

I. Derecho penal (parte general)

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

Homicidio. Violaciones a los derechos humanos. Hipótesis para la configuración de la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro. Necesidad del elemento subjetivo de la alevosía. Encartado que no tuvo jamás el control de la acción propio del autor directo. Calificante de la alevosía no es comunicable

HECHOS

Querellantes interponen recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado que condenó al acusado como autor del ilícito de homicidio simple. La Corte Suprema rechaza, con voto de disidencia, el recurso de casación en el fondo deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recursos de casación en el fondo (rechazado).*

ROL: *8647-2018, de 24 de febrero de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Luis Meza Brito.*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O. y Sr. Juan Muñoz P.*

DOCTRINA

El alcance del artículo 391 N° 1 del Código Penal, esto es, la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro, como lo ha sostenido invariablemente la Corte Suprema, existe cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido; consiste en actuar creando o aprovechándose directamente de las oportunidades materiales que eviten el riesgo a la persona del autor. En el mismo sentido anteriormente expresado lo ha entendido la doctrina, en cuanto se ha estimado que la alevosía se presenta cuando “al momento de cometer el hecho, el autor se encuentre sin riesgo para sí (...) lo decisivo es el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima” –Matus-Ramírez–. Lo relevante para los efectos de determinar si el acusado Meza Brito actuó o no con alevosía en los hechos que se le imputan, consiste en determinar si en base a tal atribución fáctica, es posible colegir que haya sido éste quien se aprovechó o creó un estado de indefensión en

la víctima. Lo anterior, por cuanto el elemento subjetivo de la alevosía –el ánimo alevoso– implica necesariamente que debe ser el agente quien “debe tener el ánimo de buscar o procurar intencionalmente la obtención de aquellas condiciones especiales favorables para concretar el delito (...) que consiste en la voluntad consciente de la muerte y además de la circunstancia concreta de que ésta se ejecuta a través de la agresión que elimina las posibilidades de defensa” –Rodrigo Medina Jara– (considerandos 6° a 8° de la sentencia de la Corte Suprema). Del mérito de autos se desprende que el encartado no tuvo jamás el control de la acción propio del autor directo –pues su responsabilidad penal fue determinada teniendo presente su rol de jefe de patrulla y por la omisión de cumplimiento de su deber de evitar que los soldados a su cargo pusieren en riesgo la vida del afectado–. La alevosía consiste en “obrar a traición o sobre seguro”, siendo una agravante que sólo perjudica a quien “obró”, esto es, a quien realizó la acción descrita en el tipo penal, el agente o sujeto activo de la conducta punible. En este caso, los sentenciadores han dejado en claro que el condenado no fue quien obró, sino que lo hicieron otros individuos, de quienes era su superior. Así, no siendo comunicable la calificante de la alevosía, de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal, mal podría concluirse que el condenado actuó a sobre seguro, lo que descarta que estemos en presencia, a su respecto, de un delito de homicidio calificado. En definitiva, no se puede más que coincidir con la correcta subsunción que de los hechos acreditados efectuó en el tipo penal del artículo 391 N° 2° del Código Penal el fallo impugnado, de lo que se sigue necesariamente que se ha calificado en forma correcta el delito por el cual fue condenado el recurrente y, por consiguiente, no ha existido la errónea aplicación del derecho que le imputa al fallo en cuestión (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/101709/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 64, 391 N°s. 1 y 2 del Código Penal.

ALEVOSÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA

JOSÉ LUIS CORTÉS ZEPEDA¹
Pontificia Universidad Católica de Chile

Entre las dimensiones del fallo que son relevantes desde el prisma del derecho penal, estas líneas se concentran en aquella que dice relación con el alcance de los efectos de la alevosía en hipótesis de intervención de pluralidad de sujetos². El razonamiento pertinente de la sentencia puede resumirse en tres afirmaciones: (i) la modalidad de intervención del acusado, acreditada por el juez de la instancia, supone que la alevosía no concurre en el acusado, sino en otros intervinientes (los que efectuaron los disparos); (ii) la alevosía está sujeta a la regla del artículo 64 inciso 2º del Código Penal, por lo que tiene un “carácter netamente subjetivo” y recibe aplicación “sólo respecto de quien concurren, no siendo por ende, comunicables a quienes carecieren de tal conocimiento” (considerando 10º); y, por lo tanto, (iii) el efecto de alevosía no alcanza al acusado y la calificación de los hechos como homicidio simple es correcta. A primera vista, podría parecer que el voto de minoría entabla con la sentencia un diálogo de sordos: fundamenta su posición favorable a acoger los recursos de casación, justificando la configuración de la alevosía, cuestión que la sentencia pareciera no negar. Sin embargo, en realidad, los razonamientos divergen desde el inicio, puesto que el disidente considera que el acusado obró personalmente con alevosía, lo explica que no realice alusiones al problema de la extensión de sus efectos entre los intervinientes en el hecho.

Las reflexiones que siguen principiarán por revisar algunas consideraciones generales relativas a la alevosía en el ordenamiento jurídico-penal chileno, como paso necesario para identificar y analizar las reglas llamadas a recibir aplicación, para finalmente concentrarse en lo que parece ser el centro del problema: el elemento subjetivo de la alevosía. Ello obligará a analizar el contenido de la alevosía, lo que dejará en condiciones de efectuar comentarios a la sentencia que da pie a este trabajo.

¹ Becario Conicyt Pfccha/Doctorado Nacional 2018-21180291.

² Otros aspectos de interés que ofrece el fallo, que no serán tratados, sino tangencialmente, son el alcance de la alevosía (y de las circunstancias modificatorias en general) respecto de intervinientes distintos del autor ejecutor por acción, que el fallo parece negar (considerando 11º), y la autoría mediata por dominio de la organización y la imputación por omisión, entre los cuales el fallo traza un vínculo (considerandos 9º y 11º).

I. LA ALEVOSÍA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

El Código Penal chileno se sirve del concepto de alevosía para configurar una circunstancia agravante genérica (artículo 12 N° 1) y para tipificar una hipótesis calificada de homicidio (artículo 391 N° 1° circunstancias primera)³. A ello se ha de agregar que, en el farragoso y casuístico concierto de la regulación de las agravantes, la literatura concibe ciertas hipótesis como meras especificaciones de la alevosía y que, por esta razón, se revelan incompatibles con ella. Aquí se mencionan circunstancias tales como el veneno⁴, la premeditación conocida⁵, el abuso de confianza⁶, el abuso de superioridad⁷, etc. Dejando de lado estas supuestas manifestaciones específicas, reina un tácito acuerdo en torno a que, a pesar de su disímil eficacia, agravante y calificante aluden fundamentalmente la misma institución. Con el apoyo de lo que pareciera una vital tradición⁸, se reconoce, naturalmente y sin objeciones, que la definición legal, contemplada

³ Por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., (Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 520. El reconocimiento del carácter genérico de la alevosía como circunstancia agravante, sin embargo, demanda una precisión. Si se entiende que las circunstancias genéricas, en oposición a las de carácter específico, “operan respecto de cualquier delito o, por lo menos, de la mayoría” (CURY URZÚA, ob. cit., p. 472), conspira en contra de dispensarle esta calificación la limitación de su alcance únicamente a los delitos contra las personas. A pesar de ello, es usual contar a estas agravantes entre las genéricas, ya sea, como es el caso CURY URZÚA, ob. cit., p. 472, con el afán práctico de “evitar complicaciones superfluas”, ya sea reconociendo a la clasificación un carácter “gradual”, como es el caso de MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVIII, 2 (2015), p. 228, n. 3. Sea como fuere, el efecto genérico y común de la alevosía se extiende más allá de estos límites, por declaración explícita del legislador (artículos 368 N° 1 bis y 456 bis), alcanzando ámbitos de la criminalidad sexual y de los delitos contra la propiedad.

⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (Santiago, 2007), p. 62 (en relación con la calificante del homicidio).

⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones. Parte especial*, ob. cit., p. 62 (en relación con la calificante del homicidio); MERA FIGUEROA, Jorge, en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor y COUSO SALAS, Jaime (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, 2011), p. 311. Otra opinión, CURY URZÚA, ob. cit., p. 519.

⁶ CURY URZÚA, ob. cit., p. 517.

⁷ MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 329.

⁸ Similar, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, tomo III: Parte especial*, 4ª ed., (Santiago, 2010), p. 57. Esto se aprecia en las concordancias que cita PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed., (Madrid, 1881), tomo I [disponible en <https://bit.ly/2X2BzV3> [última visita el 4/9/2020], pp. 216-217, que se orientan en la línea de la traición (Las Partidas y el Fuero Real) y del obrar sobre seguro (el Código francés y el brasileño).

sólo respecto de la circunstancia agravante, extiende su vigencia también al homicidio calificado⁹.

El aludido acuerdo tácito se expresa también en la sujeción de la alevosía —ya como agravante, ya como calificante— a la misma regulación, en concreto, respecto del alcance de sus (diversos) efectos en hipótesis de intervención delictiva de carácter plural¹⁰. La aplicación del artículo 64 a la alevosía como calificante, por muy natural que parezca, no está exenta de problemas, a la luz del derrotero que ha seguido la interpretación dogmática de esta disposición: la tendencia a extender el alcance del artículo 64 fuera del ámbito de las circunstancias modificatorias propiamente tales, invadiendo el campo de los elementos típicos, pareciera estar experimentando un retroceso¹¹. Este rechazo, si se lo mantiene consecuentemente y no se incluyen nuevos factores a la ecuación, debiera conducir a criticar la resolución del problema por aplicación directa del artículo 64, que ha adoptado la Corte Suprema, por cuanto en este caso se trata de la alevosía como elemento típico y no como circunstancia agravante de responsabilidad.

II. LA EFICACIA DIRECTA DE LA ALEVOSÍA EN HIPÓTESIS DE INTERVENCIÓN PLURAL

Sea como fuere, a la luz de la opción de la sentencia, adquiere relevancia el mencionado estatuto. Sintéticamente presentadas, estas reglas atribuyen eficacia a las circunstancias modificatorias por dos vías: naturalmente, ellas tienen efectos respecto de la persona en quien concurren, aunque pueden llegar a alcanzar a sujetos distintos de aquél con quien se identifican. La primera,

⁹ Así, GARRIDO MONTT, ob. cit., t. III, p. 57. Sin hacer cuestionamientos, CASTILLO MORALES; Juan Pablo, “El carácter de las circunstancias del asesinato, la naturaleza del artículo 103 del Código Penal chileno y un problema civil”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLV, (2018), p. 699; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Homicidio alevoso, intervención delictiva y prescripción gradual. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso ‘Villa Grimaldi’ (rol N° 1734-2017)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32 (2020), p. 211. Respecto de los delitos sexuales, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, (2013), p. 156.

¹⁰ Así, POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones. Parte especial*, ob. cit., pp. 70-71, precisando que, a juicio de la doctrina, se aplicaría “directa o analógicamente”. Vid. también COUSO, Jaime en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor y COUSO SALAS, Jaime (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, 2011), pp. 580-582.

¹¹ Por las referencias correspondientes, vid. CORTÉS ZEPEDA, José Luis, “Los orígenes históricos de las reglas sobre comunicabilidad de las circunstancias modificatorias del Código Penal chileno: antecedentes en la codificación napolitana y en el derecho romano”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. XLII (2020), nn. 4 y 5 (en prensa).

que puede denominarse *vía directa*, ha recibido menos atención, en tanto que la *vía indirecta* está limitada a un ámbito acotado (las llamadas circunstancias objetivas, materiales o reales) y está condicionada por el conocimiento de la circunstancia respectiva.

En principio, la regla que permite extender el efecto de una circunstancia material a los demás intervinientes depende de que en ellos *no concurra* dicha circunstancia, según permite deducir el tenor literal del inciso 1° del artículo 64¹². Según la regulación de las consecuencias comunes de las circunstancias modificatorias, su eficacia supone que ellas *concurran*, particularmente, *en el hecho o en el delito*¹³ o que lo *acompañan*¹⁴, o bien, *sencillamente, asumen que son o hay* circunstancias¹⁵. Esta regulación se erige, entonces, sobre la base de que las circunstancias que producen el efecto genérico (previsto en la ley) concurren en el hecho o en el delito, las cuales pueden o no concurrir, adicionalmente, en el responsable. En otras palabras, para cuantificar la responsabilidad penal de una persona, se toman en consideración todas las circunstancias que concurren en el hecho o en el delito, sea que estas concurren respecto del responsable (eficacia por vía directa) o no (eficacia por vía indirecta)¹⁶. El significado de

¹² En realidad, en ninguno de sus dos incisos, el artículo 64 afirma que las circunstancias “materiales” *concurran* en la persona del responsable. Antes bien, su inciso 1° sólo sostiene que *concurren* en los intervinientes las circunstancias “personales”. La interpretación asume que, si el inciso 2° ha preterido el factor relevante en el inciso 1° para la atribución de los efectos de las modificatorias, no está negando que este factor (la concurrencia en la persona) sea posible en el caso de las circunstancias materiales, sino sólo que carece de relevancia. Ciertamente un entendimiento diverso es posible, pero no parece convincente, pues, si la circunstancia no concurre en el interviniente, deberá concurrir en el hecho o delito, pero esta última concurrencia, en el esquema de la ley, no puede diferenciar a las circunstancias materiales y personales, como se explicará *infra*.

¹³ Artículos 63 inciso 2°; 65 parte 1ª; 66 incisos 2°, 3° y final; 67 incisos 1°, 2° y final; 68 incisos 1°, 4° y final; 68 bis; 70 inciso 1°.

¹⁴ Artículo 66, inciso 1°.

¹⁵ Artículos 65, parte 2ª; artículo 66, incisos 2° y 3°; 67, incisos 3°, 4° y 5°; 68, incisos 2° y 3°.

¹⁶ La relación aquí propuesta (circunstancias que concurren en el hecho o delito = circunstancias que concurren en la persona + circunstancias que no concurren en la persona) no coincide con la distinción (de origen alemán) entre circunstancias referidas al hecho y referidas al autor. A partir de la regulación legal, se ha de entender que las circunstancias que concurren en la persona son una especie del género conformado por las circunstancias que concurren en el hecho o delito, sin que constituyan categorías diferentes y antagónicas. Sería muy difícil entender que las circunstancias relativas a la persona (*täterbezogene Umstände* en el sentido de los §§ 14 y 28 del StGB) no son también circunstancias que concurren en el hecho (en el sentido de la regulación de los efectos comunes de las circunstancias modificatorias en el Código Penal chileno). Dado que lo segundo constituye el supuesto de hecho de las reglas de los artículos 65 y siguientes, efectuar esta diferenciación obligaría a negarles toda eficacia a las *täterbezogenen Umstände*.

la concurrencia de una circunstancia en o respecto de la persona del responsable –el supuesto de la que hemos denominado vía directa– dependerá de la configuración normativa de la circunstancia en particular. La discrepancia entre la sentencia y el voto de minoría está radicada en si el hecho, la situación o el dato¹⁷ en que consiste la alevosía concurría respecto del acusado o si, por el contrario, sus efectos sólo podrían alcanzarle por vía indirecta. Ello exige analizar el contenido de la alevosía.

Como institución jurídica, la alevosía está tensionada entre dos comprensiones, hasta cierto punto, antagónicas. A pesar de que las formulaciones doctrinarias presentan un compromiso, éste resulta forzado en algunos de sus extremos, como es precisamente el caso de la eficacia de alevosía por vía indirecta. Como esquemas abstractos, entonces, es posible identificar, en primer lugar, un modelo centrado en la *reprochabilidad* del responsable, enfrente a uno que pone su foco en el efecto en la víctima. En el modelo de la reprochabilidad, la exasperación de la responsabilidad se explica por la intensidad del reproche que merece quien obra alevosamente. En cambio, el modelo de la *indefensión* atiende al estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima, que la deja más expuesta al ataque, asegurando de paso las posibilidades de éxito. Expresión del primer rasgo son las palabras de Pacheco, cuando destaca que “la alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar á un delincuente” y cuando remata diciendo que “[e]l alevoso es semejante a un reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira”¹⁸. Por su parte, la concepción actual tiende a plegarse al segundo esquema, destacando, por ejemplo, que “[l]a circunstancia consiste, básicamente, en el aprovechamiento por parte del autor de la indefensión de la víctima”¹⁹.

Si bien en la literatura ambos modelos tienden imbricarse²⁰, lo cierto es que la recta inteligencia de la institución demanda una clara delimitación. O la alevosía se inspira en móviles bajos (y el estado de indefensión es accesorio), o la

¹⁷ Así, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011), p. 407.

¹⁸ PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, ob. cit., t. I, p. 218.

¹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª ed., reimpr. 2010 (Santiago, 2003), p. 510.

²⁰ Así, por un lado, PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, ob. cit., t. I, p. 218 observa que “[l]a alevosía es [...] uno de los peligros que alarman más a la sociedad entera”, que “[e]l alevoso [...] actúa] sin dar lugar para la defensa” y que “le falta á él el peligro”. A la inversa, puede mencionarse referencias tales como la ausencia de riesgo para el hechor (así, POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones. Parte especial*, ob. cit., p. 61; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, M^a Cecilia, *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 3ª ed., (Valencia, 2019), p. 47; RODRÍGUEZ COLLAO, Criterios de agravación, ob. cit., p. 156); a la mayor perversidad moral (así, CURY URZÚA, ob. cit., p. 519); o a la cobardía o vileza (así, CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699).

alevosía responde a un ataque peligroso (y el talante vil un mero agregado). Una indefinición a este respecto conducirá a resultados contradictorios: el personaje titular del drama de Giuseppe Verdi (1813-1901), Rigoletto (Teatro La Fenice, 1851), no organiza su ataque al duque de Mantua del modo en que lo hace a causa de una falta de honor, el que, por el contrario, inspira en gran parte su búsqueda de venganza (“*La rendete o, se pur disarmata, / Questa man per voi fora cruenta; / Nulla in terra più l’uomo paventa, / Se dei figli difende l’onore*”²¹). La explicación se encuentra, antes bien, en la incapacidad del bufón de organizar su vendetta con mínimas posibilidades de éxito (“*Oh rabbia! esser difforme! / esser buffone! / Non dover, non poter altro che ridere!*”²²). Si esto es así, se podrá afirmar que el duque de Mantua estaba en un estado de indefensión ante el ataque organizado por Rigoletto, pero no sería justo acusarlo a él de cobardía.

Cierto es que el que se ha designado como modelo de la reprochabilidad podría invocar a su favor el tenor literal, que declara que hay alevosía cuando se obra a traición²³. Sin embargo, las consideraciones materiales en que le sirven de base conspiran decisivamente en su contra: bajo esta comprensión, se exaspera la pena en reacción a dimensiones del hecho que se limitan a expresar el carácter o la constitución del sujeto (como palmariamente deja en evidencia la comparación que hace Pacheco entre un reptil y la persona –no su conducta– que obra alevosamente). Bajo este modelo, el objeto de reproche se encuentra, entonces, en el sujeto y no su conducta²⁴. Echar mano a una formulación objetivada no sólo no logra

²¹ Acto tercero, escena cuarta.

²² Acto segundo, escena segunda.

²³ Amén de cierto apoyo en fuentes históricas, como las referencias a los “*hombres desesperados et malos*” en las Partidas, así como la mención a “*la trayicion*” que contienen éstas y el Fuero Real que recoge PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, ob. cit., t. I, pp. 246-247. En el mismo sentido, según da cuenta CURY URZÚA, ob. cit., p. 516, Carrara identifica a “[l]a traición [...] con la alevosía en sentido estricto”. En referencia a las Partidas, en cambio, PIZARRO VERGARA, Alejandra, *La aplicación de alevosía en los delitos sexuales. Análisis reflexivo y crítico en torno al artículo 368 bis N° 1*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (Valparaíso, 2014), p. 11 acota que, “[a] pesar de la equiparación entre el contenido de la alevosía y la traición, la primera quedaba reservada solo para los delitos cometidos contra el rey, mientras que la traición era aplicable en los delitos contra las otras personas”.

²⁴ En este sentido, MAÑALICH RAFFO, *Homicidio alevoso*, ob. cit., pp. 212-213, n. 6, al recoger la “concepción auténticamente subjetivista de la calificante, aunque de una índole del todo heterogénea” defendida por Rivacoba, según la cual “la esencia de la alevosía consistiría en la manifestación de ‘una personalidad desleal y cobarde, que disimula u oculta sus intenciones y procura evitarse riesgos’”, constata que “[f]rente a la objeción de que esto sería más bien propio de un modelo de derecho penal de autor, Rivacoba explícitamente admitía que su concepción se centraría en ‘aquel aspecto de su personalidad [la del hechor], que se transparente en su acto’”.

*salvar estas dificultades*²⁵, pues no van mucho más allá de una reformulación de la misma idea (v. gr. el que no cumple el deber de valentía es cobarde), sino que, además, deja en evidencia otra dimensión problemática de esta comprensión de la alevosía: supone brindar protección jurídica a valores que carecen de proyección interpersonal y, por ende, de relevancia jurídica en sentido estricto (así, el que obra con alevosía no cumple el deber de caballerosidad). A pesar de estos reproches, se podría creer –con resignación– que la alusión a la traición en la definición legal obligaría a incluir la dimensión de la bajeza moral del autor en el concepto jurídico de alevosía. Sin embargo, es perfectamente compatible con el sentido literal posible de la disposición, valorar este giro, no como expresión de un carácter cobarde o una falta a los deberes de gallardía, sino únicamente como medio que afecta las posibilidades de defensa de la víctima y, por ende, aumenta la peligrosidad del ataque. Por lo tanto, la opción de la literatura nacional en favor de concebir la alevosía poniendo el foco en la indefensión de la víctima²⁶ merece aprobación, aunque menos encomiable es que no mantenga sus consecuencias de modo coherente.

Estas reflexiones permiten volver sobre el problema relativo a la concurrencia directa de la alevosía respecto del acusado, que separó a la sentencia y al voto de minoría. Determinar si la situación de indefensión en que consiste la alevosía concurriría respecto del acusado exige, sin embargo, relacionar tal situación con la forma de intervención que sustenta la imputación. En el desarrollo dogmático de la alevosía, esta relación puede entenderse canalizada por la exigencia de creación o aprovechamiento del estado de indefensión²⁷. Por ello, en el contexto de una intervención plural, será necesario buscar un vínculo con la contribución del sujeto al hecho común en términos de haber creado o aprovechado la situación de indefensión de la víctima.

En este punto, sin embargo, el razonamiento de la sentencia presenta una dificultad. Por un lado, destaca “que, –de acuerdo con lo expuesto en el considerando segundo del fallo en revisión– la participación del recurrente se determinó ‘por su calidad de superior jerárquico directo de los autores materiales de los disparos, quienes se encontraban junto al acusado realizando labores de

²⁵ En este sentido, la referencia en el Diccionario, que incluyen MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual. Parte especial*, ob. cit., p. 47, “a la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener” y que quebranta el actuar alevoso.

²⁶ Así, CURY URZÚA, ob. cit., pp. 516-517, particularmente al describir el elemento subjetivo de la alevosía; MERA FIGUEROA, ob. cit., pp. 310-311; MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual. Parte especial*, ob. cit., p. 48; PIZARRO VERGARA, ob. cit., pp. 17, 18; en referencia a su aplicación en delitos sexuales, RODRÍGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación*, ob. cit., p. 156. Implícitamente, CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699.

²⁷ En este sentido, CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 700; CURY URZÚA, ob. cit., pp. 516-517.

vigilancia [...], configura[ndo] la situación que la doctrina penal denomina, al respecto, «dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado» [...] en que los ejecutores actúan subordinados a la férrea verticalidad del mando, siendo controlados y dominados por la organización en la ejecución de la conducta punible” (considerando 9º). Pero, a reglón seguido, el fallo agrega que “la conducta que se atribuye al acusado está determinada por la circunstancia concreta de haberse encontrado al mando de una patrulla integrada por dos soldados de rango inferior –los que no pudieron ser identificados en autos–, quienes habrían sido los autores de los disparos que dieron muerte al ofendido, lo que lo obligaba a evitar que sus subordinados afectaran o pusieran en peligro la vida de éste, adoptando de manera diligente las providencias necesarias para ejercer un control apropiado sobre las fuerzas a su cargo” (considerando 9º). La dificultad consiste en que ambas fundamentaciones no son coincidentes, pues en el primer caso el sustento de la responsabilidad estaría en lo que el autor del escritorio efectivamente realizó gracias a que las estructuras de organización del aparato de poder garantizaron la ejecución de sus órdenes criminales con independencia de la individualidad de los ejecutores²⁸.

Desde el punto de vista de la construcción del dominio de aparatos organizados de poder, sería más fácil sostener que quien por esta vía ha dominado el hecho también ha aprovechado el estado de indefensión de la víctima. No lo es tanto, en cambio, si se atiende a la imputación omisiva, pues, a la luz del deber de dar la orden de detenerse, la indefensión de la víctima se revela indiferente: debería haberlo ordenado, incluso si la víctima no se hubiese encontrado en un estado de indefensión²⁹. Con todo, la situación podría haber sido similar bajo la fundamentación del dominio de la organización, si, al librar la orden de realizar la conducta típica a los instrumentos fungibles, el estado de indefensión de la víctima hubiese carecido de relevancia. Sin embargo, es improbable que ese hubiese sido el caso, en tanto que la orden se habría despachado para su ejecución inmediata inmersa en las condiciones concretas, es decir, para aprovechar el estado de indefensión de la víctima. Desde este punto de vista, el voto de minoría no está equivocado. Sin embargo, la fundamentación del disidente queda al debe, primero, en una explicitación del apoyo fáctico que, teniendo en vista la modalidad de intervención en el hecho, permita afirmar que “resulta evidente que las lesiones ocasionadas al occiso, cuando éste ya se encontraba en el suelo producto de los disparos iniciales percutidos en su contra, implican

²⁸ RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen, 1997, Mohr Siebeck), p. 87.

²⁹ Aunque no referido al mismo problema, rechaza la aplicación en la comisión por omisión, PIZARRO VERGARA, ob. cit., p. 20.

necesariamente el aprovechamiento por parte del sentenciado [...] de la posición desventajosa en que estaba el ofendido, misma que fue creada por el hechor a fin de evitar todo riesgo para su persona” (fundamento 4 del voto de minoría). Además, el razonamiento de la opinión minoritaria no advierte que, si la intervención se fundamenta en el dominio de la organización, la orden dada por el acusado habría sido librada con anterioridad a que la víctima hubiese sido abatida, situación en la que este voto hace consistir la alevosía. Así las cosas, el aprovechamiento al momento de dar la orden de una situación de indefensión que tendría lugar después está lejos de ser, como dice la disidencia, evidente, sino que reclama una justificación fáctica, cuya explicitación se echa en falta.

III. LA EFICACIA (INDIRECTA) DE LA ALEVOSÍA SOBRE COINTERVINIENTES

Ahora bien, puesto que, a juicio del tribunal, la alevosía no era aplicable de manera directa, queda todavía por analizar si ella pudiera haberle alcanzado mediante la aquí denominada *vía indirecta*. Como se advirtió, las circunstancias agravantes³⁰ pueden producir sus efectos en la determinación de la responsabilidad, a pesar de que el responsable en cuestión no satisfaga personalmente el elemento fáctico que les sirve de base. Ello tendrá lugar siempre que este elemento concurra en alguno de los cointervinientes, que se trate de una agravante material y que la persona de cuya responsabilidad se trata tenga conocimiento anterior o coetáneo de la circunstancia. Aunque la ley chilena no habla exactamente de circunstancias materiales³¹, les asocia eficacia por vía indirecta cuando ellas “consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo” (artículo 64 inciso 2º). Esta descripción se complementa con el supuesto de hecho del efecto contrario (la clausura de eficacia por vía indirecta), en tanto que, al tenor del inciso 1º del artículo 64, puede concluirse que no estaremos ante circunstancias materiales cuando ellas “consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal”.

El tribunal, a este respecto, razonó de manera contradictoria. La sentencia declaró, en primer lugar, que la alevosía se identifica con la ejecución del hecho o los medios empleados para ejecutarlo, reconociendo que ello hacía aplicable el

³⁰ COUSO SALAS, ob. cit., p. 582 anota que, “según doctrina mayoritaria, no existen atenuantes reales, sino sólo agravantes reales”, limitándose la discusión a si la eximente incompleta fundada en causas de justificación constituye o no una excepción. Otra opinión, MAÑALICH RAFFO, *El comportamiento supererogatorio*, ob. cit., pp. 231-232.

³¹ A diferencia de uno de sus antecedentes, el Código de las Dos Sicilias aludía expresamente a “circunstancias materiales” en su artículo 77; *vid.* PACHECO Y GUTIÉRREZ-CALDERÓN, ob. cit., t. I, p. 398.

inciso 2º del artículo 64. Sorprendente resulta, entonces, que el fallo desprenda de ello “el carácter netamente subjetivo de las mismas [circunstancias], en cuanto se aplican sólo respecto de quien concurren, no siendo por ende, comunicables a quienes carecieren de tal conocimiento” (considerando 10º). Esta argumentación se separa en dos puntos de lo que pareciera ser el consenso doctrinario. Primero, en relación con las reglas generales de los efectos de las circunstancias modificatorias, el tribunal identifica las llamadas “circunstancias subjetivas”, en lo que sólo puede explicarse como el resultado de un error, con aquellas que prevé el inciso 2º del artículo 64, cuando las que reciben esta denominación son las que contempla el inciso 1º de la citada disposición³². Esto quiere decir que si, a juicio de los sentenciadores, la alevosía consiste en la ejecución material del hecho o en los medios de ejecución, debió haberla clasificado entre las circunstancias “objetivas” o “materiales” y, en lo que realmente interesa, debió haberle reconocido un carácter comunicable a todos aquellos intervinientes que conocieran de ellas³³. La divergencia, entonces, consiste en interpretar el efecto previsto para las llamadas circunstancias objetivas con lo que entre nosotros se denomina “incomunicabilidad”. Cuando la ley declara, en el inciso 2º del artículo 64, que las circunstancias materiales “servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación en el delito” no está diciendo que tales circunstancias sólo producen efectos en quienes concurren personalmente. Por el contrario, mediante una formulación restrictiva, autoriza a “comunicar” sus efectos a intervinientes en quienes no concurren, es decir, abre la puerta a la eficacia por vía indirecta de las circunstancias modificatorias.

La segunda dimensión en que el razonamiento judicial se distancia de la comprensión mayoritaria en doctrina dice relación con el contenido de la alevosía. En el contexto de la pugna entre una concepción objetiva y una subjetiva³⁴, la

³² Por vía ejemplar, COUSO SALAS, ob. cit., p. 579; CURY URZÚA, ob. cit., pp. 647, 767.

³³ En rigor, el razonamiento de la sentencia es aún más ambiguo, porque sostiene que las “circunstancias subjetivas” no pueden comunicarse a quienes carezcan “de tal conocimiento”. A pesar de que esta última referencia sugiere un reconocimiento de una comunicabilidad condicionada por el conocimiento, característica de las circunstancias materiales del inciso 2º del artículo 64, no es posible entender que en realidad el problema sea sólo semántico y no de contenido. Este entendimiento queda clausurado, no sólo porque el fallo explícitamente sostiene que estas circunstancias “se aplican sólo respecto de quien concurren”, sino porque, de haber entendido que la alevosía era comunicable, la estructura del fallo hubiese sido diversa, debiendo haber analizado si el acusado tuvo conocimiento o no de la creación o el aprovechamiento del estado de indefensión.

³⁴ Cf. CURY URZÚA, ob. cit., pp. 517-518; MERA FIGUEROA, ob. cit., pp. 308-309; PIZARRO VERGARA, ob. cit., pp. 14-16.

doctrina dominante la considera una de carácter personal, es decir, de aquellas descritas en el inciso 1º del artículo 64 y que, por ende, no es comunicable³⁵. La general aceptación del foco en el estado de indefensión de la víctima no se considera un obstáculo para contar a la alevosía entre las circunstancias personales. Ambos extremos se concilian por medio del reconocimiento de un elemento subjetivo en la alevosía, el que conduce a calificarla subjetiva o mixta³⁶. Este elemento subjetivo, que le daría su talante personal y que se designa en ocasiones como “ánimo alevoso”, se presenta como “el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado”³⁷.

Sin embargo, así entendido, el elemento subjetivo de la alevosía no resulta convincente. Abrazar el modelo de la indefensión de la víctima convierte a que aquello que se presenta como ánimo alevoso en no es más que el componente subjetivo propio de toda agravante. Las circunstancias materiales, como el veneno o el empleo de medios catastróficos³⁸, no adquiere naturaleza subjetiva o personal porque el responsable deba conocer y querer emplear el medio de que se trate. Antes bien, la eficacia está condicionada porque tal sea el caso, pues, según “el esquema tradicional aplicable a los elementos del delito, y, en general, de los presupuestos requeridos para la imposición de una pena, en principio debiéramos afirmar que para la configuración de las circunstancias modificatorias se requiere que el sujeto conozca la base fáctica sobre la cual se estructura la

³⁵ Vid. CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699; COUSO SALAS, ob. cit., p. 584; CURY URZÚA, ob. cit., p. 519; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, tomo I: Parte general* (Santiago, 2010, Editorial Jurídica de Chile), p. 247; MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual. Parte especial*, ob. cit., p. 52; MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 309; PIZARRO VERGARA, ob. cit., p. 18.

³⁶ En este sentido, MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 309. Similar, PIZARRO VERGARA, ob. cit., p. 22.

³⁷ CURY URZÚA, ob. cit., p. 517 (como en el resto del trabajo, el destacado en el original); referencia reproducida también por MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 309. Similar, GARRIDO MONTT, ob. cit., t. I, p. 247: “es insuficiente el simple conocimiento de la situación de indefensión o de inseguridad; se requiere también de un plus anímico: querer aprovecharse precisamente de esa situación.” Algunas variantes de esta formulación enfatizan la dimensión subjetiva de la alevosía, como sería el caso de Künsemüller, citado por PIZARRO VERGARA, ob. cit., p. 22 en cuanto entiende que “el agente debe buscar de propósito e intencionalmente, la obtención de condiciones especialmente favorables”. Esta exigencia es recogida por el fallo, citando a Rodrigo Jara Medina, en el considerando 8º. Los planteamientos alternativos no son preferibles, pues van, desde una formulación derechamente objetiva, hasta deslices al modelo de la reprochabilidad. Ejemplo de lo primero es el planteamiento de MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual. Parte especial*, ob. cit., p. 47, quienes se contentan con “el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima”; de lo segundo, CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699, quien plantea que la alevosía “comprende *asimismo* la cobardía y vileza del sujeto activo frente a ese escenario de indefensión”.

³⁸ Vid., por lo último, CURY URZÚA, ob. cit., p. 529.

respectiva causal de agravación o atenuación de la pena”³⁹. En el ámbito de la alevosía, ahora, el conocimiento del estado de indefensión y, en consecuencia, la voluntad de emplearlo al momento de contribuir a la comisión del delito no pasan de ser la aplicación a la estructura normativa de la alevosía de las exigencias subjetivas genéricas de toda agravante, no sólo de las de carácter personal⁴⁰. Si lo que se presenta como ánimo alevoso convirtiera a la alevosía en una circunstancia personal, no habría ninguna circunstancia material y todas serían personales: puesto que la eficacia de toda agravante material está condicionada por el conocimiento anterior o coetáneo del sustrato fáctico (artículo 64 inciso 2º), todas ellas exigirían que el responsable contara con este conocimiento y, en consecuencia, que su contribución resulte favorecida por la dimensión objetiva de la circunstancia (si es que no la ha creado directamente), es decir, que obre queriendo aprovecharla.

Un factor que contribuye a oscurecer este punto es la denominación de las circunstancias descritas en el inciso 1º del artículo 64 como “subjetivas”. Esta extendida caracterización, sin embargo, difiere del sentido usual con que se emplea la expresión en derecho penal⁴¹. Las circunstancias modificatorias no caen en esta categoría porque consistan necesariamente en elementos internos del sujeto responsable⁴². Así, el parentesco, reconocidamente contada entre las circunstancias personales⁴³, en cuanto consiste en una relación personal con el

³⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamentos*, ob. cit., p. 416, precisando, respecto de las circunstancias materiales, que “el error sobre sus presupuestos fácticos excluye la configuración de la respectiva causal de agravación o atenuación” por obra del artículo 64 inciso 2º; RODRÍGUEZ COLLAO, loc. cit., p. 418 agrega que, “[a]unque el artículo 64 CP. no exija expresamente el conocimiento de los hechos que constituyen las circunstancias de carácter personal, éste de todos modos puede considerarse un requisito ineludible para la configuración de las agravantes de esa índole, por exigencia del principio de culpabilidad, cuya plena vigencia supone que el sujeto conozca no solamente los presupuestos de los cuales depende la aplicación de la pena, sino también los factores que pueden llevar a un aumento de la sanción que en definitiva deba tener que soportar”.

⁴⁰ Una comprobación en esta línea puede encontrarse en el rechazo, con base en el elemento subjetivo, de la alevosía en los delitos culposos (por este rechazo, *vid.* CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699): la incompatibilidad de la alevosía con los delitos imprudentes podría explicarse en que el elemento subjetivo responde a la estructura material del dolo, es decir, exige conocimiento (y voluntad) de la dimensión objetiva de la agravante.

⁴¹ Así, CURY URZÚA, ob. cit., p. 499; RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamento*, ob. cit., pp. 413-414.

⁴² En este sentido, CURY URZÚA, ob. cit., p. 499; RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamento*, ob. cit., p. 413.

⁴³ Por todos, MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 365.

ofendido, constituye un elemento objetivo de los tipos penales que integra⁴⁴. No es difícil advertir, entonces, que el ánimo alevoso no satisface ninguno de los criterios legales que permiten atribuir el carácter personal a una circunstancia. Dejando de lado las relaciones particulares con el ofendido, no puede considerarse una disposición moral, en tanto que hacerlo obligaría a incluir en este grupo, no sólo al dolo respecto de los elementos típicos, sino también a todas las circunstancias, en tanto que su sustrato fáctico siempre debe ser conocido (y querido) por el responsable. También debiera ser fácil concluir, como con razón hace el fallo (considerando 10°), que la alevosía, conceptualmente afinada sobre el estado de indefensión de la víctima, se relaciona con la ejecución material del hecho.

La exigencia doctrinaria del ánimo alevoso no es puramente ornamental, sino que se le atribuye un efecto, considerado virtuoso, el que en gran medida le sirve de fundamento: el ánimo alevoso evitaría la configuración de la alevosía en hipótesis de víctimas estructuralmente indefensas⁴⁵. Esta finalidad, supuesto que fuese encomiable, se alcanza sin necesidad de atribuir al componente subjetivo de la alevosía una entidad de la que carece. El artículo 63, al excluir el efecto de circunstancias agravantes por inherencia, menciona expresamente a “aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.” Según la interpretación más extendida, esta exclusión no alcanza sólo a las circunstancias estructuralmente inherentes (por ejemplo, el abuso de confianza en la apropiación indebida)⁴⁶, sino que también bloquea el efecto de aquellas agravantes inherentes sólo en el caso concreto⁴⁷. Pues bien, este último es el caso de los hechos que se dirigen en contra de niños u otras víctimas, para quienes el estado de indefensión es les inseparable, de modo que no podría cometerse el hecho sin que tal estado estuviese también presente⁴⁸. Esta vía de análisis, además, explica por qué, en

⁴⁴ Así, RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamento*, ob. cit., pp. 413-414; con otros ejemplos, CURY URZÚA, ob. cit., p. 499.

⁴⁵ En este sentido, GARRIDO MONTT, ob. cit., t. I, p. 247; con un matiz crítico, CURY URZÚA, ob. cit., p. 518; MERA FIGUEROA, ob. cit., pp. 308-309. En otro ámbito, CASTILLO MORALES, ob. cit., p. 699 destaca que el elemento subjetivo permitiría descartar la alevosía en los delitos culposos.

⁴⁶ Cf. CURY URZÚA, ob. cit., pp. 766, 502; COUSO SALAS, ob. cit. p. 575.

⁴⁷ Así, CURY URZÚA, ob. cit., p. 766. Crítico para la alevosía, COUSO SALAS, ob. cit., p. 578. Otra opinión, NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo II (1966, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I, pp. 115-116.

⁴⁸ En esta línea, MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 309; POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones. Parte especial*, ob. cit., p. 61. Similar, aunque no totalmente coincidente, RODRÍGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación*, ob. cit., p. 157, para descartar por inherencia la alevosía en los delitos de significación sexual por medios no violentos (enajenación mental, privación de sentido y incapacidad de para oponerse).

estos casos, la doctrina se abre a aceptar la alevosía en hipótesis en que el estado de indefensión ha sido aumentado: se acepta la alevosía “cuando obra a fin de debilitar aún más la capacidad defensiva de la víctima, como si se da muerte al pequeño ofreciéndole un caramelo envenenado”⁴⁹. En este supuesto, el sujeto no se aprovecha ya de la indefensión estructural de la víctima, sino que crea o se sirve de una vulnerabilidad adicional (consistente, por ejemplo, en el alejamiento de los cuidadores).

Las reflexiones realizadas permiten afirmar que el fallo en comentario constituye un reconocimiento correcto la naturaleza material de la alevosía, aunque de carácter tímido y vacilante. La constatación del carácter material de la alevosía debió haber movido al tribunal a atribuirle un efecto comunicable, puesto que difícilmente el acusado pudo haber desconocido la situación de indefensión de la víctima en las circunstancias concretas acreditadas. Puede concluirse, entonces, que se ha de coincidir tanto con la sentencia como con el voto de minoría: con el primero, cuando reconoce que la alevosía consiste en la ejecución material del hecho; con el segundo, por su lado, cuando declara que debió haberse reconocido eficacia a la alevosía (aunque por vía indirecta) y, por ende, acoger la calificación de homicidio calificado, casando la sentencia recurrida.

⁴⁹ CURY URZÚA, ob. cit., p. 518. En el mismo sentido, MERA FIGUEROA, ob. cit., p. 309.

CORTE SUPREMA:

Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Vistos:

En los autos Rol Corte Suprema N° 8647-2018, por sentencia de treinta y uno de octubre dos mil diecisiete, escrita a fojas 1201, se condenó al acusado Luis Meza Brito a sufrir una pena de cinco (5) años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, como autor del ilícito de homicidio simple, en grado consumado, en contra de Luis Humberto Ferrada Piña, cometido el día 4 de diciembre de 1973, concediéndosele al efecto la pena sustitutiva de la libertad vigilada, por igual lapso de tiempo.

Impugnada vía recurso de apelación dicha sentencia, tanto por la defensa del acusado, como por los querellantes Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia (en adelante Programa de D.D.H.H.) y Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (en lo sucesivo AFEP), la Corte de Apelaciones de San Miguel la confirmó, por fallo de veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 1317.

Contra ese fallo los querellantes antes individualizados, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de fojas 1324 y 1336, respectivamente.

Por decreto de fojas 1352, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que tanto el recurso de casación en el fondo deducido por la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, como aquel interpuesto por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, se fundan únicamente en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 391 N° 1 del Código Penal, por cuanto en la sentencia impugnada se habría efectuado una errada aplicación del derecho, al calificarse la conducta atribuida al encartado como constitutiva de un delito de homicidio simple, pese a que la misma correspondería a un homicidio calificado debido a la concurrencia de la calificante de la alevosía.

En síntesis, los impugnantes sostienen que los hechos acreditados en autos permiten tener por configurada la procedencia de la alevosía en el homicidio investigado, toda vez que de ellos se desprende que la patrulla que disparó contra la víctima, tuvo la intención directa de asesinarla, es decir que obró con dolo directo, existiendo un aprovechamiento de parte del sentenciado Meza Brito de las circunstancias concretas que evitaron un riesgo a su persona –por cuanto el ofendido fue reducido por acción de un disparo y luego le volvieron a disparar a corta distancia–, que procediera de la defensa que pudiera oponer el ofendido.

En efecto, argumentan que, conforme al mérito del proceso y los hechos legalmente acreditados en la causa, el occiso no portaba arma alguna que

podiera haberle servido de defensa ante el ataque de la patrulla comandada por Meza Brito y que, al momento de recibir los disparos que causaron su muerte, se encontraba en estado de ebriedad, con 1,53 gramos por mil de alcohol en la sangre. Asimismo –se explica en los arbitrios–, los antecedentes forenses y médico-periciales oportunamente incorporados a la causa, evidencian el número de impactos de bala que recibió la víctima, las características de los proyectiles utilizados y las armas de las que provenían, que deben ser caracterizadas como “armas de guerra”, además de la trayectoria intracorporal que siguieron los disparos que dieron muerte a la víctima, antecedentes todos que permiten concluir que el tirador se encontraba de espalda a la víctima al momento de efectuar los primeros disparos en su contra y que, una vez que Ferrada Piña fue alcanzado por las balas y cayó al suelo, fue lesionado por más proyectiles, uno de los cuales inclusive le impactó cuando ya se encontraba fallecido.

Por todo ello, solicitan se acoja el recurso, invalidando la sentencia recurrida, dictando en acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una sentencia de reemplazo por la que se condene a Luis Meza Brito por su participación como autor del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Luis Humberto Ferrada Pina, a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y costas de la causa, tratándose del recurso deducido por la AFEP, y a la sanción máxima estable-

cida por la ley, en el caso del arbitrio deducido por el Programa de D.D.H.H.

Segundo: Que, en primer término, y como ya lo ha sostenido esta Corte en los autos rol N° 34392-2016, de 21 de marzo de 2019, debe señalarse que no habiéndose denunciado como vulneradas por el recurrente las normas reguladoras de la prueba, los hechos establecidos por los juzgadores del grado resultan inamovibles, de lo que se colige que las alegaciones de los querellantes deben ser analizadas a luz de tales hipótesis fácticas, por cuanto no es dable que esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado.

Tercero: Que, una vez sentado lo anterior, es menester señalar de los juzgadores de la instancia tuvieron como probados los siguientes hechos:

“1. Que el día 4 de diciembre de 1973, a las 01:30 horas, una patrulla militar del Batallón Blindado N° 5 de Punta Arenas, integrada por el Cabo 2° Luis Meza Brito y dos centinelas, realizaba labores de vigilancia en la población José María Caro de la comuna de Lo Espejo.

2. Que, en ese contexto temporal y espacial, la referida patrulla militar sorprendió a Luis Humberto Ferrada Piña, apodado “el cañita”, transitando en la vía pública durante la vigencia del toque de queda y en estado de ebriedad.

3. Que, en razón de lo anterior, el Cabo 2° Meza Brito ordenó a Ferrada

Piña que se detuviera; pero, éste no acató la orden y huyó por calle Buenaventura.

4. Que, acto seguido, haciendo uso excesivo de la fuerza, Luis Meza Brito y los soldados que lo acompañaban dispararon, resultando Luis Humberto Ferrada Piña con las siguientes lesiones de entrada de proyectil balístico: una en el muslo izquierdo, una en la cara anterior del cuello (que lacera la pared anterior de la tráquea y secciona parcialmente la vena subclavia derecha y el lóbulo superior del pulmón izquierdo) y dos en la región dorsal izquierda (una de las cuales lacera ampliamente los lóbulos inferior y superior del pulmón izquierdo), heridas que, en su conjunto, le provocaron la muerte

5. Que, asimismo, la víctima, ya fallecida, recibió un disparo en la región frontal derecha, que lacero la masa encefálica a nivel frontal y temporal”.

Cuarto: Que los hechos así establecidos fueron calificados como constitutivos del delito de homicidio simple, en contexto de lesa humanidad, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en el que a Luis Meza Brito se le atribuyó participación en calidad de autor.

Quinto: Que los dos recursos de casación en el fondo interpuestos denuncian una errónea aplicación del derecho por parte de los sentenciadores de la instancia, al calificarse la conducta atribuida al encartado como constitutiva de un delito de homicidio simple, pese a que la misma correspondería a un homicidio calificado, debido

a la concurrencia de la calificante de la alevosía.

Sobre el particular, conviene señalar en primer término, que la calificante en cuestión se encuentra vinculada con el concepto de la alevosía contemplado en el artículo 12 N° 1 del Código Penal, esto es, “Son circunstancias agravantes: 1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”. Vale decir, para que exista alevosía se debe obrar a traición o sobre seguro.

En los recursos de casación sustancial en estudio, los querellantes han referido que el encartado habría actuado sobre seguro, toda vez que se aprovechó de circunstancias concretas que evitaron un riesgo a su persona—hecho ocurrido durante vigencia de un toque de queda; víctima en estado de ebriedad y ya reducida por un primer disparo efectuado a ochenta metros de distancia—.

Sexto: Que, el alcance del artículo 391 N° 1 del Código Penal, esto es, la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro, como lo ha sostenido invariablemente esta Corte, existe cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido; consiste en actuar creando o aprovechándose directamente de las oportunidades materiales que eviten el riesgo a la persona del autor (Sentencia Corte Suprema rol N° 28132-2018, de 28 de enero 2019).

Séptimo: Que, en el mismo sentido anteriormente expresado lo ha entendido la doctrina, en cuanto se ha estimado que la alevosía se presenta cuando “al momento de cometer el hecho, el autor se encuentre sin riesgo para sí (...) lo decisivo es el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima” (Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, página 50, LegalPublishing).

En similares términos, el profesor Enrique Cury ha sostenido que: “en el obrar sobre seguro, cobran relevancia los aspectos materiales de la conducta, pudiendo el autor crear por sí mismo las condiciones ventajosas en que actuará o aprovechar las preexistentes” (Libro de *Derecho Penal, Parte General* Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición, 2005, pág. 516).

Octavo: Que, de acuerdo con el análisis que antecede, lo relevante para los efectos de determinar si el acusado Meza Brito actuó o no con alevosía en los hechos que se le imputan, consiste en determinar si en base a tal atribución fáctica, es posible colegir que haya sido éste quien se aprovechó o creó un estado de indefensión en la víctima.

Lo anterior, por cuanto el elemento subjetivo de la alevosía—el ánimo alevoso— implica necesariamente que debe ser el agente quien “debe tener el ánimo de buscar o procurar intencionalmente la obtención de aquellas condiciones especiales favorables para concretar el delito (...) que consiste en la voluntad consciente de la muerte y además de la circunstancia concreta

de que ésta se ejecuta a través de la agresión que elimina las posibilidades de defensa” (Medina Jara, Rodrigo, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II, página 50, LexisNexis).

Noveno: Que sobre el particular conviene precisar que, por una parte, lo que se tuvo por establecido en autos fue que Luis Meza Brito y los soldados que lo acompañaban dispararon en contra de Luis Humberto Ferrada Piña (sin referir quien fue el autor material de los mismos), provocándole diversas heridas que, en su conjunto le causaron la muerte y; por otra, que –de acuerdo con lo expuesto en el considerando segundo del fallo en revisión– la participación del recurrente se determinó “por su calidad de superior jerárquico directo de los autores materiales de los disparos, quienes se encontraban junto al acusado realizando labores de vigilancia al interior de la población José María Caro, configura la situación que la doctrina penal denomina, al respecto, “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado” (*Problemas Actuales de las Ciencias Penales*, artículo Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal, Claus Roxin, página 63, Ediciones Pannedille, 1970) en que los ejecutores actúan subordinados a la férrea verticalidad del mando, siendo controlados y dominados por la organización en la ejecución de la conducta punible”.

Es decir, la conducta que se atribuye al acusado está determinada por la circunstancia concreta de haberse encontrado al mando de una patrulla integrada por dos soldados de rango

inferior –los que no pudieron ser identificados en autos–, quienes habrían sido los autores de los disparos que dieron muerte al ofendido, lo que lo obligaba a evitar que sus subordinados afectaran o pusieran en peligro la vida de éste, adoptando de manera diligente las providencias necesarias para ejercer un control apropiado sobre las fuerzas a su cargo. Entonces, es un hecho establecido que no fue quien ultimó a la víctima.

Décimo: Que, es menester señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64, inciso 2º, del Código Penal, las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo –cuyo es el caso de la alevosía–, sirven únicamente para agravar la responsabilidad de quienes tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, de lo que se desprende el carácter netamente subjetivo de las mismas, en cuanto se aplican sólo respecto de quien concurren, no siendo por ende, comunicables a quienes carecieran de tal conocimiento.

Undécimo: Que se desprende del mérito de autos que el encartado no tuvo jamás el control de la acción propio del autor directo –pues su responsabilidad penal fue determinada teniendo presente su rol de jefe de patrulla y por la omisión de cumplimiento de su deber de evitar que los soldados a su cargo pusieran en riesgo la vida del afectado–.

Que la alevosía consiste en “obrar a traición o sobre seguro”, siendo una

agravante que sólo perjudica a quien “obró”, esto es, a quien realizó la acción descrita en el tipo penal, el agente o sujeto activo de la conducta punible. En este caso, los sentenciadores han dejado en claro que el condenado no fue quien obró, sino que lo hicieron otros individuos, de quienes era su superior.

Así, no siendo comunicable la calificante de la alevosía, de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal, mal podría concluirse que el condenado actuó a sobre seguro, lo que descarta que estemos en presencia, a su respecto, de un delito de homicidio calificado.

Por lo demás, los arbitrios en estudio no denuncian como infringida la norma del artículo 12 N° 1 del Código Penal (sólo el recurso de la AFEP lo cita tangencialmente cuando define lo que debe entenderse por alevosía), precepto legal que define la alevosía y que, por ende, tiene el carácter de *decisorio litis*, defecto formal en su formulación que por sí solo habría llevado a su rechazo.

Duodécimo: Que, en definitiva, no se puede más que coincidir con la correcta subsunción que de los hechos acreditados efectuó en el tipo penal del artículo 391 N° 2° del Código Penal el fallo impugnado, de lo que se sigue necesariamente que se ha calificado en forma correcta el delito por el cual fue condenado el recurrente y, por consiguiente, no ha existido la errónea aplicación del derecho que le imputa al fallo en cuestión, motivo por el cual los arbitrios en estudio serán desestimados.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 2, y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 1324 y 1336, por la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, respectivamente, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 1317, la que, en consecuencia, no es nula.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger los arbitrios interpuestos en autos y, consecuencialmente, por anular el fallo impugnado y sancionar al acusado Meza Brito como autor del delito de homicidio calificado, teniendo en consideración para ello los siguientes fundamentos:

1.- Que según se desprende del mérito de los antecedentes, el ofendido recibió cinco disparos, estableciéndose que los primeros se habrían producido a ochenta metros y los siguientes a veinte metros de distancia, ingresando estos últimos por la región frontal derecha y cuello, respectivamente, concluyéndose en el informe pericial balístico confeccionado por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, que dichos impactos “tienden a la vertical respecto del suelo (considerando la posición anatómica tipo), por lo que no es posible que la víctima haya recibido dichos disparos cuando huía de los tiradores sino más bien cuando ya se encontraba

en el suelo”, de lo que se colige que algunos de ellos se efectuaron cuando la víctima ya estaba en el piso sin posibilidad de oponer resistencia, a lo que debe sumarse que ésta se encontraba en estado de ebriedad según el resultado de la pericia correspondiente.

2.- Que, para estar en presencia de la calificante de la alevosía, lo relevante es que al momento de cometer el hecho el autor se encuentre sin riesgo para sí, toda vez que lo decisivo es el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima. Es decir, debemos estar en presencia de un estado de indefensión que haya sido generado o aprovechado por el acusado a fin de evitar cualquier riesgo para su persona, no bastando con que dicha situación ventajosa haya sido producida por el simple azar.

3.- Que de lo expuesto precedentemente aparece de manifiesto que en la especie se reúnen los requisitos exigidos para configurar la calificante de la alevosía, en su modalidad de obrar a sobre seguro, por cuanto se tuvo por establecido que varios sujetos dispararon en contra del ofendido con armas de alto poder de fuego, para luego, aprovechándose de la situación de desvalimiento de la víctima –quien se encontraba en el suelo producto de los disparos iniciales–, hierla con

diversos impactos de bala, uno de los cuales lesionó una zona vital (el cuello), sin estar el ofendido en condiciones de reaccionar para defenderse o frustrar la acción y, por lo tanto, sin ningún peligro para los hechores.

4.- Que, así las cosas, resulta evidente que las lesiones ocasionadas al occiso, cuando éste ya se encontraba en el suelo producto de los disparos iniciales percutidos en su contra, implican necesariamente el aprovechamiento por parte del sentenciado Meza Brito, de la posición desventajosa en que estaba el ofendido, misma que fue creada por el hechor a fin de evitar todo riesgo para su persona, lo que lleva a este disidente a estimar que los hechos atribuidos al recurrente son constitutivos del delito de homicidio calificado –cometido por alevosía– y no del ilícito de homicidio simple como erradamente lo determinaron los juzgadores de la instancia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y el Ministro Suplente Sr. Juan Muñoz P.

Rol N° 8647-2018.