

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil veinte.

Vistos:

En los autos Rol N° 29534-2018 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fuero don Álvaro Mesa Latorre, por sentencia de veintiocho de octubre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1379 y siguientes, en lo que interesa a los recursos, condenó a Isidoro Miguel Azócar Andrade, como autor de los homicidios calificados en las personas de Dagoberto Segundo Cárcamo Navarro, José Rene Argel Marilicán, Adolfo Ornar Arismendi Pérez, Jorge Melipillán Aros, José Armando Ñancumán Maldonado y Carlos Mansilla Coñuecar, delito previsto en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, en su carácter de lesa humanidad, perpetrado el 18 de octubre de 1973, en la ciudad de Puerto Montt, a cumplir la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco, por resolución de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, que rola a fojas 1655 y siguientes de autos, en lo que interesa a los recursos, la confirmó con declaración que se rebaja la pena para el acusado Isidoro Azócar Andrade a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Contra ese último pronunciamiento, la defensa del condenado Isidoro Azócar Andrade dedujo recurso de casación en la forma, que fue declarado inadmisibles; y recurso de casación en el fondo a fs. 1675, impugnación esta



última que también fue interpuesta por la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo a fs. 1661.

Los recursos de nulidad sustancial se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1689.

Considerando:

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

Primero: Que la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo interpone recurso de casación en el fondo fundado en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, basado en el error de derecho en que incurrió la sentencia del tribunal ad quem al no reconocer la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal y al aplicar el artículo 103 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al artículo 103 del Código Penal, la prescripción gradual es una modalidad de la prescripción total, por cuanto se debe considerar el plazo de prescripción para hacer operativa la norma, por lo que no tiene sentido que se aplique a los delitos que son imprescriptibles, como son los delitos de lesa humanidad.

Además, infringe el principio de proporcionalidad, pues, su aplicación, no considera el daño que produce esta clase de delitos.

En cuanto a la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal, explica que para determinar el carácter de funcionario público debe estarse a lo establecido en el artículo 260 del Código Penal, por lo que la agravante se configura si el autor de la comisión de un hecho punible se sirve de tal calidad



que detenta para la comisión del hecho y en este caso, el condenado ejecutó los delitos prevaleándose o en el uso de su calidad de funcionario público, al ser parte de instituciones estatales, Carabineros, ejecutando una política de persecución y muerte.

Hace presente que la calidad de funcionario público no es un requisito para que un delito sea calificado como de lesa humanidad, por lo que se aplicó una pena inferior a la que legalmente procedía.

Concluye solicitando invalidar el fallo, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, en la que se declare que se confirma la sentencia de primera instancia.

Segundo: Que, la sentencia de segundo grado, expresó en el considerando sexto respecto a la aplicación del artículo 12 N° 8 del Código Penal que se *“estima que la agravante “prevalerse del carácter público, significa aprovechar la influencia, el prestigio, o las oportunidades que da aquel carácter, para llegar a la realización del hecho punible..”, no se da en la especie, ya que la agravante no se aplica por la condición de funcionario público, sino cuando se aprovecha esa condición para cometer el delito, situación que no concurre en el presente caso”*.

En lo referente a la media prescripción consagrada en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, expresan en el mismo fundamento que *“en atención a la data de los hechos y en consideración al fin último de la sanción penal, cual es ser resocializadora, será acogida para los efectos de graduar la pena”*.

Luego, en el motivo séptimo los sentenciadores afirman *“que la prescripción gradual... es una circunstancia atenuante especial establecida por el legislador, que no tiene relación alguna con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”*.



También agregan *“que el legislador al señalar el tiempo de prescripción para los delitos, como el investigado, en el artículo 94 del Código Penal se indica que el plazo es de 15 años, de modo que la mitad del plazo se cumple se cumple [sic] a los siete años y medio, es decir, el plazo se verifica en dicha época. Si el delito es imprescriptible, es decir, la acción penal, ello no obsta a que haya media prescripción porque el plazo lo fija la ley”*.

Posteriormente, los sentenciadores afirman que *“por otra parte, no es posible considerar que sólo una clase de personas no tiene derecho a que se le considere esta atenuante, ya que todas las personas objeto de persecución penal, tiene derecho a este beneficio. De considerarse así se estaría afectando la garantía constitucional de igualdad ante la ley y ello no puede ser así, porque dichas garantías benefician a todos los habitantes de la República”*.

Tercero: Que 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.

Cuarto: Que el recurso de casación de la parte querellante también pretende la nulidad sustantiva del fallo asilada en la errónea concesión de una rebaja de las penas impuestas por la vía de aplicar la prescripción gradual, cabe señalar que 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 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 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°9345-17, de veintiuno de marzo, N°



8154-16 de veintiséis de marzo y N° 825-18 de veinticinco de junio, todas de dos mil dieciocho).

Que 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.

Quinto: 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 la querellante Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo, 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 un castigo menor al que legalmente correspondía, de manera que el arbitrio, será acogido.

En cuanto al recurso de casación en el fondo intentado por el condenado Isidoro Miguel Azócar Andrade.

Sexto: Que, por su parte, la defensa de Azócar Morales funda el recurso en la causal establecida en el N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 488 N° 1 y 2 y 485 del mismo cuerpo legal y artículo 15 del Código Penal.

Explica que aunque la sentencia calificó el delito con arreglo a la ley, impuso una condena a su representado violando las normas reguladoras de la prueba, desechando medios de prueba que descartan la autoría de su representado.



Además, se vulneró el artículo 15 N° 1 del Código Penal, por cuanto no se pudo acreditar con la prueba rendida que el acusado actuó en los hechos investigados como autor, estableciendo la sentencia que fueron seis los funcionarios de Carabineros que intervinieron, por lo que, aunque cinco ya murieron, no puede responsabilizar al único sobreviviente, describiendo el fallo un hecho que da lugar a más de un delito de la misma especie.

De haberse aplicado las normas correctamente, no pudo atribuirse responsabilidad como autor, debiendo haber sido condenado a presidio menor en su grado medio a máximo y concederle los beneficios de la Ley N° 18.216.

Concluye solicitando anular el fallo recurrido y dejarlo sin efecto, dictar sentencia de reemplazo que disponga absolver al acusado de la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por no ser autor de los seis homicidios, y en subsidio, pide se le condene a la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, con alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216, por concurrir al menos tres atenuantes en su favor.

Séptimo: Que la causal esgrimida, esto es, la del artículo 546, N° 1 del código adjetivo en relación con el artículo 15 del Código Penal, vinculando el supuesto error de derecho en la aplicación de esta norma con los elementos de convicción reunidos en el proceso, tampoco puede prosperar, por cuanto la causal propuesta se vincula a la determinación de la participación que ha asistido al condenado en el delito, de forma tal que, al no proponer una participación distinta a aquella establecida por los sentenciadores del grado, impondría a estos sentenciadores la disyuntiva de optar por la aplicación de otra norma —que no individualiza—, máxime si en el petitorio insta por su absolución, lo cual no resulta compatible con un recurso de derecho estricto.



Ahora bien, en cuanto a la sección relativa a la denuncia de violación a las leyes reguladoras de la prueba, el recurso reclama contravención a los artículos 485 y 488 N° 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que no revisten el carácter normativo requerido por la causal deducida, aún la última de ellas, dados los términos ambiguos planteados en el libelo. Más bien su invocación resulta demostrativa de la discrepancia del disidente en relación con las conclusiones alcanzadas por los jueces del fondo en el ejercicio de su labor soberana en estas materias.

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

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 1, y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.- **Que se rechaza** el recurso de casación en el fondo propuesto por el abogado don Marcos Velásquez Macias, por el condenado Isidoro Azócar Andrade.

II.- **Que se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en contra de la sentencia de veinticinco de octubre del año dos mil dieciocho, escrita a fojas 1.655 y siguientes, la que, en consecuencia, se anula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller aun cuando no comparte todos los razonamientos vertidos para desestimar la especialísima atenuante contemplada en el artículo 103 del Código Penal -que se aleja



notoriamente de la causal extintiva de la prescripción, dados sus muy diferentes efectos- concurre al fallo, desde que la rebaja en dos grados al mínimo legal de la pena, que ha sido aceptada, permite llegar a la misma sanción a que habría conducido la atenuante aludida, de modo que la discusión en torno al citado precepto del Código Penal carece de relevancia práctica y trascendencia en esta decisión.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama y de la prevención su autor.

Rol N° 29.534-2018.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. y Leopoldo Llanos S. No firman los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y en comisión de servicios el segundo.



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



Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil veinte.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primera instancia de veintiocho de octubre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1.379 y siguientes, con excepción de su motivación décimo cuarta, que se elimina y en el considerando décimo sexto se suprime la parte del párrafo que comienza con la frase “Por su lado le perjudica la agravante del artículo 12 N° 8 del mismo texto” y termina con la oración “esto es de 15 años y un día a 20 años de presidio mayor”.

De la sentencia invalidada de segundo grado, se mantienen su parte expositiva y sus razonamientos primero a quinto; y el primer párrafo del motivo sexto.

Del fallo de casación, se incorpora su razonamiento cuarto.

Y se tiene además presente:

1.- Que, los hechos de la causa, tal como han quedado consignados en el razonamiento tercero del fallo en alzada, constituye el delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, que, en el texto vigente a la época de los hechos, era sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio, a presidio perpetuo.

2.- Que, al beneficiar al encartado dos circunstancias minorantes de responsabilidad criminal, esto es, la irreprochable conducta anterior y la



colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, sin que le perjudiquen agravantes, estos sentenciadores están facultados para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

3.- Que, respecto de Azócar Andrade, dado que le resulta más favorable ser sancionado en los términos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, optando esta Corte por aumentar en un grado la pena, quedando en el tramo de presidio mayor en su grado máximo, para luego disminuir la sanción en dos grados por favorecerle dos circunstancias minorantes, correspondiéndole la de presidio mayor en su grado mínimo, en el quantum que se dirá en lo resolutivo de la sentencia.

Y visto además lo dispuesto en los artículo 510 y 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Penal, se decide que **se confirma** la sentencia apelada, de veintiocho de octubre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1.379 y siguientes, **con declaración** que Isidoro Azócar Andrade queda condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas, como autor de los delitos de homicidio calificado, en carácter de reiterado de Dagoberto Segundo Cárcamo Navarro, José René Argel Marilicán, Adolfo Omar Arizmendi Pérez, Carlos Mansilla Coñuecar, Jorge Melipillán Aros y José Armando Ñancuman Maldonado, todos perpetrados el 18 de octubre de 1973, en la ciudad de Puerto Montt.



Se confirma en lo demás apelado la referida sentencia, en los términos establecidos en la sentencia invalidada de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1.655 y siguientes.

Se previene que el ministro señor Llanos concurre al fallo condenatorio, pero fue de parecer de confirmar la sentencia de primer grado manteniendo la condena que en él se impone al acusado Isidoro Azócar Andrade, en virtud de las siguientes consideraciones:

1º) Que en el caso sub lite debe atenderse la circunstancia de que se trata de la comisión de graves delitos de lesa humanidad, que significaron la muerte de numerosas víctimas;

2º) Que, en consecuencia, en la regulación de la pena no solo deben considerarse las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino también la extensión del mal causado, como previene el artículo 69 del Código Penal;

3º) Que la pena asignada al delito de homicidio calificado, a la época, era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo; y siendo facultativo para el tribunal que ante la existencia de dos o más atenuantes sin concurrir agravantes pueda rebajarse la pena en unos, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, este previniente es de opinión de no hacer uso de esa facultad, por las razones expresadas en los dos primeros párrafo de este voto;

4º) Luego, tomando como base la pena de presidio mayor en su grado medio, debiendo aumentarse en un grado por la reiteración con arreglo al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, quien previene es de parecer de mantener respecto del sentenciado Azócar Andrade la pena de quince años



y un día de presidio mayor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes, tal como fue determinado en la sentencia de primer grado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama, y la prevención, por su autor.

N° 29.534-2018.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. y Leopoldo Llanos S. No firman los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y en comisión de servicios el segundo.



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

