

Santiago, veintidós de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En los antecedentes RUC N° 2100558435-0, RIT N° 327-2023, del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, se dictó sentencia el veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés, por la que se condenó a **Leonel Alejandro Contreras Canales**, a sufrir una pena de **doce (12) años** de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales, como autor del **delito consumado de homicidio simple**, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, cometido en la persona de Valeria Vivanco Carú.

El Tribunal, dispuso el cumplimiento efectivo de la sanción corporal impuesta.

En contra del referido fallo, la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública de dos de febrero último, disponiéndose la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en el recurso de nulidad en estudio se invoca como causal principal, la contenida 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 hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*, por cuanto estima que, en el pronunciamiento de la sentencia, se ha infringido sustancialmente la garantía del debido proceso, toda vez que se valoró la declaración de un testigo de identidad desconocida o bajo



reserva (individualizado en el auto de apertura, como prueba testimonial de los acusadores N° 4, “TESTIGO RESERVADO SEXO MASCULINO”) sin cumplir con las exigencias que tanto la Constitución como los Tratados Internacionales establecen para su utilización. Infringiendo con ello los artículos 1, 5, 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y artículos 5, 9, 70, 93 letra e), 181, 307 y 308 del Código Procesal Penal.

Indica que, el legislador, para cautelar el principio de contradicción y la igualdad de armas -elementos esenciales de un debido proceso- en el artículo 93 e) del Código Procesal Penal, le asegura al imputado el derecho a *“Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare”*; por su parte, el inciso segundo del artículo 182 del mismo código, le reconoce al imputado el derecho a *“examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal”*; y, el artículo 260 del mismo cuerpo de normas, le impone al Ministerio Público la obligación de entregarle al acusado *“copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación”*. Finalmente, para garantizar el derecho del imputado a conocer en forma íntegra y oportuna las piezas de cargo en que se funda la imputación penal, el artículo 181, inciso primero, del Código Procesal Penal, establece la obligación del Ministerio Público de *“consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación*



de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones”.

En dicho contexto, estima que la figura del testigo con reserva de identidad, afecta los derechos establecidos en las normas precedentemente citadas, atentando en contra de las garantías de un procedimiento racional y justo, a lo que se agrega la circunstancia de que el Código Procesal Penal, no contiene ninguna norma específica que regule la reserva de la identidad de los testigos, puesto que, tal como consta de la historia de la ley, la prohibición de la divulgación de dicha identidad, fue desestimada por el Congreso -a diferencia de lo que ocurre en la Ley N° 18.314 y 20.000- consagrando en los artículos 307 y 308 del referido código, resguardos respecto de la identidad de testigos, las que estima, no resultan aplicables al presente caso.

Continúa señalando que, el Ministerio Público, desde el inicio de la investigación, como durante la prosecución del juicio, impidió a la defensa conocer la identidad del “TESTIGO RESERVADO SEXO MASCULINO N° 4”, dando sólo a conocer sus J.F.C.A., contraviniendo con ello lo dispuesto en los artículos 93 e) y 181 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 307 y 308 del mismo cuerpo legal, así como sus artículos 5, 6 y 70, toda vez que, con dicha reserva se atentó en contra de las garantías mínimas establecidas para el acusado en un proceso criminal, viéndose primordialmente afectados la garantía de la igualdad de posiciones y la posibilidad de confrontar o contradecir la prueba de cargo sin limitación alguna.



Agrega que, dicho testigo reservado, declaró al menos tres veces durante la etapa de investigación, en las que se evidenció un cambio en la sindicación del origen del disparo, por cuanto el día de los hechos, señaló categóricamente que el disparo provino del vehículo Kia Rio blanco, en cambio posteriormente afirmó que ello no fue así y, que, “sintió” el disparo cuando un funcionario policial, que se encontraba ubicado detrás de la subinspectora Vivanco Carú (diferiendo en el sexo del mismo, por cuanto en la declaración mientras ante el OS9 declara que era una mujer, ante LABOCAR señala que era un hombre) apuntó con su arma de fuego al Kia Rio blanco.

Expone que la declaración de dicho testigo resultaba fundamental para acreditar la participación de su representado, puesto que, luego del vuelco de su testimonio, fue el único que situó a un funcionario de sexo masculino detrás de la víctima al momento del disparo y, conocer su identidad, resultaba indispensable para ahondar respecto de la modificación de su relato e incluso para cuestionar su credibilidad en general, impidiéndose también, conocer el contenido de la prueba, dentro del cual, se encuentra la identidad de la testimonial. Vulnerando con ello sustancialmente el derecho a conocer el contenido de la investigación contemplado en el artículo 93 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 181 del mismo cuerpo legal, que dispone expresamente que dentro del “contenido” de la investigación se encuentra la identificación de los testigos del hecho investigado y la consignación de sus declaraciones.

Finalmente, sostiene que si el Tribunal no hubiese valorado dicha declaración, se habría arribado a una decisión de absolución o, en el peor de los casos, se hubiese dictado un veredicto condenatorio por un cuasidelito de



homicidio por cuanto si bien se presentaron siete pericias que dieron cuenta que el proyectil que dio muerte a Vivanco Carú, salió del arma de su representado, el único testigo que lo ubica detrás de la víctima en posición de tiro, es el reservado.

SEGUNDO: Que, como primera causal subsidiaria de nulidad, la defensa, dedujo la contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra d) y 36 del mismo cuerpo de normas.

Indica que, en sus alegatos de clausura, sostuvo que, en el evento de arribarse a un veredicto condenatorio, el hecho sólo podía ser calificado como un homicidio culposo, planteado en forma principal una culpa sin representación o culpa inconsciente y, en subsidio, alegó culpa con representación, sin embargo, los sentenciadores del grado, solo se hicieron cargo de esta última, sin dar argumentos para desestimar la existencia de culpa inconsciente, lo que impidió a la defensa cuestionar la valoración o ponderación de dichas razones, lo que le hubiese permitido, incluso, llegar a la conclusión, que efectivamente su acción fue culposa, pero sin representación, con la ostensible disminución en la penalidad que ello conlleva.

Agrega que lo mismo acontece con la solicitud de absolución de su representado, basada en la imposibilidad de la ejecución del hecho por parte del acusado, atendida la relación entre la capacidad de carga de municiones del arma que portaba y aquellas entregadas, refiriéndose únicamente a otras alegaciones de la defensa relativas a la tesis absolutoria, sin permitir con ello que la defensa pueda cuestionar si dicha valoración respetaba o no las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia,



impidiendo que se pudiese arribar a un veredicto absolutorio, al no acreditarse, más allá de toda duda razonable, la participación de su representado en el hecho.

TERCERO: Que, como segundo motivo subsidiario de nulidad, dedujo la causal contemplada en la letra e) del artículo 374, en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, por no contener la sentencia una valoración completa de los medios de prueba acompañados por la defensa.

Precisa que, sí bien el legislador no exige una transcripción íntegra de las declaraciones de testigos y peritos, sí exige una valoración completa, clara y lógica de ellas para los efectos de justificar cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o adversos al acusado.

Al respecto alega que la única declaración que el tribunal no reprodujo en la sentencia fue la del testigo de la defensa, Mauricio Contreras Canales -hermano del acusado-y que, si bien ello no representa un vicio constitutivo de nulidad en sí mismo, lo cierto es que lo único que señala el tribunal respecto de dicha declaración que duró cerca de dos horas, es que su hermano le indicó que no había disparado ningún arma de fuego y que no observó a ninguno de los dos ocupantes del Kia Río con armas, lo que si bien es efectivo, no fue lo único que el deponente relató, sino que también entregó antecedentes objetivos que dicen relación con la solicitud subsidiaria de la defensa de recalificación de los hechos, los que específicamente se refieren a la toma lateralizada del arma y sus implicancias, así como a la insuficiente formación policial en el manejo de armas que proporciona la Policía de Investigaciones, las que no fueron valoradas por el tribunal



Indica que algo similar acontece con el testigo de la defensa Javier Campos Morales, funcionario de la Policía de Investigaciones que tomó la declaración del testigo masculino reservado el día de los hechos, la que si bien fue reproducida en la sentencia, no fue valorada completamente, recogiendo sólo aquellas circunstancias desfavorables al acusado, en orden a que el testigo reservado al que le tomó declaración el funcionario, señaló en la misma que intuyó que el disparo provino de los ocupantes del vehículo Kia Rio, pretiriendo subrepticamente valorar aquellas circunstancias favorables al acusado, que el mismo testigo respondió al tribunal en al menos dos oportunidades, esto es, que el testigo protegido masculino le dijo al funcionario, que el disparo provino desde el interior del automóvil Kia Rio.

Indica que de haberse valorado la prueba en su totalidad, se hubiese arribado a una sentencia absolutoria o, a lo sumo, a una condena por cuasidelito de homicidio

CUARTO: Que, como tercer motivo subsidiario de nulidad, se invocó aquel previsto en la letra e) del artículo 374, en relación con el artículo 342 letra c), parte final, del Código Procesal Penal y 297 del mismo cuerpo legal, por haber contravenido el fallo las reglas de la lógica, específicamente el principio de razón suficiente y el de no contradicción.

Sostiene que se infringió el principio de razón suficiente en dos momentos, el primero en la explicación que proporciona la sentencia respecto de que el perito Juan Indo no se haya registrado en la cadena de custodia de la NUE 818863. Al respecto indica el recurrente, que dicho profesional participó en una pericia colegiada de comparación balística entre las NUE 818863 y la NUE 6392531 y



que la defensa cuestionó que dicho perito realmente haya accedido a la primera de las NUE, por cuanto el experto no registró el examen de dicha evidencia en la cadena de custodia de la NUE y que, si bien en la sentencia se reconoce que el perito Indo no aparece en la cadena de custodia referida, afirma que de ello no se puede inferir que el perito no accedió a la evidencia en cuestión, entregando como fundamento para aquello, que prestó declaración habiendo prestado juramento. Estima el recurrente que ello resulta insuficiente, puesto que dicha afirmación carece absolutamente de razón suficiente, por cuanto todos los peritos juran o prometen decir la verdad, por lo que malamente puede erigirse como razón vinculante para una conclusión lógica. Estima que agrava la falta de razón suficiente el hecho que el propio tribunal en su sentencia consigna la premisa de un perito de la prueba de cargo, Juan Paillalef, que afirma de manera categórica justamente lo contrario, es decir, que si un perito no se registra en la NUE, significa en principio que no accedió a la evidencia en cuestión, o al menos, que no la revisó conforme a la obligación de registro de la cadena de custodia.

El segundo momento en que se atentó en contra del principio de razón suficiente, estima que se produjo cuando el tribunal explica cuál es la razón por la cual el proyectil p5 que contenía material genético de la víctima, presentaba una deformación evidente, desestimando las alegaciones de la defensa en orden a que ellas tenían como causa el impacto con un muro (causa extracorpórea), que daba lugar a una trayectoria de disparo incompatible con que su autor haya sido Contreras Canales. Señala que el tribunal atribuye la deformidad al paso por una vértebra y un cartílago de la víctima, tal como lo habría señalado la perito doctora Vivian Bustos; sin embargo, dicha profesional no sostuvo aquello, sino que indicó



que la deformación podía deberse tanto a una causa intracorpórea como a una extracorpórea, con el mismo grado de probabilidad. Por lo que carecería, en ese aspecto, la sentencia de fundamento suficiente de validez y, en consecuencia de un razonamiento concordante y verdadero.

En lo que se refiere a la contravención del principio de no contradicción, estima el recurrente que se presenta, primeramente, en relación a la ubicación del proyectil con material genético de la víctima, por cuanto el tribunal establece dos premisas contradictorias, por una parte, desestima la alegación de la defensa de que el lugar en el que fue encontrado es incompatible con la trayectoria balística atribuida a Contreras, pero por otra parte señala que no se tiene certeza del recorrido del proyectil una vez que sale desde el cuerpo de la víctima, ya que pudo haber impactado con un vehículo antes de terminar en el lugar en el que fue encontrado. Indica la defensa que dicha contradicción implicaría que los dos enunciados serían falsos y, por ende, falsa también la conclusión de que el lugar en el que fue encontrado el proyectil es compatible con la trayectoria que tomó el proyectil que se dice disparó el sentenciado.

Agrega la defensa que la segunda oportunidad en la que se vulneró al principio de no contradicción se produjo al valorar el testimonio del testigo masculino reservado con relación a la reconstitución de escena. Precisa el recurrente que la declaración proporcionada por este testigo en dicha diligencia fue la única respecto de la cual no se dejó registro grabado y que así quedó consignado en la sentencia; sin embargo, en el fallo se sostiene que se apreció el video de dicha diligencia, la declaración del testigo reservado, lo que resulta



imposible. De este modo, resultando dichas afirmaciones contradictorias, sería falsa la conclusión de la credibilidad del testigo.

QUINTO: Que, como cuarta causal subsidiaria de nulidad, la defensa del acusado deduce la contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esta es, *“Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*, con relación con los artículos 1, 68, 391 N° 2 y 490 N° 1 del Código Penal.

Refiere que los sentenciadores concluyeron que el acusado obró con dolo eventual, tal como se advierte del considerando “décimotercero” del fallo recurrido, el que señala que: *“No podríamos sostener que Leonel Contreras bajó del auto con la intención positiva de dar muerte a Valeria Vivanco. De haber sido así, habría actuado con la intención positiva de darle muerte. Con dolo directo. No es el caso, pues conforme a la prueba rendida, bajó del mismo con el propósito de controlar un vehículo que habían interceptado. Para lo cual, habiendo desenfundado su arma y teniéndola preparada para el disparo, la percutió en tales condiciones que en criterio del tribunal, actuó con lo dolo eventual en la muerte de su compañera. Su actuar estaba orientado a lograr determinada consecuencia que era detener a los ocupantes del vehículo. Para ello, disparó su arma -acción respecto de cuya necesidad ya se dirá lo pertinente- sin detenerse ante la posibilidad cierta de que el disparo atravesara el cuerpo de quien estaba delante suyo y a corta distancia. Vale decir, estando en condiciones de representarse aquello, lo aceptó, sin detenerse, demostrando con eso que asumió ese resultado y sin embargo dio curso a su acción”*.(SIC).



Sostiene que, tal como da cuenta la prueba acompañada por la defensa, la relación entre el acusado y la víctima se extendía más allá de lo laboral, la que si bien no puede ser catalogada como una relación de amistad, si mostraba luces de un acentuado compañerismo, lo que unido a que fue el propio acusado el que solicitó cooperación por radio una vez que Vivanco Carú recibe el proyectil, ayudó en su traslado conteniendo su herida y la entró en sus brazos al recinto hospitalario, resulta posible sostener que de haber previsto la muerte de su compañera como cierto, su representado no hubiese ejecutado el disparo.

Estima que se une a ello el hecho de que los propios sentenciadores reconocen que el acusado se bajó del vehículo institucional manteniendo el arma en una posición lateralizada, en la que se pierde el punto de mira y el alza, lo que impide fijar un objetivo en el disparo (a diferencia de la posición isósceles) y que el disparo fue percutido por el acusado al momento en que los sujetos se encontraban huyendo del lugar, todo lo cual da cuenta que el acusado no obró con dolo eventual, por lo que la muerte de la subinspectora Vivanco sólo se le puede imputar subjetivamente a título culposo, ya que no estaba ni siquiera en condiciones de representarse un resultado homicida producto de su actuar, y como corolario de lo anterior, malamente pudo haber aceptado en su voluntad dicho resultado como algo probable y no obstante ello actuar.

Alega que, en concreto, se trata de un caso de culpa con representación y no doloso (eventual) como estima la judicatura de instancia y que, de dicho criterio equivocado respecto a la aceptación del hecho, se llega a una calificación jurídica desacertada, que, finalmente, tiene como corolario el vicio de nulidad invocado.



Razona que la errónea aplicación en concreto se genera, puesto que el tribunal confunde el concepto de representación con aceptación, aseverando que, porque el resultado era previsible y el encartado se representó la situación, necesariamente obró con dolo eventual.

En consecuencia, estima que si bien el tribunal se inclina por la teoría de la voluntad y, en concreto, por la teoría positiva del consentimiento, para delimitar entre dolo eventual y culpa, lo cierto, es que en el desarrollo de los antecedentes en base a los cuales afirma el dolo, queda en evidencia que lejos de poner el acento en el elemento volitivo como dicha teoría demanda, lo hace en todo momento, en el elemento cognoscitivo (conocimiento), lo que resulta contrario al desarrollo dogmático y jurisprudencial de esta teoría. Concluyendo que de haberse interpretado correctamente las normas en juego, los juzgadores del grado hubieran calificado el hecho probado como una figura subsumible en el artículo 490 N°1 del Código Penal.

SEXTO: Que, como último motivo subsidiario de nulidad, se invocó aquel previsto en el artículo 373, letra b), Código Procesal Penal, la que se hace consistir en la errónea aplicación de los artículos 11 N° 7, 11 N° 10 y 68 del Código Penal.

Respecto de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 7 del estatuto punitivo, sostiene que yerra el tribunal al rechazar su concurrencia al estimar que la circunstancia de pedir ayuda y cargar a la víctima en brazos le eran exigibles, atendido el contexto en el que se desarrollaron los hechos, en presencia de dos funcionarios más, uno de los cuales con rango de jefatura, lo que a su juicio,



implica que, de estimarse así, dicha minorante de responsabilidad, quedaría sin aplicación respecto de los funcionarios policiales.

Señala que, para configurar la minorante en comento debe existir una actitud celosa de reparar el mal causado, sin importar que la reparación sea incompleta o que las ulteriores perniciosas consecuencias no consigan impedirse en todo o parte, ya que la ley se contenta con la exteriorización efectiva (llamadas de auxilio y traslado en brazos al Hospital) de un propósito serio, mas no reclama resultados exitosos, lo que controvierte las exigencias que invoca el tribunal de un resultado que hubiere evitado la muerte de la víctima y, además que haya una suerte de exigibilidad en el obrar con celo una vez consumado el injusto para los funcionarios policiales, exigencias que, a su parecer, no encuentran fundamento dogmático alguno.

Expone, en cuanto a la minorante del artículo 11 N° 10, del citado texto legal, que el tribunal la rechaza, confundiendo el querer (dolo) con el desear (intención final). Estima que el agente puede realizar los elementos del tipo dolosamente (es decir, quererlos), pero eso no excluye que su “intención” no haya sido su realización, sino una distinta. Precisa que, de los propios hechos que se tuvieron por acreditados, se advierte que la intención del acusado era interceptar a un vehículo sospechoso de estar involucrado en un homicidio (es decir, obrar por celo de la justicia), no obstante lo cual, la forma exagerada de su actuar lo llevó a la comisión del hecho típico y antijurídico, aunque ello no haya sido su intención directa.

SÉPTIMO: Que, respecto de cada una de las causales de nulidad esgrimidas, finaliza su recurso solicitando:



1. Que, el Tribunal Ad-Quem acoja el presente recurso, ya sea por la causal invocada en forma principal o por alguna de las causales invocadas en forma subsidiaria.

2. Que, conforme a lo establecido en el artículo 386 del Código Procesal Penal, de acogerse la causal invocada en forma principal, anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado, excluyendo expresamente del mismo la declaración del “TESTIGO RESERVADO SEXO MASCULINO N° 4” (prueba testimonial N° 4 fiscalía y querellantes), y que (fruto de la teoría del árbol envenado) ningún testigo ni perito pueda referirse a su declaración, por haber sido obtenida, producida y rendida con infracción al debido proceso (exclusión temática).

3. Que, conforme a lo establecido en el artículo 386 del Código Procesal Penal, de acogerse la primera, segunda o tercera causal subsidiaria, anule el juicio oral y la sentencia, señalándose el estado en que debe quedar el proceso, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

4. Que, conforme a lo establecido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, en caso de acogerse la cuarta causal subsidiaria, proceda el Tribunal de alzada a anular sólo la sentencia dictada en aquella parte en que condenó a mi defendido como autor del delito de homicidio simple con dolo eventual, por concurrir los errores señalados en los fundamentos del recurso en la aplicación del derecho, que influyó de manera sustancial en lo dispositivo del fallo; configurándose la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 1, 68, 391 N° 2 y 490 N° 1 del Código Penal, y



dicte, sin nueva audiencia –pero separadamente– la respectiva sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, condenando a mi defendido como autor de cuasidelito de homicidio, a la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, y que dicha punición se tenga por cumplida por el mayor tiempo que ha permanecido privado de libertad con motivo de esta causa.

5. Que, conforme a lo establecido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, en caso de acogerse la quinta causal subsidiaria, proceda el Tribunal de alzada a anular sólo la sentencia dictada en aquella parte en que condenó a mi defendido como autor del delito de homicidio simple sin considerar las circunstancias atenuantes de los artículos 11 N° 7 y 11 N° 10, por concurrir los errores señalados en los fundamentos del recurso en la aplicación del derecho, que influyó de manera sustancial en lo dispositivo del fallo; configurándose la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 11 N° 7, 11 N° 10 y 68 del Código Penal, y dicte, sin nueva audiencia –pero separadamente– la respectiva sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, condenando a mi defendido como autor de homicidio simple, pero reconociendo una o ambas atenuantes erróneamente rechazadas, a la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, o la pena que S.S. Excma. considere conforme a derecho dentro del grado.

OCTAVO: Que, para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la tercera causal subsidiaria de nulidad alegada, la defensa rindió en la oportunidad procesal correspondiente, como prueba los registros de audio de la audiencia de juicio oral correspondientes la declaración del testigo Mauricio Contreras Canales; minuto 1:08:25 al minuto 1:09:19; minuto 1:10:51 al minuto



1:11:22; y minuto 1:14:38 al minuto 1:14:57; minuto 18:45 al minuto 24:17; y minuto 26:55 al minuto 27:53 y la declaración del testigo Javier Campos Morales minuto 02:36 al minuto 02:53; y minuto 07:03 al minuto 07:32.

NOVENO: Que, previo al análisis del arbitrio deducido en autos, es preciso señalar que los hechos que se han tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo octavo de la sentencia que se impugna, son los siguientes:

“Que el día 13 de junio de 2021 cerca de las 15:30 horas aproximadamente, los funcionarios de la Brigada de Homicidios Metropolitana de la Policía de Investigaciones de Chile, Subcomisario Felipe Gallardo Araya, Subinspectora Valeria Vivanco Carú; Subinspectora Maria Norambuena Urra y el Detective Leonel Contreras Canales, efectuaban diligencias propias de su especialidad a bordo del vehículo Marca Kia modelo Morning PPU KCDH40, en la comuna de La Granja, lugar en el cual observaron el vehículo marca Kia modelo Rio 5 color Blanco PPU KYDY28, tripulado por dos personas y que podría estar relacionado con un delito de homicidio ocurrido en la comuna de Puente Alto. Ante dicha situación, le efectuaron un seguimiento por varias calles de la comuna hasta que decidieron efectuar un control de identidad a sus ocupantes en la intersección de calle Santo Tomas con Las Parcelas, comuna de La Granja. En dichas circunstancias el oficial Gallardo que conducía el vehículo, se interpone delante del vehículo que fiscalizarían de forma diagonal, tratando de impedir que dicho automóvil pudiera seguir avanzando. Ante ello, la Subinspectora Valeria Vivanco desciende desde el asiento del copiloto en que se encontraba y lo mismo hace el Detective Contreras Canales que iba sentado como pasajero tras ella, ambos con sus placas identificatorias y sus armas de servicio desenfundadas y empuñadas,



solicitando que los ocupantes del vehículo descendieran para efectuar el control de identidad respectivo. En dichas circunstancias el conductor del vehículo fiscalizado acelera intempestivamente para huir del lugar, momento en el cual sin existir amenaza real o peligro inminente para la seguridad de alguno de los funcionarios policiales o sin que existiera causa o motivo suficiente, el Detective Leonel Contreras Canales, procedió a efectuar un disparo con su pistola fiscal impactando a la Subinspectora Valeria Vivanco Carú, quien resultó lesionada en su zona torácica con entrada y salida de proyectil, lesiones que posteriormente le causaron la muerte. (Sic)

DÉCIMO: Que, en lo que respecta al cuarto motivo subsidiario de nulidad invocado por la defensa del acusado, esto es, aquel previsto en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, consistente en la errónea aplicación de los artículos 2, 390 y 490 N° 1 del Código Penal, es preciso señalar que de la lectura de los fundamentos del reclamo en estudio, se colige que lo cuestionado por la defensa es la imposibilidad de configurar en la especie el delito de homicidio, toda vez que el hecho acreditado en el considerando séptimo de la sentencia en revisión, da cuenta de un delito culposo, en el que concurre la culpa con representación y no de uno doloso como se estimó.

UNDÉCIMO: Que, sobre el particular *–la calificación jurídica del hecho acreditado–*, es preciso señalar que los sentenciadores del grado, en el motivo “décimotercero” del fallo en revisión, sostuvieron que:

“Que el dolo es un elemento subjetivo, elemento psíquico del delito y este caso no es la excepción. Para determinarlo habrá que examinar las acciones que en el mundo físico ejecutó el acusado, relacionarlas, valorarlas y concluir e ese



respecto, cual es la relación de su voluntad con el resultado. No podríamos sostener que Leonel Contreras bajó del auto con la intención positiva de dar muerte a Valeria Vivanco. De haber sido así, habría actuado con la intención positiva de darle muerte. Con dolo directo. No es el caso, pues conforme a la prueba rendida, bajó del mismo con el propósito de controlar un vehículo que habían interceptado. Para lo cual, habiendo desenfundado su arma y teniéndola preparada para el disparo, la percutió en tales condiciones que en criterio del tribunal, actuó con dolo eventual en la muerte de su compañera. Su actuar estaba orientado a lograr determinada consecuencia que era detener a los ocupantes del vehículo. Para ello, disparó su arma -acción respecto de cuya necesidad ya se dirá lo pertinente- sin detenerse ante la posibilidad cierta de que el disparo atravesara el cuerpo de quien estaba delante suyo y a corta distancia. Vale decir, estando en condiciones de representarse aquello, lo aceptó, sin detenerse, demostrando con eso que asumió ese resultado y sin embargo dio curso a su acción. Dadas las probanzas incorporadas respecto a la ubicación de ambos bajo el vehículo, no pudo dejar de apreciar y representantarse que en su línea de tiro, estaba Valeria Vivanco, quien permanecía en posición policial sin hacer movimientos. Valeria no estaba yendo de un lado a otro por delante de Contreras, no se atravesó de manera imprevista. Tal como se acreditó, por sus ubicaciones espaciales, él la estaba viendo sin dificultades y sin embargo disparó. La modalidad de disparo que usaba generalmente era de manera lateralizada, ladeando el arma hacia un costado, como quedó acreditado y suficientemente explicado. El arma que usaba Contreras posee un punto de mira y un alza, que son elementos destinados a finar el blanco al que se dirige. Ello cuando el disparo



se hace en posición isósceles, empuñando el arma con ambas manos y a la altura del pecho, observando a través de esos puntos el objetivo. Pero si se toma el arma de la manera lateralizada como lo hizo Contreras se pierden esas referencias y no puede fijar el objetivo. Ese tipo de disparo no es el que se usa, según lo señalaron los propios instructores del acusado, en una situación como la que nos ocupa, pues está permitida para cuando se realiza un allanamiento o una redada. Ello es algo que no podía escapar de su conocimiento, como tampoco podía escapar de su conocimiento que al disparar empuñando el arma de esa manera, perdía el punto de mira y el alza, puesto que había cursado los tres años previos que le permitían servir la labor de detective y sus antecedentes curriculares, contenidos en varios de los documentos incorporados, dan cuenta de un alumno con buenas calificaciones. Quienes fueron sus profesores dieron cuenta de su buen desempeño y tanto así que obtuvo la primera antigüedad, vale decir, sus notas fueron las mejores entre sus compañeros. Por tanto, debido a que la estaba viendo delante de él y debido a que tenía una preparación de excelencia en materia de tiro, no pudo sino representarse que su acción tendría como resultado la muerte de Vivanco y sin embargo aceptó tal resultado. Lo que implica que su dolo fue eventual, en lo términos antes indicados, el que para los efectos de la pena no hace diferencia alguna". (SIC)

DUODÉCIMO: Que, en esta parte conviene recordar que, definir si en una determinada conducta el agente obra o no conociendo y queriendo el resultado derivado de su acción u omisión, como paso previo a calificar la misma conducta como dolosa, culposa, o carente de culpabilidad -en conjunto a los demás aspectos volitivos que es necesario considerar para zanjar tal cuestión-, constituye



un asunto de hecho que deben resolver los sentenciadores conforme a la valoración que realicen soberanamente de la prueba en el juicio.

Esta Corte así lo ha declarado, reconociendo que los elementos antes mencionados del dolo -cognitivo y volitivo- deben ser objeto de prueba y acreditación en el juicio (SSCS Rol N° 5003-2008 de 23 de abril de 2009, Rol N° 3970-2008 de 2 de julio de 2009 y Rol N° 7315-2015 de 14 de diciembre de 2015), siendo la prueba del dolo –en cuanto se lo concibe como *“un conglomerado de hechos internos”*- una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, *“se encuentra en la cabeza del autor”* o, como puntualiza Schewe, se basa en *“vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”*, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso (Ragués i Vallés. El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, 2002, p. 190).

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la praxis para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni la confesión auto inculpatória del imputado, sino la llamada prueba indiciaria o circunstancial, plasmada en los denominados *“juicios de inferencia”* (Ragués i Vallés, cit., p. 238).

Por su parte, el tratadista Pérez del Valle afirma que *“la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente*



vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación, se requiere una inferencia a partir de datos exteriores” (RDP, 1994, p. 413).

DÉCIMO TERCERO: Que, en la especie y, tal como consta en el considerando “décimotercero”, del fallo recurrido, que se refiere al dolo, los sentenciadores llevaron adelante el reseñado “*juicio de inferencia*” a partir de las diversas circunstancias de hecho que fueron fijando y concatenando sucesivamente y que pasaron a conformar un cúmulo de prueba indiciaria o circunstancial que condujo a dicho juicio, esto es, que el acusado realizó una acción idónea para provocar la muerte de la víctima, es decir, basaron su razonamiento, más bien en el resultado alcanzado, lo que no permite, por sí solo tener por configurado el delito que se le atribuye, tal como se analizará a continuación.

DÉCIMO CUARTO: Que, como ha sostenido antes esta Corte (SCS N° 16.945-2021, de 05 de mayo de 2021), “la demarcación entre dolo y culpa no presenta mayores dificultades cuando lo que se intente sea diferenciar al dolo directo (conocer y querer la realización del tipo) de la culpa (consciente o inconsciente); mientras aquél expresa una voluntad dirigida contra los bienes jurídicos ajenos, la culpa es expresiva de una escasa consideración (falta de respeto) para con dichos bienes, en el sentido que el autor, bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta (culpa inconsciente), bien limitándose a pensar en dicho peligro, continúa su acción con ligereza (culpa consciente). En estos casos, de todos modos, el autor no quiere (ni acepta como



inevitable) la violación de la norma contenida en el tipo penal. El querer o no querer la realización del tipo se presenta así como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente ("La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", Zugaldía Espinar, A.D.P.C.P., 1986, p. 396; Mir, Santiago. Adiciones de Derecho Español a la obra de Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1981, tomo I, p. 429)".

Al respecto, cabe señalar que el dolo eventual, se presenta cuando las consecuencias lesivas inherentes a un determinado comportamiento doloso aparecen, como meramente posibles, no como un evento seguro, habiéndose representado el sujeto su probable ocurrencia y seguido adelante con su acción, no importándole lo que ocurra, así el dolo eventual se halla integrado por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo, puesto que representa un conocer y un querer la realización del injusto típico.

La preponderancia de cada uno de estos elementos es afirmada por las denominadas "*teoría de la representación*" y "*teoría de la voluntad*", respectivamente.

La opción en favor de una u otra teoría, parece irrelevante, en tanto que ambas posiciones reconocen, en principio, que en el dolo ha de concurrir tanto el conocimiento cuanto la voluntad. Pero, en determinados casos límite, en el seno del dolo eventual, el problema asume un significado práctico inmediato: para los partidarios de la teoría de la representación, el factor decisivo para determinar si existe dolo o imprudencia se halla en el conocimiento, mientras que, para los partidarios de la teoría de la voluntad, se sitúa en el querer del agente. (Cobo del



Rosal-Vives, Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, p. 621). En su "*segunda fórmula*", Frank sostiene que hay dolo cuando el autor actúa en todo caso, a todo evento, diciéndose "*sucedá así o de otra manera, en cualquier caso continúo adelante con mi acción*". La categoría de dolo eventual concurre, según la teoría del consentimiento o asentimiento -la más aceptada tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina alemana y española (Díaz, op. cit., p. 176) - en la medida que el sujeto se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar y, pese a ello, actúa, asumiéndolas. Así, la mera representación del resultado es insuficiente para calificar de dolosa la conducta del autor; por cuanto el dolo requiere, necesariamente, de un momento volitivo. El sujeto que obra con dolo eventual no busca intencionalmente el resultado lesivo, pero se lo representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia. "*Si el autor decidió actuar a toda costa, con independencia de que el evento ocurriese o no, entonces hay dolo*" (Cobo del Rosal-Vives, op. cit., p. 628).

De acuerdo con esta doctrina mayoritaria, representativa de una posición volitiva, debe ponerse el acento en un elemento emocional. Si acaso el hechor aprueba el evento no pretendido, hay dolo eventual; si, en cambio, livianamente, con un injustificado optimismo, ha actuado con la confianza de que todo va a salir bien, habrá sólo culpa consciente (Politoff, op. cit., p. 366).

En el mismo sentido, esta Corte, en el pronunciamiento Rol N° 36.665-2019, de 24 de enero de 2023, ha sostenido que para que el actuar del hechor sea calificado como constitutivo de dolo eventual, resulta indispensable que éste acepte el daño grave que se prevé se ocasionará al ofendido con su acción.



DÉCIMO QUINTO: Que, en el caso sub judice, se debe partir por poner el acento en que la sentencia recurrida afirma -en su considerando décimotercero- que el delito investigado se ejecutó de manera dolosa y que el autor, dentro del marco conceptual descrito, obró con dolo eventual.

Para ello tuvo en consideración que Contreras Canales si bien bajó del vehículo policial con la intención de controlar el automóvil que habían interceptado, desenfundando su arma que estaba preparada para el disparo y la percutió, no se detuvo ante la posibilidad cierta de que el disparo atravesara el cuerpo de la persona que estaba delante suyo y a corta distancia, entendiendo los sentenciadores que, estando el acusado en condiciones de representarse ello, lo aceptó, sin detenerse, asumiendo su resultado y dando curso a la acción. Para ello estimaron que, conforme a la prueba rendida, el acusado no podía dejar de apreciar y representarse que Valeria Vivanco se encontraba en su línea de tiro, en posición policial, sin movimientos.

Agrega el fallo recurrido que, además de poder ver a la víctima sin dificultades, utilizó el arma en forma lateralizada, no pudiendo escapar de su conocimiento - atendida su formación académica y sus antecedentes curriculares -que al utilizarla de aquella forma, perdía el punto de mira y el alza, de modo que no podía menos que representarse que su acción tendría como resultado la muerte de Vivanco y que, pese a ello, lo aceptó, estimándose en base a ello que pudo representarse las consecuencias que dicha acción podría acarrear.

Lo anterior entonces, conlleva el estudio de los hechos y circunstancias asentados en el fallo en relación con la voluntad y conocimiento con que el



acusado llevó adelante la conducta que se le atribuye, para discernir si aquellos se subsumen correctamente en la categoría en estudio.

DÉCIMO SEXTO: Que, de la lectura de los hechos que se dieron por establecidos en autos, los que resultan inamovibles para este Tribunal en atención a la naturaleza del motivo de nulidad en análisis –por el que se persigue únicamente modificar la calificación jurídica efectuada por los juzgadores de la instancia, sin alterar las hipótesis fácticas fijadas por aquellos-, se desprende que la conducta atribuida al acusado fue la de haber efectuado un disparo con su pistola fiscal impactando a la Subinspectora Valeria Vivanco Carú quien resultó lesionada en su zona torácica con entrada y salida de proyectil -lesiones que posteriormente le causaron la muerte- durante un procedimiento policial, sin que existiera amenaza real o peligro inminente para la seguridad de alguno de los funcionarios policiales o sin que existiera causa o motivo suficiente.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este estado de las cosas, resulta indispensable, para determinar si Contreras Canales obró con dolo eventual o con culpa con representación, establecer si éste aceptó o no el daño grave que se prevé que se ocasionará al ofendido con su acción.

Precisamente en ello se basa la causal de nulidad en estudio y es, en lo que yerra la sentencia en revisión, toda vez que al establecer la existencia del dolo eventual mediante indicios cuyas inferencias son los hechos acreditados en el juicio oral, omitió reflexionar acerca de si al actor se representó la posibilidad del resultado y lo aceptó como tal mediante una clara e inequívoca voluntad realizadora dolosa contenida en la conducta, no siendo suficiente para ello esquemas meramente presuntivos del tribunal.



De esta forma, el fallo estima que la situación de riesgo no permitido, percutir un arma de forma lateralizada, pese a que la víctima se encontraba en su línea de tiro, constituye injustificadamente el peligro creado por el agente y lo valora como consciente aceptación del riesgo relevante, configurando de esa forma la tipicidad dolosa eventual, que llevo a dictar veredicto condenatorio en su contra como autor del delito de homicidio.

DÉCIMO OCTAVO: Que, sin embargo, para justificar la razón de punibilidad del dolo eventual, debe estar acreditada clara y suficientemente la realización del hecho típico -querer dar muerte a otro en este caso- cuando el agente se representa concretamente tal realización, como consecuencia probable de su propia conducta y acepta su verificación, mantenimiento por este último aspecto el concepto tradicional de aceptación, pero en todo caso, debe tratarse de aceptación no solo de lo no permitido, sino concretamente de aceptación del hecho delictivo.

Pues bien, de los hechos asentados por los juzgadores del grado –ya latamente analizados en el presente fallo- no es posible colegir que el acusado haya querido y aceptado la posibilidad de producción del resultado dañoso, teniendo en especial consideración el contexto en el que se desarrollaron los hechos, en medio de un operativo policial tendiente a lograr la fiscalización de un vehículo en cuyo interior circulaban personas que estaban relacionados con la comisión de un delito, los que huyen del control policial, dándose a la fuga, momentos en los que el acusado, que se encontraba en posesión de su arma de servicio, de forma lateralizada pero en condiciones de ser disparada, lo hace, hechos de los cuales, conforme a la prueba rendida y a diferencia de lo sostenido



por el fallo recurrido, no puede concluirse inequívocamente que Contreras Canales pudo representarse y aceptar el resultado dañoso que resultaría como consecuencia de su acción, ello no solo por los breves instantes en que transcurrieron los hechos, sino también por la conducta del agente desplegada con posterioridad al acaecimiento de ellos, solicitando ayuda y prestando los auxilios pertinentes para tratar de salvar la vida de su compañera de funciones, lo que demuestra que si bien pudo representarse el resultado de su acción, de haber sabido las consecuencias que éste traería, habría desistido de su realización.

Así, no aparece antecedente alguno encaminado a establecer que haya existido de parte del acusado la intención positiva de dañar a la funcionaria Vivanco; asimismo cabe descartar la posibilidad de un dolo eventual, por no existir elementos de juicio que lleven a esa conclusión y, además, por cuanto no resulta racional estimar que hayan actuado de ese modo, de haberse representado como posible la muerte de aquella a consecuencias de su actuar, sin que le importara que ello ocurriera, resulta más ajustado a la razón concluir que, aun de haberse representado la posibilidad de que sus actos imprudentes podrían causar algún daño a la víctima, desechó totalmente esa posibilidad, incurriendo en culpa con representación.

Como ya se adelantó, no es suficiente para el surgimiento de la categoría de dolo en análisis, y conforme a las teorías volitivas, la representación del resultado lesivo previsible, como posible evento ligado causalmente a la acción emprendida, sino que a ello debe añadirse como plus subjetivo esencial, la conformidad con ese resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber



detenido; en otras palabras - y como lo señalara Frank en su conocida “segunda fórmula”- el sujeto se dice a sí mismo, “*sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo*”; por ende, quien obra con dolo eventual renuncia a su posibilidad de detenerse en el curso desplegado y evitar de este modo la previsible -y prevista- lesión del objeto jurídico puesto en peligro; al agente no le importan las consecuencias lesivas de su proceder, aceptando que sobrevengan. Así, no es posible afirmar la concurrencia de dolo eventual si lo que ha sido objeto de prueba sólo arroja dudas acerca de la intimidad psíquica del acusado.

De aquello se desprende entonces que no puede sostenerse o darse por acreditado que el victimario aceptó la consecuencia dañosa de su actuar, por lo que al no haberse configurado dicha aceptación, se impone considerar que hay culpa con representación del agente, la que debe ser castigada en consecuencia.

DÉCIMO NOVENO: Que, conviene aquí aclarar que, si bien los jueces fijan como un hecho demostrado la aceptación del resultado antijurídico -suceso fáctico que por ende no puede ser preterido por esta Corte-, ello no tiene mayor relevancia si previamente no estableció como evento igualmente acreditado la representación efectiva de ese resultado como consecuencia de su actuar, en el que pudiera recaer dicha aceptación, sino sólo que tenía la posibilidad de haberlo previsto y que, por ende, debió haberlo ~~previsto~~ hacerlo, por cuanto, la previsibilidad del resultado, para poder configurar el dolo eventual, debe ser efectiva y no basta la mera posibilidad de haberla tenido.

VIGÉSIMO: Que, entonces, las circunstancias de hecho fijadas en el fallo y las conclusiones que de ellas han derivado los sentenciadores, no dan cuenta de que el acusado haya actuado con dolo eventual, al no establecer por concurrente



una representación efectiva, y no sólo potencial, del posible resultado típico más grave de su actuar ilícito -la muerte de la ofendida-, por lo que únicamente puede ser sancionado a título culposo -como lo persigue el recurrente- conforme a la figura del artículo 490 N° 1 del Código Penal, por lo que los jueces del grado han incurrido en error en la aplicación de la norma recién citada como así de aquella que tipifica el delito de homicidio al calificar de esta forma los hechos objeto de la condena.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por lo antes expuesto y razonado, se acogerá la cuarta causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal invocada en el recurso de nulidad por la errónea aplicación de los artículos 391 N° 2 y 490 N°1 del Código Penal, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, defecto relativo sólo a la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, dado lo antes concluido y de conformidad al artículo 384, inciso 2°, del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento respecto de la restantes causales de nulidad que motivaron el arbitrio deducido por la defensa de la acusada.

Por estas consideraciones y de acuerdo, también, a lo establecido en los artículos 372, 373 letras a) y b), 374 letra e) 376 y 385 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **Leonel Alejandro Contreras Canales** y **se anula** la sentencia de veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés, dictada en la causa RIT N° 327-2023, RUC N°



2100558435-0 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, procediéndose a continuación a dictar, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Redacción a cargo del Ministro señor Manuel Antonio Valderrama Rebolledo.

Regístrese.

Rol N° 250.819-2023.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Manuel Antonio Valderrama R., las Ministras Sras. María Teresa Letelier R., María Cristina Gajardo H., y los Ministros Suplentes Sr. Juan Manuel Muñoz P., y Sra. Eliana Quezada M. No firma la Ministra Sra. Gajardo y la Ministra suplente Sra. Quezada, no obstante haber estado en la vista y en el acuerdo del fallo, por estar haciendo uso de su feriado legal y haber culminado su periodo de suplencia respectivamente.





En Santiago, a veintidós de febrero de dos mil veinticuatro, 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.

