

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 324-2010 del 34° Juzgado del Crimen de esta ciudad, por sentencia de quince de julio de dos mil dieciséis, a fojas 1155 y ss., se condenó a **JORGE MARCELO ESCOBAR FUENTES** y a **JUAN HERNÁN MORALES SALGADO**, como autores del delito de homicidio calificado de Enriqueta del Carmen Reyes Valerio, cometido el 1 de noviembre de 1975, en la comuna de Providencia, el primero a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y, el segundo, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, además de las correspondientes penas accesorias y el pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de once de enero de dos mil dieciséis, a fojas 1305 y ss., la confirmó con declaración que los imputados ya mencionados, quedan condenados cada uno de ellos como autores de homicidio simple a sendas penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y el pago de las costas de la causa.

Contra esa sentencia los apoderados de los sentenciados arriba singularizados, así como los representantes de los querellantes, la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos, dedujeron cada uno de ellos recurso de casación en el fondo, los cuales se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1366.

Y considerando:

Primero: Que la defensa de **Juan Morales Salgado** dedujo recurso de **casación en el fondo** invocando las causales 1a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 15, 68, 103 y 391 N° 2 del Código Penal.

Protesta el recurso porque el fallo rechaza la media prescripción



alegada, no obstante que ésta tiene una naturaleza jurídica diversa a la prescripción. Añade que la aplicación del citado artículo 103 es imperativa en virtud de los principios de legalidad y pro-reo, lo que no se opone al ius cogens y es conforme al principio de humanidad.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se anule éste y que en el de reemplazo se imponga una pena de cinco años de presidio u otra menor, sustituida por la libertad vigilada.

Segundo: Que la defensa del acusado **Jorge Escobar Fuentes** interpone **recurso de casación en el fondo** basado en las causales 1a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 456 bis, 459 y 488 del mismo texto, así como de los artículos 15 y 391 del Código Penal.

Explica que Escobar Fuentes no participó en el “baleo” ni lo mandó a efectuar y los antecedentes que trata el tribunal en su fallo no permiten determinar que sea autor material del delito imputado. Agrega que, al contrario, el único antecedente valedero para determinar su autoría lo da precisamente y en su favor el testigo Felipe Denegri Morales, quien señala que al momento de efectuarse los disparos que matan a la víctima, el acusado se encontraba conversando con él a cuadra y media de distancia. Precisa luego que tal testimonio, concordante con lo realmente sucedido, echa por tierra la convicción que los jueces pudieron adquirir, *“transgrediéndose la ley del Art 488 del C.P.P. y Art 456 bis del mismo cuerpo legal, ya que al no ponderar un testimonio presencial recibido como prueba para mejor resolver, de conformidad al Art. 459 del C.P.P., ni tampoco impugnarlos por alguna de las vías privativas del sentenciador (Art. 460 C.P.P.), genera las dudas de que mi cliente haya participado en los disparos que eventualmente podría herir a alguien inocente ... Así las cosas, una correcta aplicación del artículo 15 del Código Penal, en relación con los hechos establecidos en la sentencia y*



aquellos atribuidos a mi defendido, debieron necesariamente llevar a descartar cualquier posibilidad de autoría, lo que en definitiva debió de significar su absolución ya que evidentemente hay dudas razonables de su participación. No se dan los presupuestos del Art 488 del C.P.P., Los jueces establecen presunciones judiciales sin que se reúnan los requisitos de ellas con relación a la posible autoría de mi defendido. Por ende, no se da la convicción del Art 456 bis para resolver declararlo autor y condenarlo.”

Aclara más adelante que “se infracciona el Art 488 del C.P.P. porque las presunciones judiciales de la manera que la citada disposición rigurosamente estructura no son de aquellas necesarias para responsabilizar a mi mandante sobre todo que unas y otras no se dirigen directamente contra él, no están basadas en hechos reales y probados y se basan en antecedentes espurios para erigirlas ... El juez no aplica e infracciona el derecho, el Art 488 del C.P.P. toda vez que establece las presunciones con un cúmulo de antecedentes ya dichos en la consideración primera del fallo a quo que transgreden algunos de sus requisitos, las que enumera no son precisas, ya que el hecho de encabezar el operativo nada dice de que haya ordenado disparar y que él no recuerda si disparó o no pero después de los disparos que mataron a doña Enriqueta Reyes”. A continuación refiere que las presunciones no son directas “porque, en este caso los únicos que se pudieron representar la situación de poder matar a una persona fueron los que dispararon en el momento que mi mandante estaba con el testigo a cuadra y media de ahí”, ni tampoco concordantes, dado que las presunciones establecidas en el fallo no concuerdan con el testimonio de Denegri Morales.

Finalmente señala que “El Juez aquo y es relevante también funda su participación en la presunción de ser mi defendido el oficial a cargo en el operativo, o sea establece su autoría fundado en otra presunción circunstancia expresamente prohibida por la ley”.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen



sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se anule éste y que en el de reemplazo se absuelva a Escobar Fuentes.

Tercero: Que, por su lado, los representantes de los querellantes, la **Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** y la **Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos**, dedujeron sendos recursos de **casación en el fondo**, denunciándose de manera similar en ambos la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal por infracción de los artículos 391 N°s. 1 y 2 del Código Penal, al calificar como homicidio simple los hechos fijados en el fallo, los cuales, en parecer de los recurrentes deben ser catalogados como homicidio calificado por premeditación y alevosía.

Se expone en el recurso de la Unidad Programa de Derechos Humanos que la Corte de Apelaciones decide calificar de manera distinta los hechos acreditados en la sentencia de primera instancia- los cuales se entienden confirmados sin modificación alguna-, entendiendo que se estaría frente a un delito de homicidio simple. Explica que si se analizan los hechos acreditados en la sentencia de primera instancia se puede concluir que los agentes de la Brigada Lautaro actuaron con alevosía, atacando de manera sorpresiva y de manera desproporcionada al domicilio donde se encontraba la doctora Sheila Cassidy, buscando causar la muerte de cualquiera de los ocupantes del inmueble. Manifiesta que no se explica cómo el tribunal de alzada, dando por acreditado los mismos hechos de la sentencia de primera instancia, determina la inexistencia de la alevosía, entendida como actuar “sobreseguro” respecto de víctimas en estado de indefensión, sobretodo si se menciona que se trató de un ataque contra un inmueble que se extendió por aproximadamente 20 minutos, el cual fue desproporcionado y exagerado, en contra de las personas que se encontraban absolutamente indefensas y desarmadas en dicho domicilio, resultando muerta la víctima de autos.

En relación a la premeditación, sus elementos se comprueban en el



caso de autos, toda vez que dentro de los presupuestos fácticos acreditados está el hecho de que los agentes DINA con el fin de asegurar la detención y secuestro de la doctora Cassidy comienzan un ataque exagerado y desproporcionado en contra del inmueble. En este sentido, claramente los agentes condenados no sólo se representaron la posibilidad de matar a cualquier persona que se encontrara en el lugar, sino que buscaban esa finalidad para dar con el paradero de la doctora.

Además, recuerdan los recursos, la DINA era una estructura jerarquizada, cuyos agentes adscritos a una determinada agrupación o brigada actuaban de manera disciplinada dando pleno cumplimiento a las órdenes impartidas por la jefatura, de esta manera, la orden dada por Juan Morales Salgado, jefe de la Brigada Lautaro, al resto de los agentes pertenecientes a ella, era la de capturar a la doctora Cassidy a toda costa, sin importar quien se interpusiere en su camino, con total desprecio de la vida de la víctima, y sin importar el dolor que pudieren causar a sus familias.

En el arbitrio presentado por la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos se afirma que concuerda con la calificación jurídica efectuada por el sentenciador de primer grado ya que, de acuerdo con lo señalado por el legislador, la alevosía tiene lugar cuando el autor obra “a traición o sobreseguro”. Respecto del obrar sobreseguro, se aprecia en la circunstancia que los agentes actuaran en grupo, con personal armado y comenzaran a disparar, de forma intempestiva, sin mediar provocación alguna por parte de los residentes de la casa de los cuales se sabía que estaban desarmados, lo que no puede sino calificarse como un actuar sobreseguro ya que no presentaba riesgo alguno para la integridad física de los agentes.

Respecto a la calificante de premeditación, ésta se ve reflejada en el actuar de los inculpadados los cuales se representaron la comisión del delito en comento ya que no podría ser de otra manera en virtud del actuar desplegado una vez llegaron a la casa donde se encontraba la víctima, otro elemento es el

actuar frío y tranquilo de los agentes que demuestra la representación psicológica que habían efectuado antes del realizar los actos y, por último, se aprecia de los hechos relatados en la causa como el propósito delictivo se mantuvo presente desde antes de la llegada de los condenados al lugar de los hechos.

Luego de exponer ambos recursos la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, piden los dos que se anule éste y, el primer arbitrio, que en el de reemplazo se confirme el de primer grado y, el segundo, que se imponga la pena máxima establecida por ley.

Cuarto: Que los hechos que ha tenido por ciertos la sentencia impugnada son los siguientes.

En el razonamiento 3° del fallo de primer grado se da por demostrado lo siguiente:

“1°. Que con motivo de un operativo que la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, efectuó el día 16 de octubre de 1975, se logró ubicar a la directiva nacional del Movimiento de Izquierda Revolucionario, MIR, quienes se ocultaban en una parcela en el sector de Malloco y al intentar proceder a la detención de estos, se produce un enfrentamiento en que resulta muerto uno de los integrantes del MIR, logrando huir herido otro, Nelson Gutiérrez, segundo jefe del movimiento, quien posteriormente recibió atenciones médicas de la doctora Sheila Cassidy Drew, ciudadana de nacionalidad inglesa, motivando que los agentes de la DINA iniciaran su búsqueda para detenerla.

2°. Que, el día 1 de noviembre de 1975, agentes de la Brigada Lautaro de la DINA, por orden de su Director, canalizada a través del Jefe de la Brigada directamente a un grupo operativo, llegaron al domicilio de calle Francisco Bilbao 285, en la comuna de providencia, correspondiente a la propiedad de la doctora Sheila Cassidy Drew, y al no encontrarla, interrogaron a los otros ocupantes del inmueble, entre ellos una asesora del hogar, quien les informó



que la ciudadana inglesa se encontraba en un inmueble cercano atendiendo a una religiosa enferma, lugar al que los llevaría. Trasladados los agentes hasta el inmueble de calle Larraín Gandarillas N° 350 de Providencia, correspondiente a la casa de reposo de la Congregación de los Padres de San Columbano, y en la que prestaba servicios como asesora del hogar Enriqueta del Carmen Reyes Valerio, y con el fin de lograr de manera efectiva la detención de la doctora que se encontraba en dicho lugar, tras tocar el timbre y verificar que la asesora se asomó a ver quién llamaba, inician un ataque a la propiedad que duró cerca de 20 minutos, disparando hacia el interior, sin darles aviso para que se protegieran ni tiempo o posibilidad de salir del lugar, resultando gravemente herida por un disparo en la espalda, la asesora de hogar, quien fallece posteriormente en la Asistencia Pública producto de una herida de bala abdomino torácico con salida de proyectil.

3°. Que con la finalidad de justificar el ataque desplegado hacia el interior de la vivienda y que costó la vida de la víctima, los agentes de la DINA informaron oficialmente que uno de los suyos resultó herido en un brazo producto de los disparos recibidos desde el interior de la vivienda atacada, manifestando la ocurrencia de un enfrentamiento como justificación de sus disparos, para lo cual incluso dispusieron la atención quirúrgica del supuesto herido en el Hospital Militar, sin acreditar documentalmente esta atención, hechos que quedaron desacreditados con el cúmulo de antecedentes agregados a la investigación, llegando a la conclusión que tal incidente no se habría producido,

4°. Que además de lo anterior, la DINA informó que en el inmueble atacado pudo advertirse la presencia de extremistas, incluso individualizándolos como aquellos que habían huido de un operativo en la comuna de Malloco en que se buscaba desarticular a la directiva del Movimiento de Izquierda Revolucionaria y que habrían sido ellos quienes atacaron a los efectivos mediante el empleo de armas de fuego, sin embargo



dichos antecedentes quedaron desacreditados, por cuanto de la investigación desarrollada, incluso de las diligencias llevadas a cabo en su oportunidad por la Justicia Militar, se logró acreditar que entre los ocupantes de la casa de reposo de los Padres de San Columbano, no se encontraban integrantes del MIR y no se produjo un enfrentamiento, sino por el contrario existió un ataque desde el exterior al interior del inmueble, injustificado, exagerado y desproporcionado, dirigido contra civiles desarmados, que fue el motivo de la muerte de Enriqueta Reyes Valerio, quien fallece producto de un disparo efectuado por los agentes de la Brigada Lautaro.”

Quinto: Que esos hechos, en la sentencia de alzada, fueron calificados como delito de homicidio simple del artículo 391 N° 2 del Código Penal, y que corresponde, además, a un delito de lesa humanidad, por haberse cometido por agentes del Estado, en un contexto de represión ilegítima en contra de la población civil.

Para fundar tal calificación como delito de homicidio simple, los jueces de segunda instancia razonaron lo siguiente:

“Que, en esta causa, no se ha podido determinar con certeza la existencia de un propósito deliberado y permanente en el tiempo de la voluntad de los agentes del Estado, en orden a matar a persona alguna, y en ningún caso a la víctima, sino más bien la conducta de los procesados y el contexto en que ella se exteriorizó, única manifestación útil para apreciar una intención, lleva a sostener que tales agentes se encontraban tras los pasos de otras personas, una de ellas a quien atribuían un rol subversivo y que había escapado de otro operativo ocurrido días antes, donde había resultado herida, y a la vez, una facultativa que lo habría atendido y que podría dar información sobre su ubicación, en ambos casos, la captura de tales personas era el objetivo previsible y no su muerte, por lo que, el acontecimiento que derivó en que dispararon desde el exterior del inmueble en que se suponía se encontraba aquellos, junto con ser confuso en su génesis, no parece justificar



suficientemente el que los imputados hubieren actuado sobreseguro, aunque el episodio ocasionó como resultado la muerte de Enriqueta Reyes, persona totalmente ajena a los hechos que motivaron la acción represiva desencadenada y que a la sazón se encontraba al interior de la vivienda atacada” (cons. 3°).

“Que, en definitiva, los antecedentes allegados a la investigación son insuficientes para estimar comprobado el delito calificado por premeditación y también por alevosía en base a una actuación sobre seguro de los imputados, cuyas manifestaciones de conducta en estos hechos no son de aquellas que tuvieran la decisión deliberada y manifiesta de matar a otro, aunque no pudieron menos que representarse dicha consecuencia al disparar sobre el inmueble en que se encontraba la víctima” (cons. 4°).

“Que el homicidio simple concurre cuando se mata a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del parricidio, infanticidio u homicidio calificado. Ahora bien, la estructura típica del homicidio calificado no varía respecto del homicidio simple, salvo en cuanto al tipo subjetivo, que sólo admite dolo directo, lo que resulta obvio, pues las calificantes que contempla el artículo 391 N° 1 del Código Penal, dejan entrever claramente que la conducta del agente debe haber estado orientada, desde un principio, a la muerte del sujeto pasivo que se trata” (cons. 5°).

Sexto: Que en cuanto al recurso de casación deducido por la defensa de **Juan Morales Salgado** que, invocando las causales 1a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, aduce la infracción de los artículos 15, 68, 103 y 391 N° 2 del Código Penal, por el rechazo de la media prescripción alegada, resulta necesario anotar que el fallo de primer grado -conservado en el de alzada-, en su motivo 18°, expresa que “... en este tipo de delitos de lesa humanidad, conforme al principio imperativo de Derecho Internacional de la imprescriptibilidad, no cabe aplicar esta figura de la media prescripción, considerándola como figura separada de la prescripción y forma disminuida de



ella.

Particularmente, hacemos este juicio, porque creemos que al concebirla efectivamente en crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos, que ya hemos sostenido que son imprescriptibles, pueda no estar aplicándose una pena proporcional al crimen cometido.

En efecto, para ello, nos hace fuerza la resolución 2583 de 15 de diciembre de 1969 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se explicita el tema de la sanción de los responsables en delitos de lesa humanidad, ya que ella lo ha calificado como elemento importante de prevención y protección de los derechos humanos, una forma de contribuir a la paz y a la seguridad internacional, pero a reglón seguido nos recuerda que la única forma de hacerla cumplir es con sanciones efectivas y proporcionales al crimen cometido, en este caso de lesa humanidad, lo contrario nos lleva a determinar que fijemos penas que si bien son idóneas para delitos comunes, no lo son para casos especiales como los de autos”.

Séptimo: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, que esta Corte comparte, cabe agregar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo declara expresamente, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y 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 el de la especie (SCS Rol N° N° 28.650-16 de 28 de septiembre de 2016).



Octavo: Que, por otro lado, el artículo 103 en estudio, en lo que interesa al presente caso, señala que *“deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”*. En la especie, dado el delito imputado al acusado Morales Salgado, la norma que debería usar el Tribunal, de acoger la prescripción gradual, es la del artículo 68 del Código Penal, la que establece en su inciso 3° que si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante -como ordena considerar revestido el hecho el artículo 103-, el tribunal *“podrá”* imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Lo anterior demuestra que, aun de ser aplicable en la especie el mencionado artículo 103 -que no lo es-, la rebaja que dispone el artículo 68 del Código Penal por remisión de dicha disposición, es facultativa y no imperativa para los jueces del grado, quienes podrán o no aplicarla según sea el número y entidad de dichas circunstancias, cuestión que queda siempre a su ponderación privativa y exclusiva, mientras no se denuncie un error al haber denegado la rebaja en base a factores distintos a los que prevé la ley o al haberles dado un contenido equivocado -por su errónea interpretación-, cuestionamientos que en la especie no se han formulado, lo que conlleva, en definitiva, la falta de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo del yerro esgrimido.

Noveno: Que en razón de todo lo expuesto se desestimaré el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Morales Salgado.

Décimo: Que, como ya se explicó, la defensa de **Jorge Escobar Fuentes** dedujo **recurso de casación en el fondo** fundado en las causales 1a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 456 bis, 459 y 488 del mismo texto, así como de los artículos 15 y 391 del Código Penal, sosteniendo, en síntesis, la falta de participación del encartado



porque, para haber actuado con dolo eventual como le imputa el fallo, debió haber realizado los disparos que ocasionan la muerte de la víctima, cuestión que se desacredita con los dichos del testigo Denegri Morales.

Sin perjuicio del estudio que se efectuará luego de las normas que se acusan como vulneradas, conviene ya consignar que en su declaración judicial de fs. 479, Escobar Fuentes reconoce expresamente que disparó a la casa junto a sus hombres, hecho que el tribunal de primer grado tiene por acreditado en el motivo 10° de su fallo como fundamento de la atribución de autoría, sin que el recurso haya denunciado la vulneración de las normas que determinan el valor que puede asignarse a la prueba de confesión.

Undécimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, en relación a la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la jurisprudencia de esta Corte ha dictaminado que ese motivo de nulidad no permite al recurrente solicitar su absolución -como se hace en este caso-, pues sólo se relaciona con la entidad de la pena impuesta al procesado. La petición de que se le absuelva únicamente procedería si ha hecho valer otra causal (SCS, 30.5.1978. R., t. 75, secc. 4ª, p. 364). Así, el examen de numerosos fallos permite concluir que esta causal de casación sólo opera en los casos en que el tribunal ha impuesto una pena más o menos grave al determinar, con error de derecho, el preciso grado de participación culpable del hechor en el ilícito acreditado. Así, se ha acogido el recurso por esta causal cuando se ha condenado al reo en calidad de cómplice en vez de autor y cuando se le ha sancionado como cómplice, siendo en realidad encubridor (SCS, 07.8.1951, R, t. 48, secc. 4ª, p. 164; 14.11.1957, R., t. 54, secc. 4ª, p. 499; 07.8.1964, R. t. 61. secc. 4ª, p. 254)

En consecuencia, se halla erróneamente invocado el motivo de nulidad en cuestión, en cuanto por él se alega la inocencia del acusado, quedando, por ello, rechazado.

Duodécimo: Que, con respecto al motivo del N° 7 del artículo 546, en el libelo se denuncia como infringido el artículo 456 bis del Código de



Procedimiento Penal, norma que, como ha sido uniforme la jurisprudencia de esta Corte, no constituye una norma reguladora de la prueba, puesto que es sólo una disposición programática que señala a los jueces el grado de convicción que deben lograr para dictar sentencia condenatoria, pero no señala el peso de la prueba o rechaza un medio probatorio que la ley permita o admite uno que repudia o modifica, negando o alterando el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos.

Décimo tercero: Que respecto del artículo 459 del mismo Código, esta norma se habría vulnerado en parecer del recurrente, por no considerar o ponderar el fallo la declaración del testigo Denegri Morales. Sin perjuicio que ello no es efectivo, como lo demuestra la mera lectura del razonamiento 10° del fallo de primer grado, tal cuestionamiento es de carácter ordenatorio litis y, por ende, no cae bajo el ámbito del recurso de casación en el fondo. A mayor abundamiento, ni siquiera se dan los presupuestos establecidos en el aludido artículo 459 para que la declaración de testigos “pueda” ser estimada como demostración suficiente de que ha existido el hecho sobre el que deponen, sin perjuicio que darle tal valor es sólo una facultad para el tribunal y no un deber procesal.

Décimo cuarto: Que en cuanto a la infracción denunciada al artículo 488 del Código del ramo, cabe recordar que esa disposición consagra diversos extremos para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, en este caso, de la participación del acusado Escobar Fuentes en el delito objeto de la sentencia. De dichos extremos, esta Corte ha aclarado a través de reiterada jurisprudencia, que sólo constituyen normas reguladoras de la prueba que pueden ser revisadas en sede de casación, la contenida en el ordinal 1°, esto es, que las presunciones judiciales se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales y, la del ordinal 2°, la exigencia de multiplicidad de las presunciones. Los demás requisitos, esto es, que las presunciones sean graves; precisas, de tal manera

que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata, no pueden considerarse reglas reguladoras de la prueba, ya que queda entregado a los jueces de la instancia afirmar o negar su cumplimiento como resultado de un ejercicio de ponderación y valoración del conjunto de las presunciones judiciales, función que es privativa de los jueces del grado y que no puede ser controlado por esta Corte (C. Suprema, 8 octubre 1948. G. 1948, 2° sem., p. 343; C. Suprema, 24 noviembre 1948. G. 1948, 2° sem., N° 67, p. 381; C. Suprema, 7 noviembre 1951. R., t. 48, sec. 4a, p. 266; C. Suprema, 22 junio 1954. R., t. 51, sec. 4a, p. 69; C. Suprema, 27 agosto 1954. R., t. 51, sec. 4a, p. 95; C. Suprema, 17 junio 1960. R., t. 57, sec. 4a, p. 109; C. Suprema, 20 junio 1960. R., t. 57, sec. 4a, p. 114; C. Suprema, 6 noviembre 1961. R., t. 58, sec. 4a, p. 283; C. Suprema, 10 noviembre 1961. R., t. 58, sec. 4a, p. 304; C. Suprema, 16 mayo 1984. F. del M. N° 306, p. 203; C. Suprema, 26 diciembre 1989. R., t. 86, sec. 4a, p. 126; C. Suprema, 30 marzo 1993. R., t. 90, sec. 4a, p.5; C. Suprema, 2 mayo 1995, F. del M. N° 438, p. 517; C. Suprema, 20 diciembre 1995, G. J. N° 185/95, p. 71; C. Suprema. 28 agosto 1996, F. del M. N° 453, p. 1765; C. Suprema, 12 noviembre 1996. F. del M. N° 456, p. 2495; y C. Suprema, 21 enero 1997. F. del M. N° 458, p. 2882).

Recientemente, este Tribunal ha expresado que *“las exigencias contenidas en los ordinales N° 2 a 5 del artículo 488 para constituir prueba completa, como las relativas a su gravedad, precisión y concordancia, tampoco puede conseguirse por esta vía [recurso de casación], pues demanda juicios y valoraciones que escapan a un control acotado a errores de derecho propio de la casación de fondo”* (SCS Rol N° 32.259-15 de 23 de diciembre de 2015. En el mismo sentido Rol N° 8758-15 de 22 de septiembre de 2015) y, complementando lo anterior, ha declarado que el artículo 488 en estudio es



norma reguladora de la prueba, *“sólo en cuanto establece una limitación a las facultades de los jueces del fondo para dar por probados los hechos litigiosos a través del uso de presunciones judiciales. Por ello, un correcto y competente examen respecto de esta infracción importa respetar la prohibición que tiene esta Corte de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, ya que de realizarlo se volvería a examinar y valorar los antecedentes probatorios que ya fueron apreciados, además de revisar las conclusiones a que aquellos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en asuntos de derecho”* (SCS Rol N° N° 33.997-16 de 13 de octubre de 2016. vt. SCS Rol N° 95069-16 de 25 de abril de 2017).

Décimo quinto: Que efectuadas las aclaraciones preliminares indispensables, cabe entonces analizar si el recurso aduce la infracción de alguno de los extremos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal que pueden ser revisados por esta Corte en esta sede de casación, para lo cual, en forma previa, resultará útil tener a la vista los razonamientos que efectúa el fallo para establecer la responsabilidad del acusado Escobar Fuentes como autor en los hechos imputados en autos, expresando al respecto en el considerando 10° del pronunciamiento del a quo lo siguiente:

“Que el procesado Escobar Fuentes reconoce participación activa y directa en el allanamiento efectuado a la casa de Reposo de la Congregación de los Padres de San Columbano, por cuanto él en su calidad de Oficial de Ejército era Jefe del grupo operativo fuertemente armado que llegó hasta ese lugar en cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Dirección de la Institución y que habían sido canalizadas a través de los mandos respectivos de la Agrupación. Si bien no entrega antecedentes específicos acerca de la orden entregada, refiriéndose a ella como del mando, pero teniendo en consideración que ellas provenían de la Dirección de la institución a raíz de un



operativo montado para desarticular al Movimiento de Izquierda Revolucionario máximo objetivo de la DINA, debe entenderse que todos los medios y recursos se habían volcado a la consecución de ese objetivo.

Escobar Fuentes reconoce haber llegado junto a cuatro agentes operativos de la Brigada Lautaro, al inmueble de calle Francisco Bilbao N°285 de Providencia y allí haber obtenido de sus ocupantes la información acerca de la ubicación de la doctora Sheila Cassidy, lo que le permitió llegar hasta el inmueble de calle Larraín Gandarillas 350 correspondiente a la casa de reposo de los Padres de San Columbano, y dirigir en su calidad de jefe del grupo operativo, un asalto y allanamiento, precedido de un ataque directo hacia el interior de la casa mediante el empleo de armas de fuego, y sin haber mediado agresión contraria que fuera necesaria repeler por esa vía, con una actitud que refleja el absoluto desprecio por la integridad y la vida de los ocupantes del inmueble, puesto que el ataque se inició de manera sorpresiva, lo que significó que ninguno de ellos pudiera ponerse a resguardo, provocando con su accionar la muerte de una mujer que cumplía labores de casa en ese lugar.

Que para justificar su irracional ataque, no dudó como Jefe de Grupo entregar a sus superiores información falsa, como que había descubierto una clínica clandestina en la casa de calle Francisco Bilbao 285, el domicilio de Sheila Cassidy, donde laboraban otras tres personas más; ni dudó en señalar que los disparos de él y sus agentes fueron en respuesta a una agresión proveniente desde el interior de la casa de calle Larraín Gandarillas 350, que significó la lesión de uno de sus hombres.

Los descargos anteriores, quedaron suficientemente desvirtuados con las piezas de la investigación que fueron detalladas en el considerando segundo de este fallo, que por razones de economía procesal se dan reproducidas, sin perjuicio que conviene reiterar que ya en la investigación desarrollada en su oportunidad por la Fiscalía Militar, se arribaba con los elementos de juicio de la época, a la conclusión que ‘...no ha sido posible



acreditar con los medios de prueba allegados la existencia de la clínica clandestina denunciada como perteneciente a la doctora Sheila Cassidy; Que no obstante encontrarse acreditada la existencia del homicidio de Enriqueta del Carmen Reyes Valerio, no es posible individualizar a su autor; y Que no es posible establecer con efectividad que se haya disparado desde el interior de la casa de reposo de los padres de San Columbano...’ proponiendo el sobreseimiento de la causa en virtud de lo que dispone el artículo 409 N°1 y N°2 del Código de Procedimiento Penal, dictamen acogido por el Juez Militar, de la misma manera en que lo hace la Corte Marcial.

Podemos citar las declaraciones prestadas en el proceso tenido a la vista, proveniente de la Justicia Militar, y que rolan a fojas 76 por William Howard Halliden Howard, a fojas 80 por Constance Marie Kelly, y a fojas 115 por Sheila Anne Cassidy Drew, para dar por acreditado que en el momento en que se desarrolla el operativo de asalto a la casa de reposo de los Padres de San Columbano, no había en el interior del inmueble, ninguna persona ajena o extraña a dicho grupo. Lo anterior es incluso reafirmado por los funcionarios de Carabineros que llegan al lugar inmediatamente producido el operativo. Así lo expone a fojas 123, Jan Halvdan Halvorsen Calderón, oficial de Carabineros, quien al ser preguntado en el Juzgado Militar acerca de los ocupantes de la casa, señala que eran 5, un sacerdote, una monja, la mujer herida, la doctora Sheila Cassidy y una mujer de nombre Mercedes y que era empleada de ésta; o a fojas 124, cuando Orlando César Gálvez González, funcionario de Carabineros, señala haber cooperado con los hombres de la DINA para allanar el inmueble, sin encontrar nada anormal, salvo que una mujer a quien llamaban Sheila se había escondido al interior de la casa, en un baño, y tuvieron que ayudar a encontrarla, y que los ocupantes del inmueble eran solo 5; sin que le conste que alguno de ellos pudiera haber disparado contra las fuerzas de seguridad;

Incluso aquella situación planteada por la DINA, respecto de haber



resultado un agente herido por un disparo a bala, ha sido rechazada durante toda esta investigación, por cuanto no pudo acreditarse de acuerdo a los protocolos médicos de la época la atención de agente alguno producto de un supuesto enfrentamiento en la comuna de Providencia. De hecho llama la atención que habiendo ocurrido el allanamiento el día 1 de noviembre de 1975, el supuesto dato de atención del agente de la DINA herido esté fechado con el día 3 de noviembre, como resulta de analizar someramente el documento de fojas 88.

Finalmente, si bien la declaración del testigo de fojas 1150 Felipe Antonio Denegri Morales, entrega elementos que en un instante inicial podrían situar al acusado Escobar Fuentes alejado del ataque dirigido contra el inmueble de calle Larraín Gandarillas, no es menos cierto que éste ha reconocido haber disparado al interior de la propiedad y estar a cargo del operativo en que resulta muerta Enriqueta Reyes Valerio, razón por la cual en nada altera dicha ponencia las conclusiones a las que se arribó en la investigación, es más reafirman lo expuesto por el tribunal en el sentido que se crearon condiciones anteriores y posteriores que tuvieron como objetivo justificar la agresión, puesto que el propio testigo señala no ser efectivo que el inmueble de calle Francisco Bilbao de propiedad de Sheila Cassidy y donde él vivía fuera una clínica clandestina, en contraposición a lo informado por el acusado.

En síntesis, todas y cada una de las justificaciones expuestas por Escobar Fuentes a su accionar, pierden fuerza al enumerar los elementos de prueba a los que la investigación llegó y que determinan lo contrario en cuanto a su conducta, lo que lleva a concluir que le ha correspondido en el delito de homicidio calificado de Enriqueta Reyes Valerio, una participación culpable y penada por la ley de autor, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal”.

El fallo confirmatorio de segundo grado, por su parte, señala en su



basamento 2° que *“ha quedado debidamente acreditado con los antecedentes del proceso, que la actuación de los condenados produjo la muerte de la víctima Enriqueta Reyes y que en ellos cupo participación como autores a los imputados Escobar Fuentes y Morales Salgado”*.

Décimo sexto: Que, entonces, en cuanto al extremo contenido en el N° 1 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal -que las presunciones judiciales se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales-, el recurso sólo señala que *“el Juez aquo ... funda su participación en la presunción de ser mi defendido el oficial a cargo en el operativo, o sea establece su autoría fundado en otra presunción circunstancia expresamente prohibida por la ley”*, sin advertir el recurrente que el hecho en que se funda esta presunción de participación efectivamente sostenida en la sentencia, esto es, el ser el oficial a cargo del operativo, no se establece mediante otra presunción sino directamente con los dichos del propio acusado quien, en su declaración judicial de fs. 479, reconoce expresamente haber estado *“al mando”* o *“a cargo”* del personal con el que fue en búsqueda de la doctora Cassidy y que habría disparado al interior del inmueble en que se hallaba la víctima. De esa manera, resulta patente que este extremo del artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Penal no fue infringido en la especie, sin que tampoco el recurso denunciara la vulneración de las normas que rigen la prueba de confesión.

Décimo séptimo: Que en lo concerniente al segundo extremo contenido en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal revisable por vía de casación, esto es, que las presunciones sean múltiples, el cumplimiento de este requisito ni siquiera es cuestionado en el recurso, lo que resulta concordante con la pluralidad de indicios y presunciones que expone el fallo de primer grado en su considerando 10° -reproducido ut supra-, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 502 del Código ya citado.

Décimo octavo: Que, de esa manera el cúmulo de reproches que



efectúa el arbitrio al fallo dicen relación con las demás condiciones legales que el artículo 488 demanda para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, las que, como se ha dicho, no pueden ser revisadas, ni corregidas en su caso, por esta Corte.

Décimo noveno: Que por lo antes razonado, al no concurrir las infracciones denunciadas, el recurso interpuesto en favor del condenado Escobar Fuentes deberá ser desestimado.

Vigésimo: Que los recursos de casación en el fondo deducidos por los representantes de los querellantes, la **Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** y la **Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos**, como se dijo, se fundan de manera similar en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal por infracción de los artículos 391 N°s. 1 y 2 del Código Penal, al calificar como homicidio simple los hechos fijados en el fallo, los cuales, en parecer de los recurrentes, deben ser catalogados como homicidio calificado por premeditación y alevosía.

Que como ya se expuso en el motivo 5° ut supra, el fallo recurrido, en sus razonamientos 4° y 5° descarta que los acusados hubiesen actuado con dolo directo, ya que sus *“manifestaciones de conducta en estos hechos no son de aquellas que tuvieran la decisión deliberada y manifiesta de matar a otro, aunque no pudieron menos que representarse dicha consecuencia al disparar sobre el inmueble en que se encontraba la víctima”*, deduciéndose de esto último entonces, que en su parecer habrían obrado sólo con dolo eventual y, concordantemente, expresan luego que el homicidio calificado sólo admite el dolo directo, *“pues las calificantes que contempla el artículo 391 N° 1 del Código Penal, dejan entrever claramente que la conducta del agente debe haber estado orientada, desde un principio, a la muerte del sujeto pasivo que se trata”* (cons. 5°).



Vigésimo primero: Que la doctrina está conteste que el delito de homicidio calificado de las circunstancias primera y quinta del artículo 391 N° 1 del Código Penal, sólo puede ejecutarse con dolo directo, y así se ha sostenido que, atendido el hecho de que todas las circunstancias calificantes del artículo 391 *“contemplan un plus subjetivo ... la presencia de estos elementos subjetivos impone su castigo sólo a título de dolo directo, aun en los supuestos en que no parece hacerse referencia explícita a ello ... excluyéndose la apreciación de esta clase de delitos a título de dolo eventual o de culpa”* (Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, 1a ed., 2004, p. 64). En el mismo sentido, *“se afirma que es necesario el dolo directo, porque el uso de medios como el veneno, el precio y demás circunstancias implican en el sujeto una voluntad dirigida a alcanzar el resultado muerte”* (aludiendo a lo sostenido por un amplio sector de la doctrina, Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, t. III, 4a ed., 2011, p. 67).

Vigésimo segundo: Que, en ese orden, aun de compartir esta Corte con los recurrentes que los hechos, tal como fueron asentados por los magistrados de las instancias podrían subsumirse en el tipo “objetivo” del delito de homicidio calificado, lo cierto es que ninguno de los recursos denuncia como un error de derecho la calificación que efectúa la sentencia en relación a la culpabilidad con que los acusados obran, en tanto el fallo descarta en la especie que se haya ejecutado con dolo directo, elemento subjetivo del tipo penal en estudio sin el cual éste no puede tenerse por configurado. En otras palabras, los recursos no pueden prosperar desde que pese a postular que sí se concurren en la especie los presupuestos objetivos de las circunstancias calificantes de alevosía y premeditación del homicidio calificado, no afirman en cambio que se haya errado en el fallo al considerar que en este ilícito el elemento “subjetivo” no se encuadra en el dolo directo, cuestión esta última sin la que, como se ha dicho, el homicidio calificado por las circunstancias de



alevosía y premeditación no puede presentarse, siendo entonces subsumidos los hechos -en ausencia del dolo directo- sólo por el delito de homicidio simple del artículo 391 N° 2 del Código Penal.

Vigésimo tercero: Que por las razones antes expuestas, al no haber incurrido en los errores de derecho esgrimidos con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, deberán desestimarse los dos últimos arbitrios analizados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por las defensas de los condenados Juan Morales Salgado y Jorge Escobar Fuentes, y por los representantes de las partes querellantes, Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos, contra la sentencia de once de enero de dos mil dieciséis dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago a fs. 1305.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller, en relación al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de Juan Morales Salgado, aún cuando estima procedente dar aplicación a la circunstancia especial de atenuación prevista en el artículo 103 del Código Penal en el caso del delito de homicidio simple, por tratarse de un delito instantáneo, concurre al rechazo del arbitrio únicamente en virtud de lo razonado en el considerando 8° de este fallo, teniendo además en cuenta las reprobables circunstancias de comisión del hecho y las maniobras ilícitas desplegadas para tratar de justificar el ataque armado a la congregación religiosa.

El Ministro señor Brito previene que para rechazar el reconocimiento de la llamada "media prescripción", también tiene en consideración que la norma del artículo 103 del Código Penal que la establece dispuso que el tribunal deberá "...considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante...", esto es,



en su entender, que ante el curso incompleto del plazo extintivo la situación sería tratada "como" si hubiesen dos morigerantes. Lo que el legislador hizo fue otorgar al tiempo el efecto de reducir el castigo, lo que regula mediante las reglas de determinación de penas que consideran la concurrencia de atenuantes, pero, ciertamente, ello no autoriza a sostener que se hayan establecido atenuantes, porque de la expresión "como" solo deriva que la situación se asimila, se resuelve del modo que se hace cuando hay dos minorantes, porque no se ha conferido al plazo incompleto la naturaleza jurídica de modificatoria sino, únicamente, el efecto de reducir la sanción sirviéndose de las modificatorias. De no ser así, entonces, habría que aceptar que la supuesta minorante no estaría justificada en el reconocimiento de alguna acción o condición relevante de la persona penalmente responsable.

Acordada la decisión de desestimar el recurso de casación en el fondo del sentenciado Morales Salgado con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas quien estuvo por acogerlo y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta -en la menor medida posible, por las terribles características del caso-. 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. 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 morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo

atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. 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.

2º) 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.

3º) 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, aun 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.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de las prevenciones y disidencia sus respectivos autores.

Rol N° 5000-17





Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Kunsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O. Santiago, veintinueve de mayo de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

