

Santiago, diez de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 561-2011, del 34° Juzgado del Crimen de esta ciudad, por sentencia de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 864, se condenó a **Roberto Román Reyes** y a **Roberto del Carmen Abarca Lara**, como autores del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Rafael Edgardo Poblete Carrasco, el 12 de julio de 1974, a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, 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, más el pago de las costas de la causa. Enseguida se condenó a **Néstor Elías Poblete Bustos** y a **Pedro Washington Aliaga Chávez**, como cómplices del referido delito, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de catorce de julio de dos mil dieciséis, a fojas 979, la revocó en la parte que condenaba a los acusados Roberto Román Reyes, Néstor Poblete Bustos y Pedro Aliaga Chávez y en su lugar declaró que quedan absueltos de los cargos que les fueran formulados a fojas 760 como autores del delito. En lo demás, confirmó el fallo de primer grado con declaración que Roberto Abarca Lara queda condenado como autor del delito de homicidio simple consumado de Rafael Poblete Carrasco, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales que indica y al pago de las costas.

Contra ese fallo el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, parte querellante, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se



desprende de fojas 991 y 1.002, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1.020.

Considerando:

Primero: Que de la lectura de los recursos deducidos se advierte que estos se fundan en unas mismas causales y errores de derecho, ambos motivados exclusivamente en la errada decisión de condena de Roberto Abarca Lira como autor de un delito de homicidio simple y la calificación de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior con que se le beneficia, por lo que se procederá a su análisis y resolución conjunta.

El primer apartado de los libelos se sustenta en la causal de invalidación del artículo 546 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, por el error en que habría incurrido la sentencia al calificar los hechos como constitutivos de un delito de homicidio simple, en circunstancias que constitúan un homicidio calificado, como se resolvió por el fallo del juez a quo, infringiéndose los artículos 391 N° 1 circunstancia primera y 391 N° 2 del Código Penal, por falta y errónea aplicación, respectivamente.

Según postulan los impugnantes, los hechos, tal como se presentan en la sentencia -considerando 7°, letra d)-, estimados en conjunto con el certificado de autopsia de la víctima, que da cuenta de la trayectoria intracorporal del proyectil, el resultado de la alcoholemia y la posición del occiso en bipedestación, además del informe de la dinámica y trayectoria del disparo recibido por la víctima, decretado como medida para mejor resolver, que ubica a Rafael Poblete Carrasco de espaldas al disparador al momento del impacto, unido, por último, al relato de los testigos Raúl Zubicueta Carmona, Jesús Castillo Parada y Eraclio Estay Uribe, contestes en señalar que previo al homicidio se encontraban bebiendo algunos tragos en un local de Mapocho llamado La Piojera, permiten sostener que los sucesos demostrados constituyen un delito de homicidio calificado.

Avala lo dicho que la doctrina reconoce en la alevosía un elemento objetivo, el estado de indefensión de la víctima, y uno subjetivo, el propósito de aprovechar



esa situación de indefensión, ya sea creada por el autor o bien dadas las circunstancias. Ambos elementos están presentes en este caso, porque la víctima se encontraba en una situación de indefensión no solo derivada de las circunstancias que hicieron considerar el delito pesquisado como un delito de lesa humanidad, sino porque el ofendido estaba bebido, indefenso y desvalido, con las manos arriba, enfrentado a una muralla, de espaldas al autor del delito y distante de sus amigos, quienes habían sido previamente separados y también golpeados. El autor le dispara por la espalda, sabiendo que está desarmado, golpeado y bebido, por lo que no pudo menos que notar la posición de ventaja en la que se encontraba y, al optar por dispararle, decidió prevalerse de la falta de riesgo que para su persona representa la indefensión de la víctima.

En lo que concierne a la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, se critica por los libelos la decisión de haberse desechado antecedentes probatorios que permitían encasillar el hecho en el tipo penal de homicidio calificado y, al mismo tiempo, otorgar el carácter de muy calificada a la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, pues no consta en autos ningún antecedente que permita tener certeza ni presumir que el condenado haya sido un ejemplo para la sociedad, que haya contribuido con algún aporte ya sea intelectual, artístico o de otra naturaleza para considerar que su vida es intachable y un ejemplo para todos. El concepto de irreprochable conducta, argumentan los recurrentes, constituye un juicio valórico que va más allá de la falta de anotación prontuarial, por lo que el hecho que no registre ningún procesamiento en su extracto de filiación no es indicativo de una presunta conducta intachable, siendo insuficiente ese hecho para efectos de considerar la atenuante como muy calificada. Por ello, con su reconocimiento y estimación, se vulneraron los artículos 68, 68 bis y 69 del Código Penal, ya que se aplicó una pena inferior a la que legalmente correspondía.

Con tales argumentos finalizan solicitando que se anule el fallo y en reemplazo se condene a Roberto Abarca Lara como autor del delito de homicidio



calificado de Rafael Poblete Carrasco a quince años de presidio mayor en su grado medio.

Segundo: Que como cuestión preliminar es conveniente recordar los hechos que el fallo ha tenido por demostrados.

El fundamento Séptimo de la decisión de primer grado, reproducido en la alzada, consignó que:

1° El gobierno militar en el año 1974 estableció un estado de excepción en todo el territorio nacional el cual afectaba en ese entonces el libre desplazamiento de la población civil, como también los facultaba para detenerles en caso que vulneraran la prohibición de circulación o toque de queda.

2° En ese contexto, el 12 de julio de 1974, en horas de la noche, tres civiles circulaban en un vehículo particular por calle Bulnes, al parecer contra el sentido del tránsito y en horario de toque de queda, y al verles un grupo de efectivos militares deciden interceptarlos.

3° Los efectivos del Ejército, que pertenecían al Depósito Central de Pacto de Ayuda Militar, se movilizaban en dirección a sus hogares ubicados en el sector norte de la ciudad en un camión de tres cuartos militarizado, bajo el mando de Roberto Fernando Román Reyes, quien era acompañado por los funcionarios militares Néstor Poblete Bustos, Pedro Aliaga Chávez, Roberto Abarca Lara y Ricardo Huechucura Barrueto.

4° Una vez que el vehículo particular se detiene por la orden de los militares, a sus ocupantes Rafael Poblete Carrasco, Jesús Nazareno Castillo Parada y Raúl Orlando Zubicueta Carmona se les conmina a bajar y colocarse con los brazos arriba en contra de una pared. Luego sus aprehensores les registran y les golpean hasta el momento en que uno de los detenidos recibe un disparo por la espalda y queda herido en el lugar.

5° En el intertanto que ocurrían estos hechos un furgón de Carabineros de la Séptima Comisaría que efectuaba patrullaje por el sector divisa la situación y se dirige hacia el grupo para fiscalizarles, pero al llegar se percatan que se trataba de



un grupo de militares que mantenían detenidos a unos civiles por infringir el toque de queda.

6° Posteriormente, luego de un conciliábulo entre los uniformados, quienes les suben al vehículo policial y les trasladan hasta su unidad, se percatan que uno de ellos se encontraba en mal estado, por lo que se decide su envío a la Posta N° 3, donde al ver su gravedad le derivan a la Posta Central, lugar en que fallece a consecuencia de una herida a bala tóraco abdominal sin salida de proyectil, el 13 de julio de 1974, a las 14:00 horas.

Tercero: Que en tales acontecimientos es posible establecer la presencia de un homicidio alevoso, por la especial concurrencia de la modalidad de ejecución de obrar sobre seguro.

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina entienden que la alevosía constituye un modo o forma de ejecución del delito que requiere por parte del agente el ocultamiento de su intención criminal, para ejecutar el homicidio con seguridad, sin riesgos para él, procediendo con cautela y sobreseguro, en forma páfida e insidiosa, atacando de improviso, a traición o por sorpresa, cuando la víctima se halle desprevenida o indefensa, siendo indispensable que esta situación de ventaja haya sido buscada, procurada o aprovechada por el agresor.

También se ha sostenido que el actuar sobre seguro “es la acechanza, emboscada, o el agguato en el Código Penal Italiano, que deviene del español aguaitar”, aun cuando entre nosotros es más amplio, pues se “comprende también los casos en que se ocultan los medios y no necesariamente la persona del hechor”. “La nota de reprobación moral surge cuando las condiciones de aseguramiento han sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela también la existencia del ánimo alevoso” (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica de Chile, año 1998 T.III, páginas 60 y 61).

Obrar sobre seguro importa crear o aprovechar condiciones fácticas que permitan al agente descartar todo riesgo para su persona en la comisión del hecho. Hay dos modalidades de obrar sobre seguro, ambas constitutivas de



alevosía. El agente puede crear una situación especialmente destinada a dar seguridad a su acción o a marginar todo riesgo para su persona. Puede ocurrir también que el agente simplemente aproveche las condiciones concretas en que se encuentre la víctima y que le ofrezcan seguridad en su acción, no preparadas o determinadas por él. (Mario Garrido, “El Homicidio y sus Figuras Penales”, Editorial Jurídica Conosur, segunda edición, año 1994, páginas 157 y 158).

Cuarto: Que las circunstancias antes referidas se encuentran presentes en los hechos en examen. En el momento y lugar adecuado, escrutando conveniente y deliberadamente el instante propicio, con la víctima indefensa, bebida, de espaldas y con los brazos en alto, alejada de sus compañeros, durante el toque de queda, asegurando de esta forma un actuar exento de riesgos provenientes de una eventual defensa del atacado, se le dispara, con las consecuencias conocidas. Rafael Poblete Carrasco no tenía ninguna posibilidad de repeler o evitar un eventual ataque, hechos conocidos por el sentenciado, así como el contexto político que vivía el país y que lo dejaba a salvo de todo peligro, asegurándole impunidad. Todos estos elementos no dejan ningún margen de duda a la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos que exige la calificante de alevosía en este delito.

Quinto: Que, en consecuencia, la sentencia adolece del vicio de nulidad contemplado en el ordinal segundo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, pues haciendo una calificación equivocada del delito se aplicó la pena en conformidad a esa calificación, desde que los hechos declarados como probados satisfacen las exigencias del tipo penal del artículo 391 N° 1, circunstancia 1ª, del Código Penal, y no de su numeral 2°, como erróneamente se señaló.

Sexto: Que en relación a la causal de casación del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, también esgrimida en ambos recursos, pareciera referirse exclusivamente al establecimiento de los hechos que condujeron a los jueces del fondo a calificar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior que beneficia al condenado. Sin embargo, para que tal impugnación



pueda prosperar, se precisa el enunciado de normas reguladoras de la prueba, o sea aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son conculcadas con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación.

De la lectura de los recursos, sin embargo, no se hace ningún cuestionamiento en relación a aquellas determinaciones legales, sino que únicamente este se extiende a las disposiciones sustantivas que atañen a la estimación de la minorante en cuestión y sus efectos en la determinación de la pena, lo que no es bastante para alterar los hechos, condiciones en que esta sección de los recursos no puede ser atendida.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 Nros. 2° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

Se acogen los recursos de casación en el fondo deducidos en representación del Programa Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y de la parte querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, a fojas 991 y 1.002, respectivamente, en contra de la sentencia de catorce de julio de dos mil dieciséis, que corre a fojas 979, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

N° 49.929-16





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, diez de mayo de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a diez 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.



Santiago, diez de mayo de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce el fallo apelado de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 864, con excepción de los considerandos Décimo Quinto, Décimo Sexto, Vigésimo Tercero, Vigésimo Noveno, Trigésimo Cuarto y Trigésimo Quinto, que se suprimen.

Se elimina la oración “en la cual todos fueron responsables de un uso insensato e irracional de la fuerza”, que se lee en su fundamento Décimo Tercero; la frase que principia con las palabras “con la absoluta aceptación”, inserta en el basamento Vigésimo Cuarto; y la mención “que además de su naturaleza ilegítima” contenida en la reflexión Vigésimo Sexta.

Por último, se suprime toda referencia a los acusados Roberto Román Reyes, Néstor Elías Poblete Bustos y Pedro Washington Aliaga Chavez en el motivo Trigésimo Tercero.

De la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de Santiago se reproducen los fundamentos Primero, Segundo, Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo párrafo primero.

Se reproducen, además, los considerandos Cuarto y Quinto de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1.- Que como se ha señalado en lo expositivo, esta Corte comparte los argumentos vertidos en los considerandos Sexto y Séptimo del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, los que se han dado por reproducidos, en cuanto por ellos se decide la absolución de los acusados Román Reyes, Poblete Bustos y Aliaga Chávez, respecto de quienes no fue posible demostrar que hayan



intervenido en el delito como autores, cómplices o encubridores, situación que, en todo caso, no fue impugnada en los recursos de casación, por lo que la sentencia de alzada, a este respecto, se mantiene inalterada.

2.- Que la pena asignada al delito de homicidio calificado previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, era de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

3.- Que beneficia al sentenciado Abarca Lara una atenuante de responsabilidad muy calificada sin que le perjudique agravante alguna, por lo que la pena habrá de rebajarse en un grado al mínimo, quedando en definitiva en el presidio mayor en su grado mínimo.

4.- Por las razones expuestas y las que se han dado por reproducidas de la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones, este Tribunal disiente parcialmente del informe de la Fiscalía Judicial.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal se resuelve que:

1° Se revoca la sentencia de veintiuno de enero de dos mil dieciséis en la parte que condena a Roberto Fernando Román Reyes, Néstor Elías Poblete Bustos y Pedro Washington Aliaga Chávez y se declara en su lugar que quedan absueltos de la acusación que se les formulara como coautores del delito de homicidio calificado de Rafael Edgardo Poblete Carrasco.

2° Se confirma en lo demás el fallo apelado con declaración que se reduce la pena privativa de libertad impuesta al condenado Abarca Lara a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

3° Se aprueba el sobreseimiento parcial definitivo de cuatro de noviembre de dos mil catorce, escrito a fojas 759.

Acordada la decisión que rechaza el reconocimiento de la minorante del artículo 103 del Código Penal, con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas quienes estuvieron por reconocerla y reducir, por esa circunstancia, la pena correspondiente al enjuiciado en la forma que faculta el



artículo 68 inciso tercero del Código Penal, en virtud de los siguientes argumentos:

1. 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 morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo desproporcionado que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el transcurso 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, que se mantiene como tal, aún cuando en menor intensidad.

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.

3. Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de los Cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal.



Acordada la decisión de calificar la circunstancia atenuante con que se beneficia al condenado con el voto en contra del Ministro Sr. Brito pues, en su concepto, la sola inexistencia de anotaciones prontuariales pretéritas no constituye un elemento de entidad suficiente que haga procedente la aplicación del artículo 68 bis del Código Penal, que requiere la existencia de antecedentes de especial relevancia, que permitan otorgar a la atenuante común y ordinaria el carácter de “muy calificada” y producir el efecto propio de la pluralidad de atenuantes.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de las disidencias, sus respectivos autores.

Nº 49.929-16



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, diez de mayo de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a diez 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.

