

Santiago, veinte de marzo de dos de mil dieciocho.

Vistos:

En los autos Rol N° 35.788-2017 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fuero don Leopoldo Llanos Sagristá, por sentencia de doce de febrero de dos mil dieciséis, escritas a fojas 1684, condenó a Omar Segundo del Carmen Vega Vargas y Luis Orlando González Cuevas, a cada uno a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo; accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y costas, como autores del delito de homicidio simple de Arcadia Patricia Flores Pérez, perpetrado el 16 de agosto de 1981. Atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, la sentencia les concede el beneficio de libertad vigilada.

Apelada dicha sentencia por los condenados, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de trece de junio de dos mil diecisiete, que rola a fojas 1885 de autos, la confirmó.

Contra ese último pronunciamiento, la defensa de Luis González Cuevas dedujo recursos de casacion en la forma, que fue declarado inadmisibile y en el fondo, impugnación esta última que también fue interpuesta por la defensas de Omar Vega Vargas, la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo y la querellante Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos, que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 2003.

Considerando:

En cuanto al recurso de casación en el fondo intentado por el condenado González Cuevas:



Primero: Que el recurso de nulidad sustancial del sentenciado González Cuevas se sustenta, en primer lugar, en la causal 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, hipótesis que relaciona con los artículos 459, 473, 482, 485 y 488 del mismo código.

Señala al efecto la defensa de González Cuevas que en la especie se han infraccionado las leyes reguladoras de la prueba concernientes a la testimonial, pericial y a las presunciones, ya que con las dos primeras se ha podido acreditar medianamente los hechos de la causa, esto es, su fecha, la identidad de la víctima y la causa de su muerte, así como la forma en que se llegó a su domicilio. Pero no es posible establecer de las pericias médicas efectuadas a lo largo de la investigación, la certeza de que la muerte de Arcadia Flores fue consecuencia de la acción de terceros, sino, solo una de las posibles alternativas, no pudiendo descartarse una acción suicida de parte de la víctima. Y pese a las pericias contradictorias o la falta de concurrencia de presunciones de tal entidad que permitan establecer que la muerte de la víctima hubiera sido provocada por la acción policial, el sentenciador tuvo por demostrado los hechos que configuran un delito de homicidio simple y la calidad de autor de González Cuevas de ese ilícito.

La segunda denuncia se refiere a la vulneración del artículo 546 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 1, 15 y 391 del Código Penal y 456 bis del Código de Procedimiento Penal, por cuanto por la prueba rendida el hecho no puede subsumirse en el tipo penal de homicidio simple, por cuanto lo acreditado es que doña Arcadia Flores se suicidó.

Por eso, termina solicitando la nulidad del fallo atacado y se dicte uno de reemplazo que absuelva al recurrente.



Segundo: Que previo a la decisión de lo propuesto, resulta necesario tener en consideración que los jueces del fondo asentaron como hechos de la causa los que siguen:

- a) Que a las 08:30 horas del 16 de agosto de 1981, fue detenido por funcionarios de la Brigada Investigadora de Asaltos de la Policía de Investigaciones, Guillermo Aurelio Rodríguez Morales , quien el 14 de septiembre de 1973 fue condenado por un Consejo de Guerra, a veintitrés años de presidio, y mediante decreto 504 se le conmutó por extrañamiento, saliendo del país a Canadá; ingresó en 1978 en forma clandestina a Chile, y se encargó de desarrollar una milicia de resistencia al gobierno militar; una de cuyas integrantes era Arcadia Patricia Flores Pérez, de 27 años de edad, soltera, con estudios de periodismo en la Universidad de Chile. Militaba en el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) donde ocupó el cargo de sub-jefa de la Estructura Miliciana y Jefa de Organización, la cual pasó a ser pareja de Rodríguez Morales, arrendando una pieza en calle Santa Petronila N° 644 de Quinta Normal. En esas circunstancias, se organizó un operativo para realizar el allanamiento al inmueble mencionado, al que concurrieron varios miembros de la Brigada Investigadora de Asaltos (a lo menos diez), disponiéndose que las personas que iban a entrar al inmueble fueran los funcionarios que tenían la calidad de jefe y subjefe de la Subcomisaría a cargo de la diligencia, por tener mayor antigüedad; una vez que éstos ingresaron al inmueble, caminaron por un pasillo que terminaba en un patio interior, y atrás de los anteriores, los siguieron en “fila india” varios funcionarios, entre ellos Nelson Roberto Cortés Gutiérrez;



permaneciendo Carlos Juvenal Díaz en las afueras del inmueble. El jefe de la Subcomisaría encontró a dos personas, Osvaldo del Tránsito Rojas Castillo y Sara del Carmen López Llantén, a quienes trasladó de inmediato hasta la parte posterior del inmueble, en tanto que el sub jefe ingresó a la habitación de la casa en que se encontraba Arcadia Flores Pérez. Ésta, que tenía en su poder un revólver calibre 38 y se encontraba tendida en una cama, intercambió disparos con los policías y recibió varias heridas de bala de carácter mortal, falleciendo en el lugar.

- b) De acuerdo al protocolo de autopsia, la víctima recibió disparos de bala que le provocaron las siguientes heridas: “a) cráneo-encefálica con salida de proyectil, b) torácica anterior derecha con salida de proyectil, cerca de línea de cresta ilíaca derecha, c) torácica anterior derecho sin salida de proyectil, alojado en el pulmón derecho. 3.- Estas lesiones se consideran necesariamente mortales. 4. Hay otra herida de bala en el muslo derecho sin salida de proyectil (la bala es de plomo y está muy trastocada). 5.- Otra herida en región hipotenar derecha con salida de proyectil”.

Tales hechos se estimaron como constitutivos del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.

Tercero: Que respecto de la participación del acusado González Cuevas como autor de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 15 del Código Penal, los jueces del fondo señalan que conforme a sus propios dichos, así como lo consignado en el parte policial N° 1386/0702 y las declaraciones de Guillermo Eduardo Toledo Navarro y Nelson Roberto Cortés Gutiérrez, concluyeron que el encartado fue uno de los policías que primero



ingresó a la casa habitación en que se encontraba la víctima, y aunque no señala haber disparado en contra de ésta, ello no resulta verosímil y se contrapone con el documento acompañado por la defensa (documento emanado del médico Hernán Lechuga Farías), en cuanto afirma que los disparos se le hicieron frontalmente –por tanto, desde la entrada de la habitación, lo que coincide con la posición del cadáver, según el croquis del informe policial de fs, 4 del expediente rol 631-81, de la Primera Fiscalía Militar-, y con sus propios dichos, en cuanto reconoce que fue quien ingresó primero a la habitación en que se encontraba la víctima, y que ésta le disparo, fuego que fue respondido por los funcionarios policiales. También consideran que se pudo establecer que la Segunda Subcomisaría de la Brigada Investigadora de Asaltos- de la cual era sub-jefe- andaba tras los pasos de Guillermo Rodríguez Morales, dirigente del MIR en la clandestinidad, obteniendo la dirección de la casa de seguridad en que vivía junto a Arcadia Flores Pérez; y que planificaron dirigirse a ese lugar -llevando prisionero a Rodríguez- junto a un grupo de policías en varios automóviles, uno tripulado por él mismo, y todos armados, previendo la posibilidad de que aquella se resistiera al arresto, representándose y aceptando, en consecuencia, que podría haber un enfrentamiento en que harían uso de las armas y que podría concluir con la muerte de Flores Pérez.

Cuarto: Que, analizando el recurso de González Cuevas, resulta forzoso recordar, como esta Corte ha señalado reiteradamente, que el recurso de casación en el fondo tiene por objeto velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas llamadas a dirimir la controversia, con el objeto de que este tribunal pueda cumplir con la función uniformadora del derecho asignada por la ley. De la misma manera, es necesario también tener en



cuenta que esta Corte ya ha señalado reiteradamente que, al no constituir esta sede instancia, la revisión de los hechos asentados en el juicio y que determinan la aplicación de las normas sustantivas a dirimir lo debatido no es posible, salvo que se denuncie que al resolver la controversia los jueces del fondo se han apartado del onus probandi legal, han admitido medios de prueba excluidos por la ley o han desconocido los que ella autoriza, o en que se ha alterado el valor probatorio fijado por la ley a las probanzas aportadas al proceso.

Quinto: Que, conforme a lo expresado, y habiéndose invocado la causal 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, cuyo fundamento es la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, cabe advertir que ninguna de las disposiciones legales denunciadas como infringidas revisten ese carácter.

En efecto, el artículo 485 del código citado contiene la definición de presunción, de modo que es absolutamente ajeno a una norma reguladora.

A su turno, los artículos 459, 473 y 482 otorgan meras facultades a los jueces, por lo que, al no imponerles determinados deberes en materia probatoria, se hallan al margen del concepto “leyes reguladoras de la prueba”.

En cuanto a la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, tampoco podrá ser acogida, por cuanto según Jurisprudencia reiterada de esta Corte, sólo el numeral 1º de dicho precepto y el numeral 2º, en cuanto exige multiplicidad, son genuinas normas reguladoras de la prueba. La alusión genérica al artículo en cuestión, comprensiva de todos sus numerales, no es apta para sustentar la causal de casación de que se trata.

Sexto: Que, en razón de lo anterior, deberá desestimarse el primer motivo de nulidad esgrimido por el recurrente.



Séptimo: Que, respecto de la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal alegada para sostener que la sentencia ha calificado como delito un hecho lícito, ella no puede prosperar, toda vez que los hechos asentados por el fallo han quedado inamovibles, por no vulnerarse norma reguladora de la prueba alguna en dicha labor jurisdiccional. Tales hechos configuran el delito de homicidio simple contemplado en el artículo 391 del Código Penal y la participación que al acusado se imputa se ajusta a uno de los casos de autoría que trata el artículo 15 de ese cuerpo legal, (N° 1 como afirma el considerando 18° del fallo de primera instancia), de manera que la infracción denunciada de dichas disposiciones sustantivas debe ser desestimada.

En cuanto al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, esta disposición, atendida su naturaleza, de contener un principio informador, una “base general”, resulta inconducente a los efectos perseguidos por el recurrente.

Por lo expuesto y razonado, no resulta posible admitir las infracciones de derecho alegadas y por consiguiente, se debe rechazar el recurso en todas sus partes.

En cuanto al recurso de casación en el fondo intentado por el condenado Vega Vargas

Octavo: Que, por su parte, la defensa de Vega Vargas funda el recurso en las causales establecidas en los N° 7, 5 y 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Expresa el recurrente que se infringieron las leyes reguladoras de la prueba, específicamente los artículos 456 bis, 459, 472, 476, 481, 485 y 488 N° 1, 2 y 4 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 546 N° 7 del



mismo cuerpo legal, por cuanto el fallo recurrido da por establecido hechos que no se encuentran debidamente probados, sin que se haga cargo de las alegaciones de esa defensa, que origina una errónea calificación de los hechos establecidos y el quebrantamiento de los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 50, 68, 69, 74 y 391 N° 1 del Código Penal, por cuanto quedó demostrado, a su juicio, que se trataba de un enfrentamiento entre funcionarios policiales y los miembros de un grupo criminal, dejando de valorar las pruebas que favorecían al acusado.

Así, expresa que existen una serie de documentos, testimonios e informes periciales que acreditan que el procedimiento policial adoptado obedeció a una orden emanada de la Tercera Fiscalía Militar de Santiago, que facultaba para allanar y detener a las personas identificadas como autoras de delitos de maltrato de obra a Carabineros y robos y en ese procedimiento existió una oposición armada de parte de la víctima Arcadia Flores.

Por lo anterior y debido a la prueba testimonial y pericial contradictoria, no se reúnen los requisitos para estimar que concurren presunciones para dar por acreditado los hechos establecidos en el fallo recurrido.

Una segunda vulneración se refiere a las normas de extinción de la responsabilidad penal, en específico la prescripción, conforme al artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, al no aplicarla atendido que los hechos no son de lesa humanidad y corresponden al resultado de un procedimiento policial legítimo.

También se denuncia la vulneración a las normas sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, contemplada en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el tribunal de alzada no se pronunció sobre la aplicación de la circunstancia contemplada en el



numeral 1° del artículo 11 en relación al N° 10 del artículo 10, ambos del Código Penal, como tampoco se pronunció sobre la concurrencia de la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del mismo cuerpo legal, por cuanto el acusado se presentó voluntariamente a notificarse del auto de procesamiento y compareció a todos los actos del procedimiento, prestando declaración, a pesar del tiempo transcurrido.

Así también, los sentenciadores no aplicaron la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, pues existe fecha cierta de la ocurrencia de los hechos, desde que se puede contar el plazo establecido por la disposición citada, constituyendo una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, independiente de la prescripción.

De lo expuesto, termina solicitando se invalide la sentencia, dictando la de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley, absolviendo al sentenciado Vega Vargas.

Noveno: Que, como cuestión previa, ha de rechazarse la alegación conjunta de factores conducentes a no responsabilizar penalmente al acusado y de circunstancias que sólo mitigarían su responsabilidad penal, determinando, en su caso, una menor penalidad.

Se trata, en consecuencia, de planteamientos incompatibles y subsidiarios, pues las causales invocadas no pueden proponerse en forma conjunta, desde que ello importaría que, ante la pluralidad de argumentos, sea esta Corte quien opte por alguno de los motivos de nulidad invocados, función que inequívocamente no le corresponde al Tribunal Supremo. El segundo postulado –alegación de circunstancias atenuantes- supone el abandono de la tesis anterior, condiciones éstas en que el arbitrio, por desentenderse de la



ritualidad propia de un recurso de derecho estricto, no puede prosperar. (En este sentido, SCS, 02.08.2016, Rol 34.156-15; 08.09.2016, Rol 27.627-16).

Que, sin perjuicio de lo anterior, bastante para rechazar el libelo, cabe precisar que, en lo tocante a la causal 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, los artículos 456 bis, 459, 472, 476, 481 y 485 de dicho cuerpo legal, no son según constante jurisprudencia, leyes reguladoras de la prueba, de manera que no son preceptos legales idóneos para apoyar en su vulneración el recurso de que se trata.

En cuanto al artículo 488 Nros 1, 2 y 4 del mismo Código, que se dice infringido, basta con repetir lo que esta Corte tantas veces ha declarado, en cuanto a que sólo el numeral 1 de dicho precepto y el numeral 2, en la parte que exige multiplicidad de presunciones, son genuinas leyes reguladoras; en consecuencia, la forma incorrecta en que se postula la infracción de tal precepto hace imposible avocarse a su examen.

Que, por todo lo expresado, los hechos establecidos en la sentencia de alzada quedan inamovibles y este carácter impide absolutamente revisar los supuestos errores de derecho cometidos por los sentenciadores en la parte sustantiva de su decisión, que se apoya, precisamente, en los supuestos fácticos que no ha podido ser alterados por el recurso.

Que, en el libelo de casación se acusa también como infringida la normativa sobre prescripción de la acción penal, invocando a este respecto el numeral 5º del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, argumentando el recurrente que en la especie no se trata de un delito de lesa humanidad, el cual, al no tener este carácter, es prescriptible de acuerdo a las reglas generales.



En los motivos 11° y 12° de la sentencia de primer grado, reproducidos por la de alzada, se contiene los argumentos que llevaron a los juzgadores a concluir que se trata de un delito de lesa humanidad, razonamientos plenamente coincidentes con los que ha explicitado esta Corte Suprema en numerosas decisiones. (Entre otras, SCS, 11.10.2011, Rol 6221-10; SCS 20.03.2014, Rol 1686-13; SCS, 30.06.2014, Rol 3641-14; SCS, 02.02.2014, Rol 1813-14; SCS, 16.10.2014, Rol 4549-14; SCS 10.11.2014, Rol 21.177-14).

Si los tribunales establecieron como una verdad jurídica que el ilícito cometido es de lesa humanidad, basándose para ello en un cúmulo de antecedentes vinculados al hecho perpetrado, a sus circunstancias de comisión y al propósito y motivación de sus responsables, el recurrente, que controvierte dicha calificación, debería demostrar lo equivocado o falso de la base fáctica de tal conclusión, ya que el derecho se aplica a los hechos, obligación que no se satisface en su escrito.

Décimo: Que, sin perjuicio de lo argumentado precedentemente y en lo referido a la falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, al haberse establecido la calificación de los hechos de esta causa como delitos de lesa humanidad, tampoco podrá prosperar, pues es criterio reiterado de esta Corte que no puede prescindirse de la normativa de derecho internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción como de la llamada media prescripción en esta clase de delitos, por entender tales instituciones estrechamente vinculadas en su fundamento y en consecuencia, contrarias a la regulación de los Convenios de Ginebra, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y, en general, a las normas de *ius cogens* de derecho internacional de Derechos Humanos que excluyen en esta clase de delitos la impunidad y la



imposición de penas no proporcionadas a la gravedad de los delitos, fundándose únicamente en el mero transcurso del tiempo.

Undécimo: Que, por otra parte, es conveniente subrayar que, cualquiera sea la interpretación del fundamento de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, lo cierto es que su literalidad no impone una rebaja obligatoria de la pena, sino que se remite expresamente a las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 de dicho cuerpo legal para su determinación, reglas que consideran las rebajas de penas allí previstas, como una facultad de los jueces del fondo cuyo ejercicio no puede ser corregido por esta vía.

Duodécimo: Que, en atención a lo razonado precedentemente, no resulta posible admitir las infracciones de derecho alegadas por la defensa del sentenciado Vega Vargas y, en consecuencia, su recurso deberá ser rechazado en todas sus partes.

En cuanto al recurso de casación en el fondo intentado por el querellante Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo

Décimo tercero: Que la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo interpone recurso de casación en el fondo fundado en las causales previstas en los numerales 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto hubo una errónea aplicación por parte de los sentenciadores de la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 4 del Código Penal y al haberse desestimado la concurrencia de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del mismo cuerpo legal, infringiéndose de esta manera, además, las leyes reguladoras de la prueba, en cuanto se tuvieron por acreditados determinados hechos vinculados a la atenuación de la pena, cuya



efectividad resulta manifiestamente controvertida por otros antecedentes que obran en la causa.

Señala el recurso que la violación a las leyes reguladoras de la prueba permitieron establecer que la víctima efectuó disparos a los funcionarios policiales, pues los sentenciadores a través de testimonios incorporados al proceso, así como las fijaciones fotográficas dan por establecido que Arcadia Flores tenía un arma de fuego en su poder, pero esos medios de prueba resultan insuficientes para tener por acreditado tal hecho en base a una presunción judicial, pues existen testimonios contradictorios entre sí y con los restantes antecedentes que obran en el expediente, los que no dan cuenta del empleo de tal arma por parte de la víctima, por lo que no puede darse por acreditada tal circunstancia, conforme con el estándar de los numerales 1 y 2 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y por ello se configura la causal de casación establecida en el artículo 546 N° 7 del código citado.

Expresa que hay un injustificado reconocimiento de la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 4 del Código Penal y a una falta de aplicación de la circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del mismo cuerpo legal, por cuanto no se acreditó respecto de la eximente incompleta, la existencia de la agresión ilegítima, desde que no se comprobó la efectividad de los disparos que habría efectuado Arcadia Flores.

En lo que se refiere a la circunstancia agravante, el tribunal de primera instancia omitió pronunciarse sobre ella, rechazando su configuración el tribunal de alzada, lo que constituye un error por cuanto para su concurrencia se encuentra acreditado que los acusados eran funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, de manera que eran funcionarios públicos a la fecha de comisión de los hechos, valiéndose de las oportunidades y medios que



dicha condición les otorgaba, utilizando armamento y vehículos proporcionados por la institución para perpetrar el delito.

Por lo expuesto, concluye solicitando se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo por la cual condene a los acusados, como autores del delito de homicidio simple cometido en la persona de Arcadia Flores Pérez, a la máxima pena establecida por la ley, más las accesorias legales y costas de la causa.

Décimo cuarto: Que, la sentencia de primera grado confirmada por la de segunda instancia, expresó en el considerando 9° que Arcadia Flores Pérez hizo uso de un arma de fuego con la intención de impedir la inminente detención, repeliendo los funcionarios policiales tal accionar en forma desproporcionada, disparando reiteradamente en contra de la víctima, lo que quedó de manifiesto por la superioridad numérica y mayor poder de fuego, obrando en dicha forma ante una agresión ilegítima (en cuanto siempre resulta antijurídico intentar impedir una posible detención disparando en contra de los aprehensores), sin la necesaria racionalidad de los medios empleados para impedir la o repelerla.

Décimo quinto: Que, en cuanto a la causal invocada respecto a la violación a las leyes reguladoras de la prueba, especialmente al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, cabe señalar que de acuerdo al artículo 772 del Código de Procedimiento Civil el recurrente debe explicar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida. En el libelo se citan los N° 1 y 2 del precepto citado, pero no se contiene la explicación requerida, indispensable para que el tribunal de casación pueda analizar la concurrencia o inconcurrencia del requisito legal. No es suficiente la mera alusión a las disposiciones legales que se dicen infringidas, máxime en



este caso, en que las mismas requieren la concurrencia de varios y distintos elementos para que surja la prueba de presunciones.

Décimo sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la configuración de la circunstancia agravante esgrimida por el recurrente supone, como ha señalado este tribunal, que el agente ha puesto la función pública al servicio de sus propios y particulares fines (SCS 4240-2014), lo que en este caso no se ha demostrado. Así, además, lo ha considerado la doctrina nacional al señalar que “*prevalerse ... es un concepto que equivale a “abusar”, esto es, quiere decir “servirse, aprovechar, valerse del carácter público para ejecutar el delito... también se prevale quien usa de las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible”* (entre otros, Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 503). Coherente con esta inteligencia de la disposición, la misma doctrina ha situado esta circunstancia en la categoría de agravantes subjetivas al descansar sobre una característica personal del agente que envuelve un elemento de naturaleza psíquica, conceptualización que da cuenta que los jueces del grado no han cometido yerro alguno al declarar que no concurre.

Décimo séptimo: Que al no configurarse los errores denunciados, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo.

En cuanto al recurso de casación en el fondo intentado por la querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos

Décimo octavo: Que, por último, la parte querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, interpone recurso de casación en el fondo fundado en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal,



en cuanto se impuso una pena menos grave de lo que con arreglo a la ley correspondía, al no reconocerse las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal previstas en el artículo 12 N° 8 y 11 del Código Penal, por cuanto no existe duda que los dos condenados eran funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile y se valieron de las oportunidades y medios que tal condición les otorgaba, como también se aprovecharon del auxilio de la fuerza armada de que disponían, que los acompañaron a la comisión del delito, sin interferencia de terceros.

Termina pidiendo que se declare nula la sentencia recurrida, se dicte una de reemplazo por la que se condene a los acusados a la máxima pena establecida en la ley.

Décimo noveno: Que en lo que concierne a la primera circunstancia agravante que funda la causal, es decir, la contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, será rechazada por los fundamentos expuestos en el motivo décimo sexto del presente fallo, teniendo especialmente en cuenta que el recurrente no impugna los hechos establecidos por el sentenciador, sobre cuya base se desecha la agravante de que se trata.

Vigésimo: Que, en lo que se refiere a la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 N° 11 del Código Penal, el tribunal de segunda instancia estimó que no se configuraba, pues es un hecho cierto que los funcionarios concurrieron al domicilio de Arcadia Flores, formando parte de una Brigada de la Policía de Investigaciones de Chile y que su misión era realizar diligencias para detenerla, existiendo resistencia de la víctima por lo que los funcionarios actuaron, en forma desmedida, pero no para lograr la impunidad o realizar una huida, como tampoco aparece que se haya obtenido un beneficio o aprovechamiento del auxilio de esa fuerza armada.



Vigésimo primero: Que la configuración de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 11 del Código Penal, conforme a la doctrina nacional contempla dos situaciones diversas, la primera, obrar con auxilio de gente armada y la segunda, con auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, las que requieren la concurrencia de ciertas exigencias, algunas comunes y otras diversas (Cury, cit., pág. 535).

Así, se asemejan que en ambas se obra con auxilio de otro, pero difieren en que la primera exige que la gente concorra con armas a los actos ejecutivos del hecho punible, bastando que las porten, sin que se requiera que las usen, pero los que se benefician del auxilio deben haber querido aprovecharse de él (Cury, cit., págs. 536 y 537).

La segunda variante de la circunstancia agravante analizada, requiere que los auxiliadores aseguren o proporcionen la impunidad, dando lo mismo si se sirven de armas o no, debiendo el autor material saber que cuenta con el auxilio ulterior y que quiere servirse de él, por lo que resulta indispensable el acuerdo previo (Cury, cit., pág. 537).

De lo expresado y coherente con esta inteligencia de la disposición, la misma doctrina ha situado esta circunstancia en la categoría de agravantes objetivas al descansar sobre la forma de ejecución material del hecho y cuyo empleo o aprovechamiento depende de la voluntad de los intervinientes en su realización, conceptualización que da cuenta que los jueces del grado no han cometido yerro alguno al declarar que no concurre, al expresar que el accionar de los funcionarios, conforme a los hechos establecidos, fue conforme a su objetivo de detener a la víctima y por un actuar desmedido se provocó su muerte, evento éste que no aparece como el fin perseguido.



Vigésimo segundo: Que, al no configurarse los errores denunciados, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, Nros 1º, 3º, 5º y 7º, y 547 del Código de Procedimiento Penal **se rechazan** los recursos de casación en el fondo formalizados en el primer otrosí de fojas 1968, y en lo principal de fojas 1889, 1935 y 1943 en representación de Luis González Cuevas, Omar Vega Vargas, de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo, respectivamente, todos en contra de la sentencia de trece de febrero de dos mil dieciséis, que corre a fojas 1885, la que, en consecuencia, no es nula.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación de Omar Vega Vargas del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, quien estuvo por acogerlo respecto de la prescripción gradual invocada y de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta al recurrente, extendiendo dicha decisión a todos los condenados. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

1º Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes, sin originar la impunidad del hecho delictivo. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no



reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la atenuante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en razones de política criminal que conducen a la imposición facultativa de una pena más benigna, de acuerdo a las facultades que otorgan los artículos 65 y siguientes del Código Penal. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión, en el concepto del legislador.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, sin perjuicio de la facultad conferida por las normas legales citadas, en cuanto al quantum de la pena.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable



al procesado, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

4° Por lo que toca a la disminución de la penalidad, la expresión “podrá” no importa una facultad amplia del tribunal, sino sólo le permite regular la extensión de la rebaja en uno, dos o tres grados, pero en modo alguno lo habilita para abstenerse de practicar la reducción. Así también lo entienden Miguel Schweitzer (Rev. de Ciencias Penales, t. IV, N° 2, pág. 202) y Etcheberry (“Derecho Penal”, t. II, pág. 193).”

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y del voto en contra su autor.

Rol N° 35.788-2017.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E., y Sra. Leonor Etcheberry C. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y por haber cesado de sus funciones, respectivamente.





XYHQENTHK

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

