

Chillán, cinco de agosto de dos mil catorce.

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada de treinta y uno de enero de dos mil catorce, escrita a fojas 1118 y siguientes, con excepción de los fundamentos 2°.-, 3°.-, 8°.- y 20°.-, que se eliminan y, en su lugar, se tiene, además, presente:

1°.- Que, los elementos probatorios referidos en el fundamento 1°.- del fallo en revisión, constituyen un conjunto de presunciones judiciales, las que por reunir todos los requisitos contemplados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, son suficientes para tener por acreditado que el día catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, una patrulla de Carabineros de Quirihue e integrada también por militares, al mando en ese entonces por el Capitán Santiago Fernández Espinoza, ordenó disparar en contra de Carlos Alberto Sepúlveda Palavecino, que recibió el balazo por la espalda, el que se encontraba en su domicilio, en las afueras de su casa habitación, dándole muerte en el mismo lugar.

2°.- Que, el hecho referido precedentemente, a juicio de este Tribunal, constituye el delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°1 circunstancia primera, esto es, con alevosía, cuya penalidad vigente a la época de ocurrencia de los hechos era de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

El hecho de que el ataque se verifique por la espalda, sin darle ninguna oportunidad a la víctima de defenderse o de repeler la agresión, demuestra un claro aprovechamiento de la situación de indefensión de ella y revela el ánimo alevoso.

3°.- Que, en este orden de ideas, se encuentra acreditado en autos que el sentenciado concurrió al domicilio de la víctima con un grupo de Carabineros y Militares armados, los que lo protegieron mediante la formación de un semicírculo y, en esas circunstancias, la víctima recibió por la espalda un balazo que le produjo la muerte en el mismo lugar, esto es, fuera de su domicilio en el antejardín.

4°.- Que, en relación a la agravante alegada por la parte querellante, el Programa de Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior, vale decir, la circunstancia de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, cabe tener presente que “prevalerse”, es un concepto que equivale a avisar, esto es, quiere decir servirse, aprovechar el carácter público para efectuar el delito.

El agente sólo se prevale si el carácter público le procura o puede procurarle las condiciones favorables que él se representa.

Asimismo, la prevalencia supone que el sujeto ponga la función pública al servicio de sus fines particulares.

5°.- Que, por otra parte, la condición de funcionario público del sentenciado no influyó de manera alguna en la comunicación del hecho ilícito, es decir, el sentenciado Fernández Espinoza no se prevalió de ella, previa decisión de utilizarla, pues la víctima se encontraba en el antejardín de su casa y, en ese lugar, se le disparó. El sentenciado concurrió a la casa de Sepúlveda en funciones del servicio; en su calidad de Capitán de Carabineros y, en tales condiciones, se dio muerte a don Carlos Sepúlveda Palavecino.

6°.- Que, la minorante de responsabilidad penal que concurre en la especie, esto es, la de irreprochable conducta anterior, este tribunal la considera como muy calificada en los términos que se señala en el artículo 68 bis del Código Penal, pues para todos los efectos legales, el sentenciado no tiene otros antecedentes negativos, de manera que el Tribunal puede rebajar en un grado al mínimo de la pena legal establecida para el delito de que se

trata, quedando en esta en presidio mayor en su grado mínimo, facultad de que esta Corte hará uso.

7°.- Que para los efectos de determinar la sanción aplicable, debe considerarse que favorece al encausado la minorante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, la que como se dijo, este Tribunal, la considerará como una atenuante muy calificada.

Por estos fundamentos, lo informado por el señor Fiscal Judicial a fojas 1188, lo dispuesto en los artículos 689 bis, 391 N°1 del Código Penal; artículos 523 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apelada de treinta y uno de enero de dos mil catorce, escrita a fojas 1118 y siguientes, con declaración que Santiago Fernández Espinoza queda condenado como autor del delito de homicidio calificado de Carlos Alberto Sepúlveda Palavecino.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Arcos, quien estuvo por mantener la calificación de los hechos como homicidio simple, previstos en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, por estimar que en el presente caso no se encuentra configurado la figura del homicidio calificado, del artículo 391 N° 1 del mismo cuerpo legal, en atención a que como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema en la causa rol N°3532-2014, hay acuerdo en la doctrina y jurisprudencia en el sentido que tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, “ánimo alevoso”, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando estén dadas. El simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para estimar que un homicidio ha sido cometido con alevosía. En efecto, las condiciones de aseguramiento deben haber sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela existencia de ánimo alevoso, que es un elemento subjetivo como se deduce del Código español y del nuestro.

Que, de los hechos establecidos en la presente sentencia, no se desprende que el procesado haya buscado de propósito la situación favorable para cometer el delito sino más bien que se aprovechó de las circunstancias existentes en esos momentos, lo que obsta a configurar la calificación de alevosía.

Por lo anterior, este disidente es de opinión de confirmar la sentencia y la pena impuesta a Santiago Humberto Fernández Espinoza, como autor del delito de homicidio simple de Carlos Sepúlveda Palavecino.

Regístrese y en su oportunidad, devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Christian Hansen Kaulen y de la disidencia el Ministro señor Arcos.

ROL 10-2014-CRIMEN

Pronunciada por el Presidente *Subrogante* don *Guillermo Arcos Salinas*, el Ministro don *Christian Hansen Kaulen* y el Abogado Integrante don *Gonzalo Barra Palma*. Autoriza la señora Secretaria *Subrogante* *Miriam Contreras Fuentes*.

En Chillán, a *cinco de agosto* de dos mil catorce, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede y la de fojas 1217.