

Santiago, dos de diciembre de dos mil veintiuno

Vistos:

En estos antecedentes rol de esta Corte Suprema N° 17518-19 instruidos por la Ministro en Visita Marianela del Carmen Cifuentes Alarcón, por Homicidio, Ingreso N° 3.359-2018, por sentencia de primera instancia, de treinta y uno de agosto de dos mil dieciocho, escrita de fojas 2406 a 2505, se condenó a Juan Avenido Tapia Pacheco en calidad de autor del delito de homicidio simple, en grado consumado, cometido en contra de Eduardo Germán Vielma Luengo, el día 4 de septiembre de 1986, en la comuna de La Cisterna, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, reconociéndole los abonos que precisa.

La misma sentencia condenó a Jorge Aníbal Escobar Cantillana y Carlos Raúl Ruiz Medrano, en calidad de encubridores del delito de homicidio simple, en grado consumado, cometido en contra de Eduardo Germán Vielma Luengo, el día 4 de septiembre de 1986, en la comuna de La Cisterna, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. Se les suspendió el cumplimiento real y efectivo de la pena privativa de libertad impuesta y se les concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sujetos a la discreta observación y asistencia de la autoridad administrativa por el mismo término de la condena, sin que existan abonos que considerar.



Finalmente, condenó a Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres en calidad de encubridores del mismo ilícito, a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. Se les suspendió el cumplimiento real y efectivo de la pena privativa de libertad impuesta y se les concedió el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena, debiendo permanecer sujetos a la discreta observación y asistencia de la autoridad administrativa por el mismo término de la condena, sin que existan abonos que considerar, respecto del encausado Zapata Torres y reconociéndole a Geraldino González los abonos que indica.

En su aspecto civil, la sentencia acogió la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta por Toribia del Carmen Luengo, Manuel Segundo Henríquez Luengo, Evit del Carmen Johns Luengo y Juana Haydée Johns Luengo, en calidad de madre y hermanos de Eduardo Germán Vielma Luengo, en contra del Fisco de Chile, representado por María Eugenia Manaud Tapia, Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, debiendo pagar el demandado, por concepto de daño moral, la suma total de \$250.000.000; \$100.000.000 para la madre y \$50.000.000 para cada uno de los hermanos, más reajustes desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada hasta su pago efectivo e intereses desde que se constituya en mora y el pago de las costas de la causa.

La mencionada sentencia fue apelada por el Programa de Derechos Humanos, los querellantes y el Consejo de Defensa del Estado, así como por los condenados Juan Avenido Tapia Pacheco, Luis Fabián Zapata Torres y Víctor Manuel Geraldino González.



Dichos recursos fueron conocidos por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que por sentencia de 29 de mayo de 2019, que se lee a fs.2664 y siguientes, en su aspecto penal la revocó en cuanto por ella se condenó en costas al sentenciado Víctor Manuel Geraldino González, eximiéndolo de dicha carga y la confirmó en lo demás, con declaración que el acusado Juan Avenido Tapia Pacheco queda condenado en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Eduardo Germán Vielma Luengo, perpetrado el 4 de septiembre de 1986 en la comuna de La Cisterna, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas. Asimismo, los acusados Jorge Aníbal Escobar Cantillana y Carlos Raúl Ruiz Medrano, quedan condenados en calidad de encubridores del delito de homicidio calificado de Eduardo Germán Vielma Luengo, perpetrado el 4 de septiembre de 1986 en la comuna de La Cisterna, a sufrir cada uno la pena de ochocientos veinte días de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión para cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. En cuanto al beneficio de remisión condicional de la pena, el plazo de observación y asistencia a la autoridad administrativa correspondiente, será de ochocientos veinte días. Finalmente, los acusados Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres, quedan condenados en calidad de encubridores del delito de homicidio calificado de Eduardo Germán Vielma Luengo, perpetrado el 4 de septiembre de 1986 en la comuna de La Cisterna, a sufrir cada uno la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo y a la accesoria de suspensión para cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Se condena, además, en costas al



acusado Zapata Torres y se mantiene el abono que se le reconoce al procesado Geraldino González en el fallo en alzada.

En su aspecto civil, revocó la sentencia en aquella parte que condenó en costas al Fisco de Chile y en su lugar se decidió que lo libera de dicha carga. Se confirmó en lo demás apelado, el referido fallo con declaración que se reduce el monto de la suma ordenada pagar por el Fisco de Chile, por concepto de daño moral, a los demandantes Evit del Carmen Johns Luengo, Juana Haydee Johns Luengo y Manuel Segundo Henríquez Luengo, a la suma de \$20.000.000 (veinte millones de pesos), más los reajustes e intereses indicados en el fallo que se revisa.

Contra esta decisión, la Unidad del Programa de Derechos Humanos, así como el representante del acusado Juan Avenido Tapia Pacheco dedujeron recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación por decreto de cuatro de julio de 2019, de fs. 2694.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el caso en estudio, la defensa del condenado Juan Avenido Tapia Pacheco promovió a fojas 2670, recurso de casación en el fondo contra la sección penal del fallo, el que desarrolla en cuatro capítulos.

Por el primero invoca la causal séptima, del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando la infracción de los artículos 15 N°1 y 391 N°1 del Código Penal; 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal, relativos a la prueba de testigos, 485, 486 y 488 N° 1 y 2 del mismo cuerpo legal respecto a la presunción judicial, y el artículo 456 bis del mismo código en relación a ambas infracciones.



Desarrollando el motivo de su agravio indica que no existe en el proceso prueba válida que permita concluir que Eduardo Vielma fue interceptado por Carabineros, que hubo un forcejeo con él y que su representado fue quien le disparó. Señala que los testigos Manuel Henríquez Luengo y O'Higgins Osses Morales, conforme se estableció en el considerando 13°, párrafo 2° de la sentencia de primera instancia, “no estuvieron en condiciones de apreciar visualment”. Lo mismo ocurre con el testigo Edgardo Perloz Campos, que se encontraba apostado a sesenta u ochenta metros de distancia, por calle Cerro Negro, al sur del cruce con Avda. Ossa.

A continuación, luego de reproducir parcialmente las declaraciones del acusado Víctor Geraldino González, esgrime que además de “mentir reiteradamente”, éste no imputa a su representado como autor del ilícito, sino que solo señaló que el disparo que causó la muerte a la víctima provino de la parte delantera del bus, lugar donde se encontraban tanto Juan Tapia Pacheco como Carlos Ruiz Medrano, para posteriormente concluir que el autor del disparo fue Juan Tapia, porque “portaba un arma de fuego de la misma marca y calibre de la empleada para percutir el proyectil que provocó la muerte de la víctima”. Enseguida, asevera que los dichos de Luis Fabián Zapata Torres tampoco permiten establecer la participación de Tapia Pacheco, pues éste se limitó a expresar que él entregó a Juan Tapia Pacheco una pistola ametralladora Uzi.

En virtud de dicho análisis concluye que la sentencia yerra cuando conforme a los arts. 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal le atribuyó a los mencionados deponentes la calidad de testigos para establecer la participación



culpable de Juan Tapia, lo que tampoco constituye una presunción judicial, por ser única y no reunir los requisitos del art. 488 N°2, del cuerpo legal ya citado.

Finaliza denunciando la transgresión del art. 456 bis del Código de Procedimiento Penal, ante la insuficiencia –en su concepto- de elementos de prueba que permitan condenar a su representado.

En su segundo segmento desarrolla la causal del art. 546 N°2 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los arts. 1, 15 N° 1 y 391 N°1 del Código Penal, por haber incurrido los sentenciadores en una equivocada calificación del delito y aplicación de la pena señalando que no basta el simple desvalor de condiciones fácticas y de seguridad o el simple aprovechamiento de las mismas condiciones objetivas, para que se configure el delito de homicidio calificado sino que es necesaria una voluntad determinada del hechor, de crear dichas condiciones o de aprovecharlas, lo que no aconteció en la especie.

A continuación invoca la causal contemplada en el Art. 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los arts.1, 15 N° 1 y 391 N°1, calificante primera del Código Penal, señalando que producto de la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, se le atribuyó erróneamente participación a Juan Avenido Tapia Pacheco, no obstante que dicho ilícito fue cometido por un tercero que a la fecha no ha sido identificado. Producto de lo anterior, estima que se ha incurrido en una falsa aplicación del art. 1° y 15 N°1 del Código Penal, en relación al art. 391 N°1 del mismo cuerpo legal.

Finalmente y en subsidio desarrolla por la misma causal la transgresión de los arts. 391 N°1, 103, 11 N°6 y 68 del Código Penal, denunciando que al fijar la naturaleza y el grado de la pena se incurrió en un error de derecho, por haber



aplicado la de presidio mayor en su grado mínimo, no obstante que la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, reconocida por el fallo de segundo grado permite tener el hecho como revestido de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, lo que sumado a la minorante del art. 11 N° 6 del Código Penal y conforme al art. 68 del código sustantivo, permite rebajarla en dos grados, quedando en definitiva en la presidio menor en su grado máximo.

En virtud de lo anterior, solicita que se invalide la sentencia recurrida y que en la de reemplazo se declare que se absuelve al procesado del cargo de autoría del delito de homicidio calificado, desestimando la acusación, adhesión a la acusación y acusación particular, con condena en costas.

Respecto de la causal subsidiaria pide que una vez invalidado el fallo impugnado se dicte sentencia de reemplazo, “disponiendo lo pertinente conforme a la naturaleza de la causal acogida”.

SEGUNDO: Que el recurso de fojas 2670, deducido por el Programa Continuación de la Ley 19.123, se sustenta únicamente en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal y los artículos 5° de la Constitución Política de la República, 1.1, 2° y 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 27, 53 y 54 de la Convención de Viena y 15, 1, 21, 64 y 68 del Código Penal.

Estima que el vicio se configuró, en la especie, al reconocerse incorrectamente a los condenados Juan Avenido Tapia Pacheco, Carlos Raúl Ruiz Medrano, Jorge Aníbal Escobar Cantillana, Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres, la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, entendiéndola como una atenuante muy calificada, que llevó



erróneamente a los sentenciadores a imponerles una sanción menor a la que en derecho correspondía. Señala que no se trata de un delito corriente, sino de un delito contra el Derecho Internacional, de lesa humanidad, el cual se caracteriza por ser imprescriptible e inamnistiable, de manera que se encuentra proscrita toda medida excluyente de responsabilidad penal. Es dicho carácter el que impide la aplicación del artículo 103 del Código Penal, pues lo que es imprescriptible, lo es en su totalidad y no a retazos. Agregan que rebajar la pena en los términos efectuados, significa desnaturalizar el castigo y menoscabar las obligaciones internacionales suscritas por Chile sobre la materia. Finalmente, indican que la aplicación del artículo 103 del Código Penal, también vulnera el principio de la proporcionalidad de la pena, por el cual la sanción debe ser adecuada a la gravedad del delito, lo que no ocurre en la especie.

Termina describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger el recurso y, dictar una sentencia de reemplazo, que condene a Juan Avenido Tapia Pacheco, Carlos Raúl Ruiz Medrano, Jorge Aníbal Escobar Cantillana, Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres, como autor el primero y encubridores los cuatro últimos, del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Eduardo Germán Vielma Luengo, imponiéndole a Tapia Pacheco, la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales; a Carlos Raúl Ruiz Medrano y Jorge Aníbal Escobar Cantillana la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales; y a Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales.



TERCERO: Que previo al estudio de los recursos, es conveniente recordar los hechos que el tribunal ha tenido por demostrados y que se estimaron por la sentencia de segundo grado como constitutivos del delito de homicidio calificado previsto en el artículo 391 N°1 del Código Penal, en su carácter de lesa humanidad. Tales son los que a continuación se reproducen:

1° Que el día 4 de septiembre de 1986, alrededor de las 21:00 horas, en el marco de una jornada de manifestaciones populares con motivo de conmemorarse un año más desde la elección de Salvador Allende Gossens como Presidente de la República, Eduardo Germán Vielma Luengo salió desde su domicilio, ubicado en calle Cerro Negro N° 8.991 de la comuna de La Cisterna, acompañado de Leonel Patricio Constanzo Sepúlveda y del niño Néstor Antonio Medina Johns, a comprar cigarrillos a un almacén situado en las inmediaciones.

2° Que, instantes después, en circunstancias que Eduardo Vielma Luengo caminaba junto a las personas mencionadas por calle Cerro Negro, al llegar a avenida Ossa, fue interceptado por funcionarios policiales de dotación de la 10° Comisaría de Carabineros de la Cisterna, que se movilizaban en un bus de la Institución, puntualmente por el Teniente Carlos Raúl Ruiz Medrano y los Carabineros Juan Avenido Tapia Pacheco, Jorge Aníbal Escobar Cantillana, Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres.

3° Que, acto seguido, estando Eduardo Vielma Luengo frente al inmueble de avenida Ossa N° 1.211, metros al poniente de la citada intersección, Juan Tapia Pacheco disparó en su contra, por la espalda, penetrando el proyectil a la cavidad torácica, tras lo cual atravesó el pulmón derecho, causó un hemotórax y anemia aguda y, seguidamente, la muerte.



4° Que, en lugar de denunciar las circunstancias de comisión del mencionado delito, los referidos funcionarios policiales efectuaron una serie de maniobras para ocultarlas, tanto del resto de los funcionarios policiales que los acompañaban como de la autoridad policial y judicial.

CUARTO: Que, tal como se dijo, los hechos expuestos precedentemente fueron considerados en la sentencia de segunda instancia, como constitutivos del delito de homicidio calificado, en su carácter de lesa humanidad, modificando con ello la calificación jurídica de la sentencia de primer grado al tener por concurrente la circunstancia calificante de la alevosía en su comisión.

Para ello, los sentenciadores consideraron que “el día de los hechos, en horas de la noche y cortada la luz del alumbrado público, la víctima encontrándose próximo a la esquina de Avenida Ossa con Cerro Negro y, solo, porque sus acompañantes al ver la presencia policial se devolvieron al domicilio del cual habían salido los tres, fue interceptado por varios funcionarios de Carabineros de la 10ª Comisaría de La Cisterna que descendieron de un bus que había acudido al sector por aviso de disturbios, durante el desarrollo de protestas en la Población La Bandera, con los cuales la víctima tuvo un forcejeo y después recibe un disparo en la espalda, camina un trecho y cae al suelo, acto seguido los funcionarios policiales se retiran del lugar y regresan poco después, encontrando el cadáver de Eduardo Vielma Luengo en vía pública”, lo que en el caso concreto estimaron como homicidio alevoso, por la concurrencia de la modalidad de ejecución de obrar sobre seguro, aprovechando condiciones fácticas que permitían al agente descartar todo riesgo para su persona en la comisión del ilícito.



En efecto, indicaron los jueces del fondo que “la acción atribuida al autor del delito, da cuenta de un obrar sobre seguro, puesto que la víctima se encontraba solo en la calle, sin que exista constancia alguna que portara algún arma -sea blanca o de fuego- que justificara alguna reacción defensiva de parte de quienes lo interceptaron; el sector donde ocurren los hechos carecía de luz artificial, era de noche y, por otra parte, no existe constancia de que Vielma Luengo haya intentado darse a la fuga para justificar, en esas condiciones, un disparo por la espalda”. Acto seguido explicaron que “un disparo por la espalda, en momentos donde no había más civiles visibles en la vía pública, en un sector, como ya se dijo, que había sufrido el corte de luz, en horas de la noche, evidencia que, quien efectuó tal disparo, ejecutó el homicidio con seguridad, sin riesgos para él, procediendo con cautela y sobreseguro, atacando a la víctima cuando ésta se hallaba indefensa, utilizando además, un arma de fuego de gran efectividad, una ametralladora marca UZI calibre 9 mm, idónea para causar la muerte de la persona contra la cual se utiliza y sin que ésta tuviese la posibilidad de repeler o evitar un eventual ataque, hechos conocidos por el acusado, así como la situación política por la que atravesaba el país en esa fecha (año 1986), que aseguraba alejar todo peligro hacia su persona, esto es, la impunidad. A mayor abundamiento, había más funcionarios de Carabineros que formaban parte de un piquete al que se le dio la orden de descender en Avenida Ossa con Cerro Negro, no pudiendo pasar inadvertido tal hecho a la víctima”.

QUINTO: Que, por otra parte y en contrario a lo resuelto por la sentencia de primer grado, los jueces de segundo grado decidieron acoger el factor de reducción de la pena prevista en el artículo 103 del Código Penal, en favor de los



acusados Juan Avenido Tapia Pacheco, Carlos Raúl Ruiz Medrano, Jorge Aníbal Escobar Cantillana, Víctor Manuel Geraldino González y Luis Fabián Zapata Torres, teniendo para ello en consideración que “el artículo 103 contempla una atenuante calificada de responsabilidad penal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, la que es independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son distintos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción, siendo ello por motivos históricos-políticos, jurídicos, humanitarios y otros, que se han esgrimido en numerosos fallos.

Ahora bien, tratándose de la media prescripción, los efectos que provoca sobre el responsable de un delito, son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, solo permite proceder a una rebaja de la pena a imponer y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se parece a la prescripción como causal extintiva de responsabilidad criminal, no puede asimilarse a ésta y, en consecuencia, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción penal tendiente a hacer efectiva la responsabilidad por delitos que atenten contra los derechos humanos fundamentales, conocidos como de lesa humanidad, en cuyo caso para evitar la impunidad de tales ilícitos, la prescripción queda excluida. La prescripción gradual -como ya se ha dicho- se trata de una circunstancia dirigida únicamente a atenuar la responsabilidad penal emanada del delito, efecto jurídico similar al que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal”.



Asimismo, señalaron que “no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Punitivo, que hace imperativa para los juzgadores su aplicación en los casos que concurren los presupuestos necesarios para su aceptación”.

Producto de lo anterior indicaron que “en el caso sub iudice estamos frente a la comisión de un delito de homicidio calificado, por lo que a ese plazo ha de sujetarse el cómputo para considerar el transcurso del tiempo. En estos autos se estableció que el delito se cometió el 4 de septiembre de 1986, y aparece que el auto de procesamiento en contra de los acusados – que suspende el cómputo de la prescripción- es de fecha 8 de junio de 2015, de lo que se desprende que el término indispensable para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido con creces”. Por ello, para determinar el quantum de la sanción a imponer a los acusados consideraron además de la concurrencia de la minorante genérica del artículo 11N°6 del Código Penal, la atenuante calificada del artículo 103 del mismo cuerpo de normas, ya citado.

I.- RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO DEDUCIDO POR LA UNIDAD DEL PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS.

SEXTO: Que, una vez conocidas las razones de invalidación presentadas por el recurrente Programa de Derechos Humanos y determinados además los motivos de la sentencia que evidencian los fundamentos de lo decidido, es preciso tener en consideración que la materia en discusión debe ser analizada conforme a la normativa internacional de los derechos humanos contenida principalmente en los Convenios de Ginebra, que impiden la prescripción, total o gradual, respecto



de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter internacional. A la misma conclusión se llega considerando tanto las normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como las de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por cuanto de conformidad a esa normativa, la prescripción gradual tiene la misma naturaleza que la total.

Desde otra perspectiva, la doctrina, sobre esta materia ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, cuando el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justificaría la atenuación de la pena. Sin embargo, es evidente que aquella conclusión es para los casos que no presentan las características de los delitos de lesa humanidad, pues estos son imprescriptibles. En consecuencia, para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, lo que no acontece en la especie, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, debido a que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que solo ocurre en los casos de delitos comunes.

Por otro lado, como se anticipó, se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Esas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea



General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, que señala: “La sanción de los responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.

Por último, tal como esta Corte ha sostenido en numerosos fallos anteriores, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total debe alcanzar necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, debido a que ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como en el de la especie (SCS N° 17887-15, de veintiuno de enero de 2015, N° 24290-16 de 8 de agosto de 2016, N° 44074-16 de 24 de octubre de 2016, N°9345-17, de veintiuno de marzo de 2018, N° 8154-16 de veintiséis de marzo de 2018 y N° 825-18 de veinticinco de junio de 2018).

Que por último, este tribunal además tiene en consideración que 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 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.

SÉPTIMO: Que, en tales condiciones, la sentencia incurrió en el motivo de invalidación en que se funda el recurso de casación en el fondo deducido por el Programa de Derechos Humanos, al acoger la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal, en un caso que era improcedente, lo que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues su estimación, condujo a los jueces del fondo a imponer a los sentenciados un castigo menor al que legalmente correspondía, de manera que el presente arbitrio, será acogido.

II.- RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO IMPETRADO POR JUAN AVENIDO TAPIA PACHECO.

OCTAVO: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido a favor del condenado Juan Avenido Tapia Pacheco, es menester asentar que como es de sobra conocido, el recurso de casación en el fondo constituye un modo de impugnación dotado por la ley de una serie de formalidades que le dan el carácter de derecho estricto, con lo cual se impone a quienes lo deducen que en su formulación precisen con claridad en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, de tal modo que pueda exponerse con exactitud la infracción de ley que le atribuyen al fallo atacado y cómo ese vicio constituye alguna o algunas de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Esta exigencia impide que puedan proponerse por los recurrentes motivos de nulidad subsidiarios o contradictorios unos de otros, ya que al plantearse de esta forma provoca que el arbitrio carezca de la certeza y determinación del vicio



sustancial, con lo cual sería el tribunal el que tendría que determinarlo y no los recurrentes, imponiéndole al fallador de manera improcedente la elección del defecto que pudiera adolecer el fallo cuestionado (SCS Rol N° 20526-18 de 24 de septiembre de 2019 y N° 18650-18 de 23 de marzo de 2020).

NOVENO: Que acorde a lo anterior, cabe advertir que la impugnación hecha por la defensa de Juan Avenido Tapia Pacheco, se funda en las causales contempladas en los numerales séptimo, segundo y primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por las que solicita la absolución de su representado, tanto por considerar que no existen medios de prueba que permitan establecer su participación en el ilícito materia de autos, como por una errada calificación del delito y aplicación de la pena, para enseguida derivado de los mismos hechos anteriormente mencionados, instar por la imposición de un castigo menor, solicitando que se rebaje la pena en dos grados, imponiéndole la de presidio menor en su grado máximo con el beneficio de libertad vigilada.

Por ello, entonces, lo que el compareciente empieza por desconocer, termina siendo aceptado. En consecuencia, se trata, de peticiones incompatibles entre sí, basadas en supuestos distintos, contradictorios e inconciliables, que se anulan recíprocamente, totalmente ajenos al recurso de derecho estricto que es el de casación.

DÉCIMO: Que en las circunstancias expuestas y como consecuencia de las antinomias anotadas, no se ha dado cumplimiento a las exigencias de mencionar expresa y determinadamente la forma en que se ha producido la infracción de ley que motiva el recurso, como ordena el artículo 772 del Código de Procedimiento



Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

Dadas las consideraciones precedentes, representativas de graves imprecisiones en la formalización del individualizado libelo, contrarias a la naturaleza y fines de este recurso de nulidad, procede desestimar, en todos sus capítulos, el promovido en autos en representación del condenado Juan Avenido Tapia Pacheco.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 536, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se decide:

1.-Que **se acoge** el recurso de casación en el fondo formalizado por la Unidad Programa de Derechos Humanos en lo principal de fojas 2670, en contra de la sentencia de veintinueve de mayo de dos mil diecinueve, que corre a fojas 2664, la que se anula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

2. Que se **rechaza** el recurso de casación en el fondo impetrado en lo principal de fojas 2680, por el abogado don Alonso Basualto Arias en representación del sentenciado Juan Avenido Tapia Pacheco.

Regístrese.

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 Tavorlari 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.



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.

