

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos Rol N° 12.762-2019, por sentencia de primer grado de fecha veintidós de noviembre de dos mil dieciocho, se condenó al acusado **Heraclio Benito Núñez Yáñez**, a sufrir una pena de diez (10) años y un (1) de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y al pago de las costas, como autor del delito de homicidio calificado (Calificantes de alevosía y de ensañamiento), en contexto de lesa humanidad, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y cuarta, del Código Penal cometido en la persona de José Manuel Salas Sotomayor, ocurrido en la ciudad de Antofagasta el día 14 de septiembre de 1973.

Impugnada esa decisión por la vía del recuso de apelación, la Corte de Apelaciones de La Serena, por sentencia de uno de abril de dos mil diecinueve, la confirmó en todas sus partes.

En contra de ese fallo, tanto la defensa del acusado como la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (en adelante AFEP) y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior (en lo sucesivo el Programa), dedujeron sendos arbitrios de casación en el fondo.

Con fecha veinte de mayo de dos mil diecinueve, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que los arbitrios de casación en el fondo deducidos tanto por la AFEP como por el Programa, se sustentan en la causal del Art. 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto refieren que la sentencia impugnada



dejó de aplicar la regla del artículo 12 N° 8 del Código Penal en un proceso por crímenes de lesa humanidad, invocando en forma improcedente el artículo 63 del mismo cuerpo legal.

Argumentan, en primer término, que el rechazo de tal agravante se funda en dos dimensiones: primero, se considera inherente al delito la circunstancia del artículo 12 N° 8 del Código Penal y; en segundo lugar, se estima que el condenado no se ha prevalido del carácter de funcionario, es decir no se ha aprovechado de tal condición para granjearse impunidades o ventajas.

En segundo término, refieren que lo cierto es que las evidencias apuntan precisamente en la conclusión contraria. Es así como constan a fojas 34, 35 y 824 los oficios del Estado Mayor del Ejército de Chile que dan cuenta que nunca existió investigación sobre lo sucedido con el prisionero José Salas Sotomayor y que, revisada también la hoja de vida del condenado, acompañada a fs. 624 y siguientes del sumario, se sigue que el Sr. Núñez Yáñez nunca fue objeto de ninguna sanción por el crimen del joven Salas Sotomayor.

Por consiguiente *–explican los impugnantes–*, la agravante en comento es perfectamente aplicable en la especie, pues la calidad de funcionario supone una intensificación del injusto si ello favorece al victimario, por lo que el mayor reproche dice relación con el malhechor, y no con las acciones mismas que están suficientemente establecidas en la descripción típica del art. 391 del Código Penal.

Exponen que ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ni en el texto de la Ley N° 20.357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, ni en los Convenios de Ginebra o sus protocolos



adicionales, se establece que el sujeto activo del ilícito deba ser un funcionario público, un agente estatal, u otra posición equivalente.

Finalizan solicitando la nulidad del fallo impugnado y la dictación de una sentencia de reemplazo por la que se condene al acusado a la sanción de veinte años de presidio mayor grado máximo más las accesorias correspondientes, o a la pena mayor que en derecho corresponda.

SEGUNDO: Que, por su parte, la defensa del acusado Núñez Yáñez, sustenta su arbitrio en el motivo previsto en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto refiere que no se le reconocieron a su representado las minorantes del artículo 11 N°9 del Código Penal -en cuanto su participación en los hechos que se dieron por acreditados, se fundó única y exclusivamente en sus propios dichos- y del artículo 103 del Código Punitivo, toda vez que debió aplicársele la prescripción gradual atendido el tiempo transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los hechos que se le atribuyen, atenuantes que de haber sido reconocidas, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, le habrían permitido obtener una rebaja en su condena.

Concluye pidiendo la nulidad del fallo impugnado y la dictación de una sentencia de reemplazo por la que se tengan en consideración dichas atenuantes, condenándosele, en definitiva, a una pena no superior a la presidio menor en su grado máximo, con los beneficios correspondientes de la Ley N° 18.216

TERCERO: Que previo al análisis de los recursos, es conveniente recordar que el tribunal del fondo ha tenido por demostrado que:



“a) Que, el día 14 de septiembre de 1973, en horas de la madrugada, la víctima de autos fue detenida por personal militar, presuntamente por infringir las disposiciones del toque de queda, siendo trasladada al Regimiento Blindados de la ciudad de Antofagasta.

b) Que, una vez en dicho Recinto Militar, fue conducido a la sala del oficial de guardia, para ser interrogado por el capitán Heraclio Núñez Yáñez, quien sacó su arma y procedió a dispararle –en reiteradas oportunidades, en diferentes partes del cuerpo- a José Manuel Salas Sotomayor, causándole la muerte por “destrucción de masa encefálica. Fracturas múltiples de cráneo. Herida de proyectil de arma de fuego”, según constató el médico Mamerto Gorena, quien describió además diversas heridas producidas por proyectil balístico en las extremidades inferiores” (sic).

Los sucesos así descritos fueron calificados por la sentencia como constitutivos del delito de homicidio calificado en contexto de lesa humanidad, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y cuarta, del Código Penal.

CUARTO: Que, como ya se ha expuesto, tanto la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, como el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, hicieron valer como motivo de casación en el fondo, aquel previsto en el numeral 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se tuvo por configurada respecto del acusada la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, la de prevalerse el hechor de su carácter de funcionario público.



QUINTO: Que, en cuanto a la circunstancia agravante consistente en *“prevalerse del carácter público que tenga el culpable”*, sostienen los recurrentes que el hechor se aprovechó de la función pública para sus fines particulares, exponiendo que *“se debe subrayar que la impunidad del crimen cometido en contra de José Salas Sotomayor no constituye un dato accesorio a la comisión del delito, sino que concurre a su verificación, desde el momento que el condenado contempla la impunidad del actuar estatal como una garantía para su accionar criminal, cuestión que por cierto debe merecer un reproche mayor desde el punto de vista penal”*. Complementan esta aseveración, señalando que *“la calidad de funcionario supone una intensificación del injusto si ello favorece al victimario. Este mayor reproche dice relación con el malhechor, y no con las acciones mismas que están suficientemente establecidas en la descripción típica del art. 391 del Código Penal”*.

Los sentenciadores rechazaron esta circunstancia agravante, con la tesis de que tratándose de delitos de lesa humanidad como el de autos, el abuso por parte del hechor del carácter de funcionario público que le asista para realizar el delito, constituye un elemento integrante del tipo. Es decir, sostienen que la aplicación del art. 63 del Código Penal, impide la doble valoración de una misma circunstancia, tipificante y agravante. Al respecto, y aun cuando la argumentación de los jueces pueda ser discutible, corresponde a esta sala hacerse cargo de la impugnación y determinar si concurre o no en el caso de autos la agravante postulada, recurriendo, para ello, a los elementos que auxilian la interpretación judicial. El autor debe *“servirse, valerse de la calidad que posee para sus fines”* (Cury, Derecho Penal, Pte. General, 7ª Edic., p. 503), *“aprovechar su carácter de*



funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, o para procurar la impunidad.” “Prevalerse” de su carácter público, esto es, “servirse para sus propósitos de la calidad que inviste... emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines.” (Texto y Comentario del Código Penal, T.I, Libro Primero, Parte General, Comentario del Art.12, pág. 202). Sea que se halle en el fundamento de esta agravante un mayor injusto o un incremento de la culpabilidad (criterio mayoritario), el núcleo reside en determinar si el funcionario abusó de una posición de poder en un ámbito diverso al que corresponde a la función y en el que la finalidad es un beneficio para el funcionario o un tercero (Ortiz/Arévalo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Jdca., 2013, p. 398). A juicio de estos sentenciadores, los elementos probatorios reunidos en autos no permiten concluir que el acusado haya realizado las acciones que se le atribuyen, prevaleciéndose de un influjo –*“predominio o fuerza moral”*- especial otorgado por su carácter de militar.

Así, por lo demás, lo ha resuelto con anterioridad esta Corte en los autos Rol N° 8.945-2018, de fecha ocho de febrero de dos mil veintiuno.

Por tanto, no procede hacer lugar a esta alegación.

SEXTO: Que, en lo tocante a la primera infracción normativa denunciada en el arbitrio deducido por la defensa del acusado, esto es, la relativa al rechazo de la atenuante prevista en el numeral 9 del art.11 del Código Penal por parte de los juzgadores de la instancia, el recurrente afirma que el único antecedente del proceso que permitió determinar su responsabilidad fue, precisamente, su



declaración auto inculpatória, por lo que, sin ésta, no habría sido posible arribar a una decisión condenatoria a su respecto.

Sobre el particular, conviene precisar que esta minorante puesta en discusión, requiere la acreditación de ciertos hechos, de ciertos comportamientos del autor, que habrán de ser apreciados por los jueces. Estos elementos fácticos no se han tenido por establecidos en el fallo que se impugna y no se ha reclamado a su respecto una vulneración de determinadas leyes reguladoras de la prueba, lo que debió hacerse, si se pretendía controvertir la existencia de esos elementos valorados en sede jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que la apreciación de si concurre o no el requisito “*sustancialmente*”, que debe caracterizar la colaboración –*aporte con carácter serio y significativo a la investigación*- queda entregada a los jueces de la instancia y su función interpretativa, ya que el legislador no ha definido lo que se entiende por “*sustancial*”.

Por lo expresado, el recurso ha de ser desestimado en el acápite en análisis.

SÉPTIMO: Que, finalmente y en lo que respecta a la vulneración del artículo 103 del Código Penal argüida por la defensa del sentenciado Núñez Yáñez en su recurso de casación en el fondo, consistente en su desestimación por estar vinculado a la eximente de prescripción, en atención a que se entiende proscrita en esta clase de delitos, prohibición que afectaría también a la atenuante citada, es preciso tener presente que la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afina en el ya citado artículo 103 del Código Punitivo.



Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de *ius cogens* provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes (*Sentencias Corte Suprema Rol N° 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018 y Rol N° 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018*), de modo que el no ejercicio de esa atribución no puede configurar una infracción de ley.

Por estas razones, la segunda alegación efectuada por la defensa del acusado no prosperará.

OCTAVO: Que, en consecuencia, y no habiéndose acreditado la existencia de las infracciones de ley denunciadas en sus arbitrios por los recurrentes, los mismos serán desestimados.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 535, 546 N° 1, y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo deducidos tanto por la defensa del sentenciado



Heraclio Benito Núñez Yáñez, como por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena con fecha uno de abril de dos mil diecinueve, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase, con sus Tomos y agregados

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 12.762-2019.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A. No firma la Ministra Sra. Letelier y el Ministro Suplente Sr. Zepeda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y por haber concluido su período de suplencia, respectivamente.





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

