

Santiago, nueve de diciembre de dos mil quince.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 69.614, del Primer Juzgado del Crimen de San Fernando, por sentencia de veintiséis de junio de dos mil quince, a fojas 511, se condenó a **JUAN ALFONSO TOLEDO VENEGAS** a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Eugenio Labbé Peñaloza, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, ocurrido el 30 de enero de 1976, en la comuna de San Fernando, otorgándosele la medida de libertad vigilada.

Elevado en consulta ese fallo a la Corte de Apelaciones de Rancagua, por sentencia de catorce de agosto de dos mil quince, a fojas 546, con adicionales fundamentos, lo aprobó.

Contra dicho pronunciamiento la señora Fiscal Judicial de la Corte de Rancagua, doña Marcela de Orué Ríos, dedujo recurso de casación en el fondo, el que se ordenó traer en relación por decreto de fojas 563.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de casación en el fondo se funda únicamente en la causal 2ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, haciendo una equivocada calificación del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación.

De acuerdo a lo que expresa el libelo, el fallo estimó que el homicidio juzgado en la causa es un delito de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, en circunstancias que por tratarse de un homicidio simple le eran aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal contenidas en la ley interna en los artículos 93, 94, 95, 100 y 102 del Código Penal, 109 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, según plantea, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el del Tribunal Internacional de Nüremberg disponen que crimen de lesa humanidad es el asesinato, ilícito que doctrinaria y jurisprudencialmente corresponde al homicidio calificado. Pero en el caso de la especie, si bien actuaron agentes del Estado, no consta ni se alegó que respecto de la víctima hubiera existido una persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, en cuyo caso podría convenirse que se trató de un delito de lesa humanidad, y aun cuando pudo haber existido un uso desmedido de la fuerza, el hecho se suscitó por la fuga de un detenido quien previamente fue conminado a detenerse y, luego de herido, se le brindó atención médica.

Con esos argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que declare la prescripción de la acción penal ejercida y sobresea definitivamente al sentenciado.

**Segundo:** Que como se lee de la decisión impugnada, son hechos probados en la causa que el 30 de enero de 1976, alrededor de las 02:00 A.M., en la intersección de las calles Manuel Rodríguez y Bernardo O'Higgins de la ciudad de San Fernando, fue herido a bala Luis Eugenio Labbé Peñaloza, el que había sido detenido por una patrulla militar proveniente del Regimiento N° 19 "Colchagua", que controlaba el toque de queda imperante en ese momento.

En esas circunstancias, el jefe de patrulla dejó al detenido a cargo de un soldado conscripto, a la espera del transporte que los llevaría hasta el Regimiento. En un momento de descuido del soldado, el detenido se da a la fuga, siendo dada la orden de alto por el aprehensor, quien al no ser obedecido procede a efectuar dos disparos al aire y finalmente uno directo que da por la espalda a Labbé Peñaloza, el que cae mal herido a pocos metros de distancia.

La herida a bala provocó una lesión en el ángulo esplénico del colon, causa basal de la sepsis producto de la cual la víctima fallece el 7 de febrero de 1976, en el Hospital de San Fernando.

Tales sucesos fueron calificados por el fallo como constitutivos de delito de homicidio simple, del artículo 392 N° 2 del Código Penal, descartando su calificación, dada la inexistencia de ánimo alevoso y de artimañas o maniobras que aseguraran el resultado. El acusado, puntualiza el fallo, cumplió una orden de custodia dada por un superior. Reconoció el temor a la autoridad manifestado por la reprimenda física que recibió después de los hechos y, dado el contexto histórico en que sucede, se enmarca dentro de los crímenes de lesa humanidad, pues el golpe militar trajo aparejado un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, bajo la vigencia del DL N° 3, que mantenía el estado de sitio en el país.

**Tercero:** Que el error de derecho a que se refiere la causal esgrimida se expresa en la equivocada calificación legal de los hechos y que debe estar referida al hecho principal del proceso. En la especie, siendo un determinado delito, el que pretende el recurso, se le estima por el fallo como otro diverso, es decir, correspondiendo el hecho a una determinada figura penal, la sentencia lo incluyó en otra.

**Cuarto:** Que la calificación del delito consiste en identificar los hechos con una determinada figura legal; es lo que los autores llaman la adecuación a un tipo, subordinación, encuadramiento o subsunción del hecho en la figura legal. (Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en materia Penal, Waldo Ortúzar Latapiat, Editorial Jurídica de Chile, 1958, pág 321).

**Quinto:** Que, en consecuencia, para que proceda invocar la causal segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, debe incurrirse en error al calificar la figura específica objeto de la sentencia y sus extremos, como el grado de realización, la forma de la conducta, comprendiendo la acción y la omisión, la calidad del sujeto activo o pasivo, la apreciación del elemento subjetivo del tipo, y, además, que se haya aplicado la pena en conformidad a esa calificación. Entonces, cualquiera sea el error cometido en la significación

jurídica que se atribuye al hecho, en los términos antes indicados, la imposición de la pena se acepta, pero debe adecuarse al correcto título de imputación.

**Sexto:** Que lo pretendido por el recurso es la liberación del castigo, como consecuencia de haber operado la prescripción de la acción penal en favor de acusado y, por ello, ha debido decretarse el sobreseimiento definitivo de la causa, pretensión que es inconciliable con la causal 2<sup>a</sup>, pues lo que se supone por el recurso es que la responsabilidad penal del enjuiciado se halla extinguida por la prescripción.

**Séptimo:** Que siendo suficiente lo antes señalado para desestimar el arbitrio, no puede soslayarse que la denominación legal de homicidio simple es la reservada por el legislador para los hechos declarados en el fallo, de manera que al sancionar al acusado a ese título no se ha incurrido en equivocación alguna.

Por último, cabe advertir que no solo el homicidio calificado es crimen de lesa humanidad, también puede serlo un homicidio simple, pues tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357, son contestes en considerar que las acciones que los constituyen deben formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, además del conocimiento de dicho ataque por parte del agente. Como afirmó el fallo en estudio, el delito de la especie claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados, reprochados ni menos debidamente perseguidos por las autoridades estatales. Estas circunstancias se hallan sobre los criterios contenidos en el numeral 1° del artículo 391 del Código Penal y así lo ha resuelto esta Corte Suprema, como aparece de las sentencias Ingreso 15.507-2013, 25.657-2014 y 32.454-2014, entre otras.

**Octavo:** Que por las consideraciones precedentes el recurso será desestimado.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 535, 546 Nros. 1° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 548, en representación del acusado Juan Alfonso Toledo Venegas, en contra de la sentencia de catorce de agosto de dos mil quince, que se lee a fojas 546.

**Acordada la decisión** por la cual se rechazó la nulidad solicitada por la Fiscalía Judicial **con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Cisternas**, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo y decretar en el fallo de reemplazo el sobreseimiento definitivo de la causa, por prescripción de la acción penal.

Para resolver de esta forma tienen presente lo que sigue:

1.- Que el concepto de delito de lesa humanidad -conforme aparece del examen de la evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia- implica, por exigencia de su núcleo esencial, que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder -usualmente el Estado o el gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquel considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin.

2.- Que en el caso de autos se investigó la muerte de una persona ocurrida durante el período posterior al 11 de septiembre de 1973, en que regía el toque de queda, en circunstancias que tras su detención, intentó fugarse, lo que motivó que el soldado conscripto que se encontraba a cargo de su custodia disparara en dos oportunidades al aire, luego de la orden de detenerse, haciéndolo finalmente al cuerpo frente al desobedecimiento, produciéndose su deceso en el Hospital de San Fernando donde recibía atención médica.

3.- Que el toque de queda es un mecanismo de control de todo o parte de la población del país, de uso en determinados estados de excepción

constitucional, como el de sitio, que regía a la época de ocurrencia de los hechos; mecanismo que ciertamente importa una limitación a derechos fundamentales, pero que se encuentra autorizado en las situaciones excepcionales dichas y es de aplicación general, sin perjuicio que pueda tener extensión local o regional.

4.- Que, en tales condiciones, no cabe asignar a lo ocurrido con motivo de los hechos investigados en esta causa las características señaladas en el razonamiento primero de este disidente, lo que impide considerar que la muerte de la víctima -del todo lamentable, por cierto- sea resultado de un delito de lesa humanidad y que, por lo mismo, las acciones respectivas que de allí emanan sean imprescriptibles.

5.- Que, dicho de otro modo y en forma más concreta, el mérito de autos no permite concluir que el toque de queda y su control, en los hechos aquí investigados, sean medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente -o de agentes determinados del Estado o de este mismo- encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad -jefe de plaza- que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad, como se constata en las numerosas causas de derechos humanos que se conocen por la judicatura.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N° 12.527-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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