mano a una *concepción normativa del hecho como objeto del proceso* y afirma que el juez se haya limitado por el hecho procesalmente relevante definido por el núcleo esencial del hecho y no por los fragmentos o circunstancias fácticas accesorias jurídicamente irrelevantes (accidentales) llegando a la conclusión de que los hechos o circunstancias accesorios pueden ser introducidos o modificados por el juez en la sentencia. En opinión de Del Río, esta corriente sigue siendo simplificada e imprecisa, ya que se llega a un criterio parcialmente correcto respecto del deber de correlación, pero olvida por completo que hechos accidentales y, por tanto, irrelevantes a efectos de objeto del proceso pueden tener importancia jurídico-penal, o sin ella, pueden ser importantes a efectos de la determinación del objeto del debate y de la eficacia del derecho a defensa. Por lo tanto, la introducción tardía de determinadas circunstancias o datos nuevos en la sentencia definitiva privaría a la defensa de ajustar su teoría del caso a los nuevos términos del objeto del debate con necesidad incluso de nueva prueba.

Por todo lo anterior, Del Río plantea que el punto clave para dilucidar la problemática reside en la determinación de en qué medida la introducción de hechos de carácter accidental o accesorios añadidos con relación al *objeto del proceso* y fines de correlación elude de forma palmaria la repercusión que el asunto puede tener con relación al *objeto del debate*, dado que puede en todo caso, afectar el derecho de defensa en cuanto a que la introducción intempestiva de elementos en la sentencia puede lesionar la posición jurídica de la defensa, es decir la eficacia y amplitud de la misma. Un ejemplo claro de este razonamiento recogido por Del Río, ya se vislumbraba en un voto de minoría del ministro Dolmetsch. En el año 2007 sostuvo en causa

rol N° 5415-2017 que al ser el derecho a defensa una garantía de un procedimiento racional y justo:

“(…) una de las manifestaciones de dicha garantía se expresa en la prohibición impuesta a los jueces de fundar su decisión de condena en hechos o circunstancias que excedan los términos de la acusación. La situación fáctica que ella describe es el objeto mismo de la imputación criminal, aquello que delimita el ámbito de la litis y respecto de lo cual deberá recaer la prueba del juicio y, en último término, aquello respecto de lo cual el imputado tiene derecho a ser oído. Esta regla, que se expresa en el principio de correlación entre acusación y sentencia en el caso en estudio se vulneró, pues la introducción de un dato nuevo en la decisión, como es el suministro de propanolol a la víctima, constituye un antecedente de relevancia que la defensa no pudo hacer frente ni cuestionar en el juicio oral, lo que a todas luces importa una lesión a dicho principio y, en consecuencia, una vulneración a la garantía constitucional alegada, lo cual es suficiente para acoger la nulidad solicitada”¹⁴.

Así las cosas, el razonamiento en el referido voto de minoría del año 2007 no refiere nada acerca de cómo debió haberse operado a efectos de evitar la vulneración al derecho a defensa en el caso concreto. A diferencia de lo anterior, la sentencia en comento introduce una eventual solución a partir de lo razonado por Del Río en torno a la aseguración –por parte del tribunal *a quo*– de que exista un mecanismo de debate contradictorio. El referido autor plantea la propuesta en los siguientes términos:

“los hechos siendo normativamente accesorios, y por lo tanto susceptibles de ser introducidos por el juez pueden lesionar la posición procesal de la defensa o alterar su eficacia [...] frente a lo cual habría que asegurar un *mecanismo de debate contradictorio* para la introducción de esas modificaciones fácticas [...] articulado por la posibilidad de ajustar la acusación al resultado probatorio con la consiguiente y correlativa oportunidad de la defensa de responder (refutar) y, en su caso, introducir nueva prueba, ya que se puede generar toda una línea nueva discusión”¹⁵.

A continuación, me referiré brevemente al razonamiento de segundo nivel formulado por la Corte, para luego finalizar con algunas reflexiones entorno a las consecuencias que derivarían de lo que se interprete a partir de un análisis conjunto de ambos niveles de discusión.

¹⁴ Corte Suprema 24.12.2007, rol N° 5415-2007.

¹⁵ DEL RÍO, ob. cit., p. 120, énfasis añadido.

III. 2º NIVEL: DOLO Y RECALIFICACIÓN

Según se señaló previamente, otro de los aspectos relevantes de la sentencia de la Corte, es que sostiene que los sentenciadores habrían añadido como hechos o circunstancias no contenidas en la acusación el dolo directo o la intención de matar al autor de los disparos (entendiendo a este como la voluntad de destruir el bien jurídico vida humana autónoma), y la no producción del resultado lesivo por circunstancias ajenas a la voluntad del hechor. En este sentido, sostuvo que no se aludiría en la acusación a ningún elemento externo que se haya interpuesto entre la acción que puso intencionalmente en marcha la ejecución –completa y objetivamente– y la consumación, impidiéndola. Por último, concluye que, dado que los hechos o circunstancias incorporados no son meramente accesorios o accidentales, sino que de *alta relevancia normativa típica*, al tratarse de elementos fácticos esenciales, se lesionaría la posición procesal de la defensa o alteraría su eficacia, vulnerándose además el principio de congruencia o deber de correlación.

Lo resuelto por la Corte se relaciona íntimamente con la determinación de los indicadores del dolo del agente y la concepción que se tenga de este, para el establecimiento de los límites a la recalificación. Por lo anterior y para efectos de poder referirme apropiadamente a lo formulado por la Corte, estimo relevante enunciar textualmente tanto los hechos contenidos en la acusación, como los que se tuvieron por establecidos por el Tribunal:

a) Hechos contenidos en la acusación

“El día 26 de noviembre del 2016, aproximadamente las 23.50 horas, en la intersección de calle Aconcagua con calle Reina Norte, comuna de Colina, el acusado J.C.M.C., apodado ‘El Melele’, *previas amenazas*, efectuó una cantidad indeterminada de disparos en contra de la camioneta PPU YU-1935, de H.O.A.G., recibiendo el vehículo 7 impactos de bala, *en momentos en que se encontraba al interior del vehículo M.A.A.M., C.E.G. 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” [énfasis añadido].

b) Hechos establecidos en la sentencia

“El día 26 de noviembre del 2016, aproximadamente las 23.50 horas, en la intersección de calle Aconcagua con calle Reina Norte, comuna de Colina, el acusado J.C.M.C., apodado ‘El Melele’, *previas amenazas*, efectuó una cantidad

indeterminada de disparos en contra de la camioneta PPU YU-1935, de H.O.A.G., recibiendo el vehículo 7 impactos de bala, *en momentos en que se encontraba al interior del vehículo M.A.A.M., C.E.G. 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 M.A.A.M., 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 M.A.A.M., se encontraba al interior de la camioneta Toyota Hilux, color verde, de propiedad de Haroldo O.A.H., 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 los artículos 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 M.A.A.M., ya que según se razonó, el dolo del agente iba dirigido a causar la muerte” [énfasis añadido].

Dijimos hace un momento que a partir de las concepciones que se han tenido acerca del hecho como objeto del proceso, habrían surgido dos tendencias jurisprudenciales: la primera de ellas, a partir de la teoría naturalista del hecho y la segunda con base en una visión normativa del hecho. A grandes rasgos y siguiendo nuevamente a Del Río¹⁶, la primera se funda en criterios espacio/temporales o criterios subjetivos (volitivos) y consideran que son objeto del proceso aquellos hechos consistentes en el simple acaecer histórico y la constatación de que el agente persigue un fin particular que se proyecta en una conducta material. Por su parte, la teoría normativa del hecho, en términos generales, estimaría necesario adoptar una visión del derecho penal sustantivo para así poder disponer de un criterio que permita identificar el hecho y medir su invariabilidad (o identidad) en todos los casos y –sobre todo– en aquellos

¹⁶ DEL RÍO, ob. cit., pp. 101-116.

en los que los criterios naturales resultaron ser insuficientes. Dentro de los criterios que consideraría esta postura doctrinal y jurisprudencial estaría el del *objeto normativo definido por la acción típica* y del *bien jurídico* protegido. El deber de correlación o congruencia se manifestaría en el primero de ellos cuando exista identidad normativa entre acusación y sentencia en términos de que exista al menos una coincidencia *parcial* entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia. Lo anterior, en opinión de Del Río, permitiría además que el hecho pueda estar compuesto por una diversidad de acciones naturales (distintos grados de perfección del delito) sin que esto afecte el deber de correlación¹⁷.

Sobre este punto, si bien la sentencia de la Corte utiliza el razonamiento de Del Río para salvar la discusión de *primer nivel* al exigir la instalación de un mecanismo de debate contradictorio por parte del tribunal oral en lo penal, al momento de abordar la discusión de *segundo nivel* referido al dolo del agente y la recalificación, pareciera ser que sustenta la vulneración del principio de congruencia o deber de correlación en una especie de teoría natural del hecho como objeto del proceso, confundiendo a mi juicio *objeto del proceso* con *objeto del debate*, a través de la introducción de criterios volitivos formulados con base en la finalidad perseguida por el agente. De un análisis superficial, es fácilmente posible advertir que tanto en la acusación como en la sentencia se menciona expresamente el hecho de que el agente, “previas amenazas” efectuó una cantidad indeterminada de disparos en contra de una camioneta, recibiendo el vehículo 7 impactos de bala, en momentos en que se encontraba al interior del vehículo M.A.A.M., C.E.G. y su hija de 2 meses de vida. Es decir, que, al percutar su arma de fuego contra un vehículo en distintas ocasiones, el hecho de que al interior de este se encontrara al menos una persona, era una circunstancia conocida por el sujeto. Aspecto distinto es el de la explicitación del carácter frustrado, dado que efectivamente no se hace referencia en la acusación de alguna circunstancia que impida la consumación del delito por causas independientes a la voluntad del agente. En cualquier caso, de haberse adscrito a una teoría normativa del objeto del proceso, esta circunstancia no debió ser relevante para la Corte, a efectos de entender por vulnerado el principio de congruencia, por haberse alterado el objeto del proceso.

Sin embargo, lo anterior no quita que la alteración al *objeto del debate* pueda configurar una vulneración al derecho a defensa producto de una recalificación sin la posibilidad de introducir prueba de descargo o sin poder volver a contraexaminar la prueba existente desde la óptica de una teoría del caso tendiente

¹⁷ DEL RÍO, ob. cit., p. 109.

a desacreditar la nueva calificación introducida por el tribunal, y que se produce cuando el tribunal *a quo* considera que estaría presente el dolo homicida del agente, en tanto representación de las circunstancias que hacen intencionalmente evitable la realización objetiva del tipo penal de homicidio.

Todo lo anterior refleja entonces, que al parecer la sentencia en comento se enmarcaría en una tercera corriente jurisprudencial que recoge expresamente el razonamiento formulado por Del Río en su considerando 16°, al igual que lo hace una sentencia posterior de la corte de fecha 9 de marzo de 2021¹⁸, recientemente dictada, pero solo en cuando a los alcances del primer nivel de análisis y presentaría por su parte algunas discrepancias o inconsistencias en un segundo nivel, en relación con la aplicación en concreto de lo que la corte entiende por objeto del proceso y por objeto del debate. Así, a modo de síntesis, es posible formular las siguientes consideraciones finales:

En primer lugar, pese a que la corte recoge la idea del referido autor en torno a la necesidad de establecer un mecanismo de debate contradictorio, en los casos en que el tribunal oral en lo penal quiera efectuar una calificación que afecte el derecho a defensa material; ninguna de las sentencias establece o esboza la forma en que debió haberse realizado el referido mecanismo de debate contradictorio o si este tiene sustento jurídico de *lege lata*. Esto me lleva a sostener la siguiente interpretación:

a) Que, en cualquier caso, a partir del razonamiento expuesto por Del Río pareciera ser que esta es una solución de *lege ferenda* por prevalencia de valores cuasi epistémicos del proceso penal de forma prioritaria a la búsqueda de la verdad en el proceso penal, ya que es justamente esta postura doctrinal, la que sostiene que existiría una *imprevisión normativa*, conclusión que no es matizada o revertida por la corte al momento de anular la sentencia y el juicio que le antecede.

b) Que esta imprevisión normativa hace necesario reflexionar en torno a la eventual regulación de la preclusión acusatoria para efectos de que se permita actualizar la misma en el curso del juicio oral (especialmente según el resultado probatorio), siempre y cuando se disponga además de oportunidades procesales finales para la ampliación del debate y prueba nueva entre los intervinientes.

c) Que, de ser esta interpretación efectiva, entenderíamos entonces que en estos casos existiría una decisión política institucional de la Corte, para distribuir el error en términos tales que al asumir una postura rígida de la preclusión acusatoria como filtro de valor extra-epistémico, se estaría adoptando un criterio que pueda eventualmente llevar a un potencial incremento de falsos negativos,

¹⁸ Corte Suprema, 9.03.2021, rol N° 154667-2020.

cuando en el proceso deliberativo el tribunal oral en lo penal pretenda recalificar en general, prevaleciendo de esta manera el derecho a defensa como garantía y valor extra epistémico adicional mientras no exista un cambio normativo de *lege ferenda*.

En segundo lugar, que aun existen imprecisiones o indefiniciones por parte de la corte en relación con el núcleo del objeto del proceso, para luego sobre esa base poder distinguir adecuadamente el problema de la correlación y objeto del proceso, por un lado, y el debate contradictorio y objeto del debate, por otro. Lo anterior, ya que es justamente debido a estas indefiniciones para establecer los contornos y límites entre ambas dimensiones, la que lleva a seguir incorporando elementos que restringen o anulan definitivamente la posibilidad de que el tribunal oral en lo penal pueda en definitiva ejercer la facultad contemplada en el artículo 341 CPP inciso final. Asimismo, podemos decir además que:

a) Aun cuando la Corte pareciera adscribir a una noción normativa del hecho que es objeto del proceso, termina utilizando un criterio volitivo propio de las teorías naturalistas para sustentar la vulneración al deber de correlación, confundiendo a mi juicio lo que es el *objeto del proceso* del *objeto del debate*.

b) La determinación puntual del dolo del agente a través de los distintos indicadores que puedan acreditarse en juicio sustentaría en mi opinión la posibilidad de que el tribunal oral en lo penal pueda decidir reabrir el debate para discutir la calificación jurídica del hecho, en uso de la facultad contemplada en el artículo 341 inciso final CPP.

c) Sin embargo, pese a que no se afecte el deber de correlación, se dejaría abierta la interrogante de que pueda verse afectado el derecho a defensa eficaz, por verse modificado el objeto del debate, lo que podría sustentar una vulneración al debido proceso bajo la óptica de afectación al derecho a defensa.

En tercer lugar, si lo planteado en supra 1 y 2 es considerado como una interpretación válida, entonces la postura de Del Río, –asumida por la Corte– es que la anulación de la sentencia y del juicio que le antecede solo podría ser evitado en caso de que el tribunal oral en lo penal prevea la instauración de un *mecanismo de debate contradictorio* al momento de reabrir el debate. Así, por todo lo anteriormente expuesto:

a) La duda que queda entonces es si es posible que de *lege lata* se sustente dicha posibilidad con base en alguna norma del CPP. Ante el silencio de la Corte en este sentido una opción sería brindar una interpretación amplia del artículo 336 CPP en relación con el 341 inciso final CPP, autorizándose por el tribunal la recepción de prueba no ofrecida oportunamente, justificando que el desconocimiento de su existencia se debería a que la recalificación jurídica supone que algunos elementos sin relevancia típica respecto del delito anterior ahora pasen a tenerla sobre la base de la nueva discusión que el tribunal oral

inicia, generándose de esta forma la necesidad de introducir elementos probatorios que antes no revestían tal calidad

b) Si lo anterior no se considera factible, entonces la única interpretación posible sería la de asumir que efectivamente se está frente a una imprevisión normativa, y que el mecanismo de debate contradictorio solo sería posible de instaurarse de *lege ferenda*, siempre y cuando vaya de la mano de una modificación normativa tendiente a flexibilizar la rigidez del artículo 259 CPP que contiene la preclusión acusatoria. Todo lo anterior, en el marco de un respeto irrestricto al derecho a defensa, al debido proceso, y en general al principio contradictorio del proceso penal.

5. CORTE SUPREMA DERECHO PROCESAL PENAL

Delito de daños y homicidio frustrado. Recalificación de los hechos. Hechos o circunstancias incorporados en la sentencia y no descritos en la acusación no son normativamente accidentales o accesorios. Elementos fácticos nuevos lesionan la posición procesal de defensa o alteran su eficacia. Vulneración del debido proceso.

HECHOS

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, previa recalificación de los hechos, dicta sentencia condenatoria por el delito de daños, homicidio simple frustrado y porte ilegal de arma de fuego. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte Suprema acoge el recurso deducido, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *119315-2020, de 10 de diciembre de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Juan Morales Cárdenas*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Zepeda A. y Abogado Integrante Jorge Lagos G.*

DOCTRINA

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 del Código Procesal Penal. 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”. 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. 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 la Sala, no sólo el ingrediente subjetivo indispensable para la configuración de un delito frustrado –dolo directo, según constante jurisprudencia del Máximo Tribunal– 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 7° 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. 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). Luego, 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, garantía vulnerada en este caso, con influencia sustancial en lo decisivo de la sentencia cuestionada (considerandos 12° a 17° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CI/JUR/164468/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 341 del Código Procesal Penal.