

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, dos de diciembre de dos mil veintiuno.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil dieciocho, escrita de fojas 2406 a 2505. De la decisión de casación que antecede, se reiteran las reflexiones sexta y séptima.

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que, tal como lo ha sostenido invariablemente esta Corte, el alcance del artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, esto es, la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro, 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 (entre otras, SCS N° 28.132-2018, de 28 de enero 2019).

SEGUNDO: Que, en el mismo sentido anteriormente expresado, lo ha entendido la doctrina, en cuanto 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, Legal Publishing).

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”* (Derecho Penal, Parte General Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° Edición, 2005, pág. 516).

TERCERO: Que, de acuerdo con el análisis que antecede, lo relevante para los efectos de determinar si quien efectuó tal disparo actuó o no con alevosía en el hecho que se le imputa, consiste en determinar si en base a tal atribución fáctica, es posible colegir que se haya aprovechado o creado 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, Lexis Nexis).

CUARTO: Que en este caso, la prueba rendida resultó insuficiente para establecer los supuestos de hecho en que se funda la alevosía, ya que no existe antecedente alguno que permita aseverar que Juan Avenido Tapia Pacheco haya creado o aprovechado el estado de indefensión de la víctima a fin de evitar



cualquier riesgo para su persona, sin que sea suficiente al efecto, que dicha situación ventajosa se haya producido por el simple azar.

QUINTO: 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.

SEXTO: Que, como se advierte de la lectura del fundamento vigésimo primero, de la sentencia en alzada, los hechos establecidos en relación al delito de homicidio simple de la víctima Eduardo German Vielma Luengo, tienen el carácter de delito de lesa humanidad, conforme a los principios y normas que informan el Derecho Internacional Humanitario.

SÉPTIMO: Que dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como en el de la especie.

Que, por otra parte, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.



OCTAVO: Que en cuanto a la evaluación de los perjuicios morales si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han expresado que atendida la naturaleza subjetiva que lo caracteriza, resulta imposible fijar una cantidad de dinero a título de reparación de daño moral, existen razones de justicia y equidad que obligan a su reparación y regulación prudencial por parte del juez, atendidas las condiciones y características personales de las víctimas y las circunstancias de producción y magnitud del daño o sufrido por estas, teniendo presente que la indemnización no puede transformarse en una fuente de lucro.

NOVENO: Que, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005, que obliga al pago de una justa, apropiada y proporcional retribución a víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, establece que se debe “considerar determinadas cualidades propias del ofendido, y la manera en que ellas han incidido en el impacto que ha sufrido producto del hecho que le causa un daño, como puede ser su personalidad, grado de desamparo que resulta del hecho o el grado de relación que tenía el occiso con las personas que con que se rodea”(RODRIGUEZ CURUTCHET, Juan Pablo. La Evaluación del Daño Moral en la Jurisprudencia. Legal Publishing, Chile, 2009, p. 69).

DÉCIMO: Que en consecuencia, para regular el quantum indemnizatorio se tendrá especialmente en consideración tanto los criterios enunciados así como los montos establecidos en situaciones análogas por esta Corte, con el objeto de tender a un trato igualitario entre las víctimas que recurren ante los órganos jurisdiccionales.



Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 68, 103 del Código Penal; 170, 186, 187 y 227 del Código de Procedimiento Civil, y 5 de la Constitución Política de la República, se **confirma** la sentencia apelada de treinta y uno de agosto de dos mil dieciocho, escrita de fojas 2406 a 2505, con declaración que la suma ordenada pagar al Fisco de Chile, representado por María Eugenia Manaud, Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, por concepto de daño moral, a los demandantes Evit del Carmen Johns Luengo, Juana Haydee Johns Luengo y Manuel Segundo Henríquez Luengo, se regula en la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos), más los reajustes e intereses indicados en el fallo que se revisa.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

N° 17.518-19

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G. No firman los Ministros Sres. Brito y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y en comisión de servicios, respectivamente.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a dos de diciembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

