

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 pudiera 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 espaldas 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 establecida 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° 34.392-2016, 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 2o 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 2o 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 laceró 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*–.

SSEXTO: 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° 28.132-2018, 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, 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" (Libro de Derecho Penal, Parte General Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° 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, Lexis Nexis).

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.

DECIMO: Que, es menester señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64, inciso 2°, 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 carecieren 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-*, herirla 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.

Rol N° 8.647-2018.

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. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.





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

