

Punta Arenas nueve de marzo de dos mil quince.

Vistos:

En los autos Rol 2-2015 del ingreso criminal de esta Corte, en segunda instancia, Rol 23-2014 del ingreso de causas de primera instancia, seguidos contra Mariano Marín Berrios, querellante, Agrupación familiares ejecutados políticos, delito de homicidio calificado, la parte querellante ya mencionada ha interpuesto recurso de apelación, al igual que el Programa continuación Ley 19.123, del Ministerio del interior y seguridad pública. Y la parte del sentenciado ha interpuesto recurso de casación en la forma y apelación, conjuntamente. Todo ellos, contra la sentencia de veinticinco de julio de dos mil catorce, escrita a fojas 682 y siguientes, dictada por el Ministro en visita extraordinaria don Aner Padilla Buzada, que condenó al procesado, ya nombrado, a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, por su responsabilidad de autor del delito de homicidio calificado en la persona de José Orlando Álvarez Barría, perpetrado en esta ciudad el 30 de septiembre de 1973, con las accesorias correspondientes, otorgándole el beneficio de libertad vigilada, disponiendo el tiempo de abono para el caso de revocación del mismo.

El primero de los apelantes pide enmendar conforme a derecho la resolución apelada y en definitiva imponer la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las sanciones accesorias legales y el pago de las costas de la causa. El segundo de los apelantes pide que se enmiende la sentencia en la parte concerniente a la pena aplicable y determine que es la de presidio mayor en su grado máximo, más las inhabilidades correspondientes.

La defensa del sentenciado, solicita, en lo que se refiere al recurso de casación en la forma, anular la sentencia y absolver al acusado, sin perjuicio de efectuar las declaraciones que en derecho corresponda. En lo pertinente al recurso de apelación, demanda enmendar la sentencia conforme a derecho, absolviendo a Mariano Marín Berrios.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la parte querellante Agrupación familiares de ejecutados políticos.

Alega que el artículo 103 del Código penal es inaplicable en crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, -cuyas

características cumple el delito en el presente caso- debido a que la prescripción gradual comparte la misma naturaleza que la prescripción, por ende rebate la aplicación de la circunstancia consagrada en dicha norma, como atenuante calificada de responsabilidad penal, la que junto a la estimación de aquella establecida en el artículo 11 N° 6 condujo a una pena privativa de libertad inferior al mínimo señalado en la ley.

Su primera aseveración, la naturaleza del delito, la sustenta en el contexto específico histórico del país pues, a la fecha de comisión estaba vigente el estado de guerra decretado por la Junta militar, el 11 de septiembre de 1973, a través del D. L. N° 5, estado de sitio asimilado a estado de guerra "para efectos de la penalidad y demás efectos legales. Con ello, necesariamente el Estado de Chile asumió las consecuencias internacionales inherentes, estipuladas en los Convenios de Ginebra ratificados por nuestro país en 1951, estando obligado a aplicar el artículo 3 común a los cuatro Convenios sobre el trato humanitario a todas las personas y la prohibición de atentar contra la vida e integridad personal de la población.

Se refiere también a la norma del artículo 147 del mismo Convenio [sic] en cuanto califica de infracciones graves entre otros delitos, al homicidio intencional y existiendo un nexo suficiente entre el conflicto y la conducta concreta la violación a sus normas debe ser considerada crimen de guerra, cuyo es el caso, puesto que rigiendo el toque de queda decretado por la autoridad militar de la época se cometió el crimen en la forma que ha sido establecido en la instancia. Por lo demás, el crimen comparte las características propias de otros ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil, producto de una política preconcebida a la que responde la naturaleza organizada del ataque vinculado de una u otra forma a una autoridad estatal al menos, en cuanto tolerado, siendo una cosa burda el modo como la justicia suspendió la prosecución del proceso destinado a esclarecerlo y determinar la participación, favoreciendo la impunidad. El elemento subjetivo también está presente ya que era de público conocimiento la naturaleza de las actuaciones de las fuerzas de orden y seguridad de la época.

Su segunda afirmación, en orden a la imprescriptibilidad de estos crímenes, la argumenta en base al artículo 146 del Convenio IV sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, que obliga a imponer sanciones adecuadas y perseguir a los hechores haciéndoles comparecer ante los tribunales. Está el artículo 148, además, impidiendo exonerarse alguna de las partes contratantes, de esta obligación y de allí la prohibición jurídica de declarar extinguida la responsabilidad penal por amnistía o prescripción penal, expresión de la prohibición de amparar la impunidad.

Los crímenes de lesa humanidad se rigen por el mismo régimen de principios, la necesidad de su castigo -Resolución N° 2583 de 1969 de la Asamblea general de las Naciones Unidas- la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad -Resolución N° 3074 del año 1973- escriturados en la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Concreta su alegato a la similar naturaleza de la prescripción gradual con la prescripción, la cual, desde luego, el legislador no ha entendido que se trate de una circunstancia atenuante, sino que se le considere como tal para determinar la cuantía de la pena. Lo más importante es que tiene los mismos efectos que la prescripción y la amnistía toda vez que una condena baja o un cumplimiento de pena en libertad, operan como la impunidad en base al tiempo transcurrido desde la comisión del delito, en circunstancias que a ello conduce la situación de la población civil al momento de su ocurrencia, sin contar con los medios para recibir un juicio justo y la condena de los culpables, ni amparo y protección por parte de los tribunales, del ataque sistemático y generalizado. Por consiguiente, sería el transcurso del tiempo el que surtiría el efecto de hacer realidad las aspiraciones de impunidad de los hechores.

La Agrupación de familiares, querellante, alega además, que el sentenciador omitió pronunciarse sobre la agravante de responsabilidad penal establecida en el artículo 12 N° 8 del Código penal, invocada por su parte, haciendo ver que no está en discusión el carácter de empleado público del autor del delito en los términos del artículo 260 del Código

penal. Explica en palabras de autores doctrinarios que supone el uso del poder, prestigio, oportunidades o medios que se ponen a disposición del empleado público (entre otros autores cita a POLITOFF Lifschitz, Sergio y otros, Lecciones de derecho penal chileno, Parte general, Segunda edición, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010, p. 516)

En consecuencia, de acogerse sus tesis sobre la inaplicabilidad de la media prescripción y la concurrencia de la agravante, la pena para el autor del delito de homicidio calificado previsto en el artículo 391 N° 1, consumado, sería presidio mayor en su grado medio a perpetuo, con una agravante, y una atenuante que deben ser compensadas racionalmente, de acuerdo a la extensión del mal causado, y al principio de proporcionalidad, debiera ser, 15 años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el Programa continuación Ley 19.123, del Ministerio del interior y seguridad pública.

Argumenta que José Orlando Álvarez Barria fue víctima de un crimen de lesa humanidad, en un contexto de impunidad que se representa el agresor, creado de manera intencionada por el Estado, de modo de infraccionar sin responsabilidad alguna, los derechos y la vida de las personas, lo que exige que la reprochabilidad penal se exprese con la máxima intensidad. Utiliza explicaciones doctrinarias como la de Mañalich, Juan Pablo, "La pena como retribución, Segunda parte: La retribución como teoría del derecho penal", en orden a que ha de haber proporcionalidad entre la gravedad relativa a cada clase de delito y la escala absoluta de severidad de las penas a ser utilizada respectivamente.

A su juicio, esta tesis determina el por qué no se debiera considerar el artículo 103 como una circunstancia atenuante en la especie, ya que en el marco del sistema de protección interamericano, que forma parte del acervo legal disponible para el sentenciador morigerar la pena por esa vía constituye una infracción normativa contraria a derecho y susceptible de enmienda y de responsabilidad internacional del Estado con las víctimas y con la comunidad de Estados, dado, por una parte, el compromiso del Estado de Chile con las normas de derecho internacional a las que está obligado con anticipación a la

misma Constitución política (en este sentido cita a NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Peritaje en caso última tentación de Cristo. Olmedo Bustos y otros. Sentencia 5 febrero 2001. Citado por FERNÁNDEZ, Karina, *La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos*. Disponible en:

http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_7_1_2009/estudios1-09%20p299-330.pdf.

Y teniendo en cuenta por otra parte que la pena debe cumplir con los fines que le son propios como elemento de prevención y protección de delitos de la naturaleza del presente, también reflexionado por la misma autora.

Por lo demás, a su parecer, en el evento de considerar aplicable el artículo 103, al momento de graduar la pena, impera la gravedad del delito en la especie, por ser de lesa humanidad, debiendo considerar lo dispuesto en el artículo 69 del Código penal, que en los hechos conduce al máximo de la pena.

En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa.

El abogado don Jorge de Grenade Kovacic, alega la concurrencia de la causal del artículo 541 N° 9 del Código de procedimiento penal, en relación al artículo 500 N° 5, sosteniendo que la sentencia no ha sido extendida conforme a la ley por omitir las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, vicio que se produce, en su opinión, al calificar el delito atribuyéndole alevosía, sin haber efectuado un análisis jurídico de los elementos objetivos y subjetivos que la constituirían sino una escueta descripción de los hechos que habría efectuado en el considerando tercero en los siguientes términos "toda vez que el ofendido, al enfrentarse a varios sujetos armados con munición de guerra, no tuvo ninguna oportunidad de defenderse o repelar [sic] la agresión, pues se encontraba desarmado, a diferencia de sus agresores de modo que el autor obra sobre seguro." Asevera que la infracción ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto ha permitido condenar a una mayor pena, resultado que no se habría obtenido si la obligación omitida se hubiese cumplido, explayándose sobre la importancia del contenido de las sentencias para efectos de la impugnación de sus errores y

arbitrariedades, invocando de manera genérica la Convención americana de derechos humanos en este respecto.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la defensa.

Sostiene que los hechos que constituirían el delito han sido descritos vagamente, en contraste con el auto de procesamiento primitivo que los recogía en forma más completa y en circunstancias que existen varios elementos que permiten explicar y justificar el actuar de su representado.

Así, el auto de procesamiento describía que “un sujeto fue detenido en horas de toque de queda, por el oficial a cargo de esta patrulla militar quien al oponer resistencia fue agredido por el oficial a cargo recibiendo éste un disparo lo que la [sic] causó herida a bala penetrante abdominal complicada,”

Discute la existencia de alevosía en el actuar del agente, que el sentenciador recoge de la tesis de los querellantes particulares, recalificando el delito en el motivo tercero. Al omitir los elementos que la constituirían, el sentenciador se colocaría en un extremo de liviandad donde toda muerte en un enfrentamiento que no sea de igual a igual, constituiría homicidio calificado por alevosía. Lo omitido sería la agresión que existió por parte de la víctima, que provocó la reacción del autor, desmedida o no, demostrada por medio de las declaraciones de Escobar López, suboficial conductor del vehículo de la patrulla militar, que realizó la ronda del toque de queda el día de los hechos, de Oyanedel Sánchez, conscripto que formaba parte de la patrulla, concordante con la confesión del imputado y la versión de las hijas de la víctima, de oídas de su madre, respecto a que su padre se resistió a la detención.

El testigo Escobar relata (...) el individuo –que traían detenido dos concriptos por no detenerse al aviso mediante megáfono que le hiciera el Teniente Marín- “traía un bolsa de papel, la que sorpresivamente lanzó hacia el vehículo, impactando en el marco de la puerta donde me encontraba, producto de ese hecho recibí un pequeño corte en el pómulo izquierdo” (...) El testigo baja del vehículo “instante en el cual el sujeto se abalanza contra el otro soldado y seguidamente contra el oficial, momento en el cual visualicé un forcejeo entre estos dos últimos y seguidamente escuché un disparo, por esta razón, tomé mi fusil y me

dirigí a la parte posterior de la camioneta constatando que en el suelo estaba tendido el sujeto y que tenía una herida de proyectil a la altura de la cadera" (...) Luego este testigo se refiere al llamado por radio del Teniente Marín, pidiendo cooperación al regimiento, lo que significó la llegada de personal militar que trasladó al Hospital naval al herido.

En su testimonio Oyanedel Sánchez refiere que mientras unos funcionarios controlaban y registraban a individuos apoyados mirando un muro con las manos en alto, otro apareció sorpresivamente por la parte frontal del vehículo en que la patrulla se movilizaba y escuchó gritar "alto" dos veces y la segunda, "el sujeto se acercó a nosotros, siendo controlado por un conscripto y el Subteniente Marín, seguidamente comencé a escuchar insultos hacia los militares y una especie de forcejeo, percatándome que el sujeto era un poco violento, en ese momento y sorpresivamente el individuo le lanza una botella al chofer de la camioneta, golpeándolo al parecer en su rostro, provocándole una herida en su párpado y el líquido que contenía le provocó ardor en su ojos, seguidamente este individuo procedió a tomarle el fusil al conscripto, razón por la cual el Subteniente Marín acudió en su ayuda, comenzando un forcejeo entre ellos, cuando sorpresivamente se escuchó un disparo, cayendo el sujeto al suelo, ante esta situación el Subteniente ordenó la comunicación en forma inmediata con el regimiento" (...), (...) "recuerdo que el disparo fue producto de un movimiento o ademán que efectuó el sujeto, ante lo cual el Subteniente se asustó y disparó (...)

Agrega que el lesionado fue trasladado y llegó con vida al Hospital, lo que corrobora el médico Emiliano Villagra. De la agresión del detenido también se hace referencia en los dichos de los oficiales Krumm y Dobud. Y Bronstein narra que al día siguiente vio muy abatido al subteniente Marín, lo que le resultaba inexplicable.

El otro aspecto de la defensa, insiste en lo relativo a la aplicación de la prescripción, contextualizando en la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad que se remite al Estatuto del Tribunal militar internacional de Nubremberg para los efectos de su calificación como tal, que los define en su artículo 6, c), recurriendo a doctrina de autores para

ilustrar en cuanto a cuáles homicidios pueden ser considerados de esa naturaleza para concluir que en este caso, no existe ninguna connotación política o de otro orden especialmente atentatoria contra la persona humana, salvo la participación de agentes del Estado, que no basta. Por esta falta de factores para la calificación dentro de las figuras del tipo, es que resulta un delito de homicidio simple al que se aplica la prescripción por disponerlo el artículo 93 del Código penal y darse los elementos de hecho.

Finalmente, reitera que el actuar reprochado se justifica en legítima defensa, cuyos elementos se demostrarían con las pruebas que ha venido relevando, la agresión ilegítima, derivaría del actuar del detenido, la situación de peligro fue ponderada por el sujeto agente en relación con las circunstancias del caso, principalmente el clima de violencia e inseguridad imperante en la época, lo que impediría exigir serenidad de ánimo como elemento de la racionalidad, que no se puede dimensionar en el contexto de hoy. En cuanto a la falta de provocación del que se defiende, le parece al abogado que también contextualizado en los márgenes de la normativa de excepción de la época, el cumplimiento del toque de queda no puede ser entendido como agresión o provocación por el que se defiende.

Los medios probatorios a que ha aludido a favor de su tesis, superarían, en el sistema legal de prueba tasada que instituye el artículo 459 del Código de procedimiento penal, el mérito de un testigo singular como Gálvez Rivera, por las contradicciones con el mérito del proceso, ya que este ubica en la escena detenidos dos vehículos, un jeep Toyota y detrás un camión del Ejército del cual bajan los militares que rodean al occiso y eso no es así, el camión llegó minutos después de los hechos a recoger al herido. El testigo se ubica a sí mismo en el interior del jeep, lo que no concuerda con otros antecedentes y los detenidos solían ser ubicados en el pick up de las camionetas. Aceptando que esa fuera su posición, resulta inverosímil que hubiera tenido visión a lo que sucedía en la parte trasera del camión estacionado detrás del jeep. Su versión del disparo es que el oficial levantó el fusil y dispara a muy corta distancia, lo que hubiera concluido en un disparo en el tórax. Por último

habría visto al camión llevarse el cadáver y el herido llegó con vida al hospital.

Las consideraciones por las cuales el sentenciador desestimó los medios probatorios que favorecían su tesis, constituyen una discriminación arbitraria porque lo que exige la ley para condenar es certeza legal conforme al artículo 456 bis del Código de procedimiento penal, ya que la certeza moral debe conducir a la absolución.

Representa lo que este Tribunal ha entendido en otro caso por alevosía, citando el fallo de esta Corte, en Rol 174-2013, transcribiendo su considerando tercero que acude a varios otros fallos judiciales en que se razona sobre el concepto o se recurre a ejemplos fácticos concretos en que se encuentran o no sus elementos específicos.

En la vista de la causa fueron oídos los abogados de ambas partes, quienes reiteraron los argumentos de sus recursos y contra dijeron los de sus respectivos adversarios, en términos que sintéticamente refieren lo siguiente:

El abogado don Vivian Bullemore, refiriéndose al recurso de casación en la forma, objeta al fallo, entre las alegaciones que demostrarían el vicio, el que modifique la imputación de homicidio simple verificada en la acusación mediante un considerando confuso que alude parcialmente la alevosía, no obstante omitir los elementos subjetivos de la figura, como lo hará ver en la apelación.

Entrando a este recurso, destaca que los hechos descritos en la acusación y en el fallo, son prácticamente los mismos y sin pruebas, el sentenciador mediante una fundamentación vaga y contradictoria, opta por la acusación efectuada por los querellantes, efectuando la recalificación. Agrega que, la mera indefensión no constituye alevosía. Rebate que haya habido una agresión que el sujeto no hubiera podido repeler, puesto que enfrentaba una patrulla que vigilaba el cumplimiento del toque de queda. El sentenciador omite, según su parecer, que hubo agresión por parte del sujeto, así como la preocupación del inculpado de llamar por auxilio para el lesionado y trasladarlo al hospital.

Cita la jurisprudencia de esta Corte en materia de alevosía, en el Rol 174-2013. Además, jurisprudencia de la Corte de apelaciones de San Miguel, 1999. Y jurisprudencia de la Corte Suprema, que exige dolo

para ocultarse y ocultar los medios. Explica que hay dos tesis para comprender la alevosía, objetivista y subjetivista y en ambas se requiere el dolo y elementos subjetivos del tipo que acompaña al dolo.

El abogado Sr. Rodrigo Ignacio Cortés Muñoz, por el Ministerio del interior contradice que no esté acreditada la alevosía, bastando cruzar el testimonio de Escobar con los rasgos verosímiles de la declaración del condenado, de forma que podría prescindirse de la declaración de Gálvez y el resultado tendría que ser el mismo. El homicidio calificado se da en un contexto temporal y de circunstancias de hecho de la época, cuando una patrulla a cargo de una persona preparada militarmente y con los medios para el ejercicio del poder y la fuerza enfrenta al sujeto desarmado, efectuándole 2 disparos a muy corta distancia.

En relación con el artículo 103 del Código penal, al reenviarse al artículo 64, faculta al sentenciador para evaluar los parámetros de aplicación, refiriéndose a la normativa en relación a la gravedad de los hechos, en concreto la gravedad de la pena en materia de delitos contra los derechos humanos, la cual permite excluir el artículo 103 como minorante, ejercicio que omitió el sentenciador, faltando en este sentido, fundamentos al fallo.

Con lo relacionado y considerando:

En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa.

Primero: que, los recursos de casación en la forma y apelación han sido interpuestos conjuntamente por esta parte y como puede apreciarse, en la presente sentencia, segmento expositivo, el reproche de falta de razonamientos respecto a la alevosía, viene expresamente reiterado en el recurso de apelación, al punto que, en el alegato del recurso de casación se anuncia que el desarrollo de los elementos subjetivos que deberían haberse analizado por el sentenciador y no lo fueron, serán tratados en el recurso de apelación.

Es decir, el recurrente no ha denunciado un perjuicio subsanable solo por medio de la nulidad del fallo y además, ha depuesto la vía de la casación en la forma, en aras del recurso de apelación, resultando de su estrategia que el problema que le genera el fallo, puede abordarse de manera más apropiada a través de éste último medio de impugnación.

En cuanto a los recursos de apelación interpuestos por las partes:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos octavo y noveno, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además, presente:

Segundo: que los dilemas a resolver a partir de los planteamientos de la parte querellante, se centran en la procedencia de la media prescripción al caso concreto y la aplicación del artículo 12 N° 8 del Código penal. Y en razón de los agravios manifestados por la defensa del condenado, se requiere resolver si los hechos permiten efectuar la calificación del delito por alevosía, si se reúnen los requisitos de legítima defensa y si es aplicable el régimen de los delitos comunes y por consiguiente la media prescripción de la acción.

La sentencia se estructurará organizada en base a las determinaciones que deben realizarse sobre el tema de fondo.

Tercero: que, una noción tomada de la doctrina, sobre crímenes contra la humanidad o crímenes internacionales o de lesa humanidad la encontramos en Bernales quien opina que es (...) "un término genérico acuñado por la Comunidad Internacional y que comprende todos los tipos penales de cada Nación Parte de la misma que reconozcan una violación de los derechos esenciales de las personas, en las condiciones que se reseñarán. De no ser así, la tipicidad formal exigida en materia penal haría impracticable la aplicación de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; pues si los tratados hablan de torturas, se entienden por ella tanto los apremios ilegítimos como las lesiones cuando los anteriores no son contemplados por la legislación penal y son cometidos por agentes del Estado en las mismas circunstancias que lo señala un tratado, por ejemplo." (BERNALES Rojas, Gerardo, La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos, en *Ius et Praxis* v.13 n.1 Talca, 2007, pp. 245-265 o <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-0012007000100009>)

Cuarto: que, los elementos que califican dentro de esta categoría a los delitos, no atienden esencialmente a la condición de la víctima, en el sentido si es o no un activista político, sino al victimario. Dice el autor por cuya doctrina nos estamos guiando: (...) "Lo esencial entonces, está en quien es el autor de estos delitos, el victimario; y todos los Tratados

sobre la materia apuntan a una misma acción; la que proviene de los agentes del Estado, ya sea por agentes de vinculación directa con el Estado, como un funcionario público nombrado en el escalafón correspondiente o dotado de una autoridad o cargo; o en forma indirecta, como lo es un agente de seguridad financiado por colaboradores, dependientes o simpatizantes de quien ejerce el poder; sea por una acción formal, como cuando actúan públicamente o con conocimiento de la opinión pública; o bien informal, como cuando actúan clandestinamente, que suele ser lo más común, principalmente porque en la generalidad de los casos, junto al torturador material, ha participado también un colaborador que ha facilitado y permitido su actuar, siendo las agencias de seguridad nacional y los grupos formales e informales surgidos de ésta, los entes represivos por naturaleza en gobiernos de facto."

Agrega que un siguiente elemento es la impunidad: (...) "en la mayoría de los casos los victimarios, en su actuar, se encuentran amparados por un sistema, de hecho o de derecho, que permite, favorece o garantiza su impunidad; sea que el sistema funcione como tal, en forma orgánica y sistemática, o bien que dicho sistema se constituya en la práctica, caso a caso. O bien que el sistema actúe por sí en forma autónoma, o que el sistema se constituya con la complicidad o colaboración de diversos elementos u organismos que conducen al mismo fin. Dicho fin no es otro que ocultar, negar o desvirtuar la realidad y naturaleza del atentado, permitiendo de esa manera el efecto perseguido, estos es, la impunidad absoluta o relativa, entendiéndose esta última como la inculpación a terceros ajenos al victimario. Un elemento importante a considerar, entonces, en los crímenes de impunidad es la supresión institucional, o sea, desde el Estado, de la contingencia de la punición; es este elemento el que impide que la prescripción pueda correr en estos casos, pues los supuestos y formas de impunidad hacen que la persecución penal y la pena se vuelven contingentes y viables en todo tiempo. Así, es el propio Estado, el mismo que debe ejercer el control de aplicación del "ius puniendi" en pos de la justicia, y con ello del orden público establecido, el mismo al

que se le ha entregado por la sociedad tal misión, es el que ampara la falta de justicia.

Un tercer factor que identifica la categoría en estudio es la trascendencia social del acto vejatorio. (...) "resulta importante dejar en claro que el acto vejatorio no termina en la persona de la víctima, sino que trasciende a toda la comunidad, desde la víctima y su entorno hasta el contexto internacional; trasciende en el tiempo y el espacio; trascendencia que está dada por la forma de la denigración de la persona y porque sus efectos comprometen a toda la sociedad, más aún, comprometen al Estado y su existencia como tal, toda vez que el Estado es parte directa o indirecta de estos actos, sea por acción u omisión, lo que se traduce en definitiva en la impunidad formal y material de los autores por una posición o postura favorable, en tal sentido, del Estado."

Quinto: que, la doctrina entrega una noción de imprescriptibilidad y facilita la determinación de los elementos de la institución. En estos órdenes de cosas, siguiendo al Profesor Bernal, diremos que "Desde la perspectiva del derecho interno se debe interpretar la imprescriptibilidad de ciertos delitos como aquella garantía de todo Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, en función de la cual, dando cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales sobre derecho humanitario, y al respeto de la esencia misma de la dignidad de la persona, los Estados no puede [sic] imponer plazo perentorio alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos. Lo anterior supone la existencia de ciertos delitos de naturaleza distinta a los comunes, lo cual es una realidad constatable, pues así como existen los delitos comunes, también existen los llamados delitos terroristas, delitos políticos y, en este caso, los delitos contra la humanidad.

Siguiendo a Horvitz, el autor entrega sus fundamentos en razón de los cuales se sustraen estos delitos a la regla de la prescripción: (...) "La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus

protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos, normas que, sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno".

"Dicha apreciación establece un fundamento básico de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que constituye un pilar que sustenta toda la teoría de la imprescriptibilidad, esto es, la superposición de la Verdad sobre la ignorancia y el olvido; la supremacía de la Persona por sobre la norma, y con ello, en consecuencia, la superposición de la Justicia por sobre la seguridad jurídica y la impunidad." (Horvitz L. María Inés, "Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile". Disponibles en www.anuariocdh.uchile.cl Anuario de Derechos Humanos 2006)

Invoca además el autor razones jurisprudenciales tomadas de la Corte interamericana de derechos humanos que aplican el principio de imprescriptibilidad: (...) "Además, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes, (y Chile lo es), tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, y las normas sobre prescripción, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de auto amnistía y las normas de prescripción, conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este

tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Al ser incompatibles carecen de efectos jurídicos y no pueden ser un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen un caso de violación de los derechos humanos, sea que ello se haga para la identificación como también para el castigo de los responsables." (CADH. Sentencia 14 marzo 2001, "Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú", conocido como caso "Barrios Altos")

Esta misma doctrina ha tenido una aplicación creciente en la jurisprudencia interna. Por ejemplo, una sentencia citada por Bernaldes en su artículo, sostiene (...) "el Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto al Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido. Así, en este caso concreto se ha expresado que se atenta contra el orden internacional y la Constitución misma si quien tiene la potestad para evitar la impunidad no lo hace, mirando siempre la legalidad y el respeto del orden jurídico internacional en su acepción pro ser humano. (C. S. 9 septiembre 1998)

Jurisprudencia reciente del referido tribunal superior, ha mantenido la línea, razonando en los siguientes términos: "En cuanto a la prescripción de la acción penal, como ha sido establecido por los jueces del fondo y no controvertido por las defensas, se trata en la especie de un delito de lesa humanidad, que se encuentra por lo tanto sometido a la normativa penal de carácter internacional como, asimismo, a los principios y reglas generales del ius cogens, entre las cuales se encuentra ya establecido y reconocido por los Estados que los

delitos de esta naturaleza son imprescriptibles" (...) (C. S. 26 febrero 2015. Rol 22.343-14, Considerando undécimo)

Sexto: que Bernales, en el estudio citado, explica por qué, ni siquiera el principio pro reo puede oponerse a la argumentación que correlaciona los delitos de lesa humanidad con la imprescriptibilidad, haciendo ver que el contexto de facto en que acontecen es determinante porque lo que (...) "cae es el sistema jurídico primordial; la Constitución, sea que se derogue expresamente toda o una parte de ella, sea que se reinterpretan o que, sencillamente, se dejen de aplicar de facto sus normas, es decir, derogación tácita. Por dicha razón, si la propia Carta Fundamental es afectada, con mayor razón el resto del sistema jurídico, y dentro de ello el penal, por cuanto ya no es sólo la prescripción y el Principio pro reo lo afectado, sino que el Bien Común en su sentido más amplio, y ante ello, y toda la sociedad, es que se plantea la imprescriptibilidad, situación especial que se constituye ante estas situaciones excepcionales y que, desde los Juicios de Nuremberg, viene planteándose.

"Así, el Derecho Penal no está autorizado ni legitimado para permitir o avalar la prescripción de las acciones penales derivadas de los crímenes internacionales emergentes o violaciones a los derechos humanos, ya que si lo hiciese, sería un atentado jurídico, ético y moral a lo esencial de dicha disciplina; pues no buscaría ni el debido proceso ni la justa sanción, sino que lo contrario, falta de proceso y de justicia."

Séptimo: que en la reciente jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que se viene citando, se ha continuado la tendencia mayoritaria a otorgar el mismo tratamiento a la media prescripción, y se ha dicho "Sin perjuicio de lo anterior, 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.” (C. S. 26 febrero 2015. Rol 22.343-14, Considerando décimo quince).

Esta Corte adhiere a la tesis precedente, por varias razones. La coherencia en el tratamiento sistémico del instituto. En efecto, lo esencial en la otra opinión, que está por aplicar la media prescripción dentro del esquema de minorantes, se encuentra en una toma de posición por un castigo atenuado, que queda de manifiesto en el fundamento que se utiliza (...) “nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión”. (C. S. 18 julio 2013. Rol N° 519-2013, Considerando sexto, párrafo 4°)

Pero a nuestro parecer, de acuerdo a su tenor literal el artículo 103 requiere que sea posible hablar de prescripción de la acción, para que su plazo haya empezado a correr y simplemente no se complete porque antes de ello el sujeto es habido o aprehendido. Requiere ubicarse en el régimen del Código penal, forma parte del sistema de prescripción, el que no se está aplicando, porque no es reconocido en esta categoría de delitos. A la media prescripción le son consustanciales todos los fundamentos de la imprescriptibilidad de una manera integral particularmente el que, el transcurso del tiempo ha sido la consecuencia del escudo oficial de impunidad tras el cual se parapetaron tanto el hechor, como todos aquellos que lo ampararon, distorsionaron los hechos e impidieron su esclarecimiento durante un lapso que no puede correr a favor del autor.

El tratamiento sistémico del instituto, no es una cuestión aislada en orden a la media prescripción, es el criterio que se ha impuesto finalmente en la jurisprudencia, mayoritariamente, en otras aristas del tema, desde luego, existe jurisprudencia de la Excma. Corte suprema frente a la cual no es posible considerar que en materia de indemnización de perjuicios causados por delitos de esta índole, podría admitirse un desdoblamiento y operar de manera distinta aplicando la prescripción a la cara civil del problema, cuestión que se ha superado pues dice otra cosa:

“Así entonces tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente

entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos -integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental- que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescrita la acción intentada por la actora contra el Estado de Chile.

“A resultas de lo explicado, no era aplicable la normativa interna del Código Civil, cuyo diseño y redacción no es propio de la naturaleza de los hechos indagados en este proceso y que, como ya se adelantó, corresponden a un delito de lesa humanidad, por lo que no es posible sujetar la acción civil indemnizatoria a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna como reclama el representante del Fisco. Se trata de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como el que aquí se estudia, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure. A lo anterior lo obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).” (C. S. 18 julio 2013. Rol N° 519-2013, Considerando séptimo, párrafo 3º)

Estas ideas armonizan también con las razones por las cuales las nociones en juego se entienden distinto, desde el derecho comparado y

a propósito de la persecución de crímenes de guerra: "Está hoy muy difundida la idea de que la prescripción no es jurídicamente otra cosa que una renuncia que hace el Estado de su potestad punitiva (Maggiore). Conforme a esta posición, la prescripción no crearía derechos en favor del delincuente, sino que importaría solamente una autolimitación que se pondría el Estado a sí mismo, en su derecho a perseguir los delitos." En referencia: "Esta tesis ha sido invocada en Alemania, en mayo de 1965, en que prescribían conforme a su ley penal todas las acciones para perseguir crímenes de guerra, para sostener que si se ampliaba el plazo de prescripción, como efectivamente se hizo, no podrían invocar los nuevos procesados el plazo antiguo en su favor, como ley penal más favorable." NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II. (Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1966), p. 451.

Octavo: que, en la especie se encuentran acreditados los hechos que caracterizan precisamente el delito de crimen contra los derechos humanos, toda vez que, a cargo de la patrulla que vigilaba el cumplimiento del toque de queda se encontraba un oficial del Ejército de Chile, instituido de autoridad para proceder a tales tareas, incluida la detención de aquellos ciudadanos que circularan por la vía pública infringiéndolo, es decir un agente de vinculación directa con el Estado, como un funcionario público nombrado en el escalafón correspondiente o dotado de una autoridad o cargo.

Se dio el elemento de impunidad, en efecto consta en el proceso cómo, sin una investigación mínimamente seria, (no hay ningún registro oficial que acredite que se hubiera abierto un proceso militar, un Consejo de guerra, algún procedimiento disciplinario al interior de la unidad a la que pertenecía el militar comprometido o que la Dirección de Ejército emanara algún tipo de informe –fojas 137, 191,268, 378, 398, 431-) al mismo tiempo que agonizaba el herido en el Hospital institucional la superioridad jerárquica no solo se conformaba con la explicación de los hechos entregada por el propio hechor, sino que le agregó elementos de elucubración propia y lo publicitó y según declaran Enrique Krumm Rojas a fojas 143, en el Regimiento no se instruyó sumario, tendría que haberlo hecho una esfera superior, tiene entendido

que se le dio cuenta al Comandante Iván Dobud y éste informó por documento al General Torres de la Cruz, quien mandó a buscar para exponerle el hecho.

Iván Hijinio Dobud Urqueta, a fojas 141, sostiene que no hubo un sumario administrativo, se pasaron todos los antecedentes a la Justicia Militar, proceso en el cual tuvo que prestar declaración en compañía del Capitán Lucar y el Subteniente Marín. Respecto a la publicación en el periódico, el General dio una conferencia de prensa, motivo por el cual puso punto final a este proceso, salvo la investigación de la Fiscalía Militar que supo se encontraba sobreseído. Por su parte desconocía los datos que entregó en la conferencia de prensa el General.

Del mismo modo habría procedido el tribunal militar especial -si es que alguno actuó- con un procedimiento que habría sido sumarísimo, y no solo sirvió para exculpar al homicida, sino para justificar la ilegitimidad de los procedimientos militares preconcebidos, contra la población civil: Fojas 163: Prensa 01-10-73: Fue baleado y murió obrero agredió oficial (se lee que Álvarez Barría se habría resistido a la detención, y agredió con el puño a un oficial y anteriormente habría estado participando junto a otros seis individuos en una reunión clandestina, siendo detenidos también sus compañeros. El incidente en el que resultó herido se habría producido mientras era trasladado hacia el vehículo militar, habiendo procedido el militar a hacer uso del arma de servicio en cumplimiento a lo dispuesto en diferentes bandos emitidos por el mando militar de los cuales está en conocimiento toda la población. En otro medio (fojas 149) se dice que el extremista muerto era el N° 2 en la lista de peligrosos buscados, y su muerte fue producto en primer lugar de sus actividades terroristas ilegales y luego, de su intento de fuga y agresión a un miembro de las Fuerzas Armadas. Y así sigue y suma.

Y del mismo modo se dio el factor de trascendencia social del hecho aterrador para dicha población utilizando un medio que no solo contribuye a doblegarla sino que se sirve del aparataje publicitario para tergiversar la verdad aparentando un estado de cosas de intervención armada en falsa defensa de la seguridad que se presentaba como afectada por el supuesto acto extremista de la víctima.

Noveno: que, acreditada la naturaleza del crimen que hoy día se juzga, el régimen penal que le es propio no reconoce la prescripción como uno de sus institutos liberatorios de la punición, ni puede distorsionarse su contenido asimilándola a una institución diferente incluyéndola entre el sistema de atenuantes.

Décimo: que, la condición de funcionario público del militar inculpado, conforma en sí misma, pura y simplemente, uno de los factores que caracterizan el crimen como atentatorio contra los derechos humanos o de lesa humanidad, figura de por sí determinante de agravación del homicidio y de la sanción, por lo cual no es procedente retomar la misma circunstancia para constituir la agravante del artículo 12 N° 8 porque esta no se configura con otros ingredientes de concurrencia particular que le den una connotación distinta al elemento de base.

Undécimo: que, sobre la alevosía, instruye la doctrina:

“Obrar sobre seguro abarca tanto el poner asechanzas o preparar celadas, como el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido.” “El concepto legal de alevosía (...) además incluye, atendido el tenor del precepto, todos aquellos casos en que la acción delictuosa tiene asegurado el resultado por recaer sobre persona impedida para escapar al ataque o defenderse de él, que es lo que ocurre con la que duerme o está desmayada o atada y también, en ciertos casos, con la que es acometida en forma inesperada o herida por la espalda”. NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II. (Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1966), p. 50. “Creemos que la cuestión no está debidamente planteada en esos términos, porque lo que es necesario para que opere la agravante de la alevosía es que el delincuente tenga conciencia de la indefensión de la víctima y de la falta de riesgo con el que opera y quiera obrar aprovechando esas circunstancias favorables para él; no es necesario, en cambio, que obre premeditadamente” (...) NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II. (Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1966), p. 52.

Esta Corte, en otras oportunidades ha expresado su opinión, como en el caso que cita el abogado defensor del inculpado, a propósito del cual hemos dicho:

“Tercero: que, (...) el concepto de alevosía se formula en el artículo 12 N° 1 y la alevosía, en su acepción de obrar sobre seguro, alude a un presupuesto fáctico en el actuar del agente que apunta al aseguramiento de las condiciones que le permitan consumar el delito perseguido con dos objetivos, uno, sin riesgo propio y dos, sin dar oportunidad a la víctima de repeler o eludir la agresión. Esta es la doctrina de la sentencia C. S. 6 mayo 1997, N° LegalPublising: 14546 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 351) Vale decir, “Las maniobras del sujeto activo deben estar puestas al servicio de la finalidad de matar, para cuya realización eficaz aquél se procura condiciones de ventaja y seguridad”. C. A. Copiapó, 3 junio 2008. N° LegalPublising: 39038 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 354)

“Otra sentencia sobre el mismo aspecto, describe este presupuesto en término que “...el sujeto activo se procura seguridad para la ejecución del delito y para su propia persona, buscando de propósito la indefensión de la víctima y actuando con prevalimiento de esa condición. No es suficiente, en consecuencia, la existencia meramente objetiva de circunstancias favorables, de desvalimiento o indefensión, no buscadas o procuradas de propósito.” C. A. San Miguel, 3 marzo 1999. N° LegalPublising: 21551 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 352)

“En igual sentido, otra sentencia lo expresa en términos más generales, “No es suficiente, por consiguiente, la existencia meramente objetiva de accidentes favorables, de desvalimiento o indefensión, no buscados o procurados de propósito, por lo cual, la sola demostración de maldad o perversidad que tiene lugar en un delito contra las personas no origina la agravante de alevosía contemplada en el N° 1° del artículo 12 del Código Penal, ni causal 1ª del N° 1° del artículo 391 del mismo ordenamiento; la mera existencia de indefensión del ofendido, preexistente o concomitante con el delito, no la constituye

forzosamente. La indefensión o desvalimiento de la víctima deben ser buscados intencionadamente por el delincuente o aprovechados para ejecutar su acción dolosa." C. S. 7 noviembre 2005. N° LegalPublising: 33225 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 353)

"Existen también ejemplos en la doctrina jurisprudencial para concretar la teoría, así, se ha decidido que "Desprendiéndose de los antecedentes que el disparo del encausado sobre su víctima se produjo en forma inmediata apenas lo enfrentó, sin que aparezca que tal obrar haya sido precedido de una debida cautela y reflexión respecto de los riesgos que asumía con el acto que iba a cometer, se entiende que no hubo alevosía en el acto de matar." C. A. Valparaíso, 4 agosto 2004. N° LegalPublising: 30966 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 352)

"En otro caso se ha explicado "...la única circunstancia que fue considerada por los jueces del Tribunal Oral para estimar existente la alevosía o el actuar sobre seguro, fue el hecho establecido que el acusado atacó a su víctima por la espalda. Empero, no basta con esa sola circunstancia...en determinados casos un ataque por la espalda pueda ser suficiente para tal calificación, será preciso analizar el contexto en que se produce esa agresión. No se advierte la existencia de las especiales circunstancias que habrían implicado la indefensión de la víctima según los juzgadores, las que no se refieren ni se dan por probadas en términos explícitos, discurrendo siempre sobre la existencia un único hecho probado: el ataque por la espalda. Aquel se considera una ejecución en procura de "obtener el resultado de sus ilícitos designios", a lo que se agrega que la víctima no habría estado en condición de "defenderse en modo alguno, con alguna posibilidad real de repeler o evitar la ofensa". C. S. 6 junio 2010. N° LegalPublising: 44920 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 354)

"Precisamente, en relación a la ebriedad se ha expresado, "La forma de cometer el homicidio demuestra que la circunstancia de que la víctima estuviera completamente ebria no sólo no fue indiferente ni puede hablarse de un azar ajeno al suceso delictuoso, como supone la

defensa y como pudo ocurrir si se le hubiera disparado un tiro desde lejos, por ejemplo, sino que al contrario, fue una cuestión determinante para el libre actuar de las victimarias." C. A. Rancagua, 15 septiembre 2005. N° LegalPublising: 32915 (Código penal, Abeledo Perrot, LegalPublising Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 353)"

Décimo segundo: que, de este cúmulo de razones y ejemplos concretos habremos de concluir que es en el análisis de las pruebas específicas de cada caso y el examen de los hechos particulares donde se han de encontrar los elementos de esta forma de agravación.

En el homicidio de José Orlando Álvarez Barría, existen pruebas del presupuesto fáctico en el actuar del agente que apunta al aseguramiento de las condiciones que le permiten consumar el delito perseguido, con dos objetivos, uno, sin riesgo propio y dos, sin dar oportunidad a la víctima de repeler o eludir la agresión. O dicho de otro modo, que acreditan las maniobras del sujeto activo puestas al servicio de la finalidad de matar, para cuya realización eficaz aquél se procura condiciones de ventaja y seguridad.

Ciertamente, la patrulla estaba implementada con instrumental de combate, eran varios hombres, adiestrados, armados con fusiles y respaldados por una fuerza militar completa atenta a sus requerimientos en los regimientos. Estas son condiciones de ventaja y seguridad. El mismo Mariano Marín dice que los soldados conscriptos eran de la compañía de comando. Fojas 203.

El hombre al que le dieron el alto, no se acercó voluntariamente a ellos, o les huyó y en palabras de los testigos armados, le hicieron la cortada o se acercó porque le dieron 2 veces orden de "alto". Frente al oficial a cargo, rodeado de hombres bien implementados, como ya se dijo, estuvo con sus brazos en alto y se veía que portaba un objeto envuelto en un papel. Era una persona desvalida que no llevaba ninguna intención de atentar contra los militares o cometer algún hecho ilícito.

Explica Pedro Enrique Escobar López el proceso para disparar el fusil S. I. G. Armamento de guerra semiautomático, antes de disparar es necesario efectuar dos movimientos de manejo del arma, el primero pasar la bala y el segundo sacar el seguro. Fojas 209. Iván Hijinio Dobud Urqueta dice que se utilizaba este tipo de arma por ser más

difícil de usar y también por el impacto que provocaba su presencia. Fojas 141.

Luego el hechor tuvo tiempo para preparar su arma, porque el sujeto llegó ante él ya sea por sus propios medios respondiendo la orden de alto o traído por 2 conscriptos y estando prácticamente frente a él le dispara al cuerpo. El uso de su armamento fue pensado, no se trató de un tiro imprevisto. El arma era apta para disparar tiros de gran impacto dañino, prácticamente aseguraba un resultado mortal y el lugar escogido para impactarlo también era vital dada la capacidad de daño del arma. O sea, al decidir usar su fusil contra el detenido desvalido, el designio era de matar aprovechando la condición en que éste se encontraba.

Décimo tercero: que lo dicho se ve corroborado por la propia prueba que emana de los testigos militares. Y en realidad no encontramos otras, en contrario de este aserto.

Oficialmente, la finalidad del patrullaje durante el toque de queda era hacer uso de todo el potencial de fuerza, tal como resultó de la información que dieron a conocer los medios de difusión sobre el hecho, que a su vez emanó de la más alta autoridad militar en la región. A ello se suma que fojas 577 la Prensa Austral de Punta Arenas, el 12 de septiembre de 1972 página 8, comunica las instrucciones de la Junta de gobierno suscritas por el General de división Manuel Torres de la Cruz, "estando en vigencia el Toque de Queda, deberá mantenerse en sus domicilios. "Numerosas personas que no han acatado esta disposición han sido detenidas y se encuentran bajo arresto de la autoridad militar y de Carabineros. "Se reitera, ningún ciudadano que no está en posesión del salvoconducto extendido por la autoridad militar, puede transitar por la vía pública (...) Etc.

Supuestamente, la finalidad de detenerlo tendría que haber sido llevarlo a su casa o entregarlo a Carabineros por la infracción al toque de queda. Sin embargo no se advierte ningún elemento de juicio para comprobar qué medidas o precauciones tomó el oficial a cargo para cumplir alguno de esos supuestos propósitos porque fueran la intención del oficial a cargo de la patrulla.

Dice Pedro Enrique Escobar López a fojas 527, Tomo II el 9 de mayo de 2013: "El hecho ocurrió en horario de toque de queda, donde el procedimiento consistía en que si se detectaba la presencia de un ciudadano en la vía pública se le conminaba a detenerse con la orden de "Alto" que le era dado por el Oficial a cargo de la patrulla, en este caso el Subteniente Marín, utilizaba un megáfono para dicho efecto. De inmediato se abordaba a la persona y le pedía su documentación. Si tenía salvo conducto podía seguir su trayecto o sino [sic] era detenido."

"La persona que se me indica y que se me da a conocer que su nombre era José Álvarez Barría fue retenido por dos soldados que salieron a su persecución al ser sorprendido en la vía pública y conducido a la parte posterior de la patrulla donde no vi detalles por encontrarme en mi puesto de conductor del vehículo militar y como era un procedimiento normal me quedé allí hasta que escuché el disparo."

Es decir, en esta versión, tratándose de un procedimiento normal se produce un disparo obviamente en la parte posterior del vehículo que él conducía, sin razón alguna perceptible para la persona que está en el mismo lugar de los hechos, sentado en la cabina del vehículo, en el puesto de conductor.

Estos dichos son contradictorios con la versión anterior, en la cual describe que el sujeto detenido le lanzó un bulto al marco de la camioneta del que saltaron pedazos de vidrio y después se dio cuenta que él, (testigo) tenía una mancha de sangre en la cara porque otro soldado le dijo, viendo después un forcejeo del sujeto con otros soldados más el oficial quienes se le perdieron de vista hasta que escuchó el disparo. Esencialmente, la contradicción consiste en que en esta versión el procedimiento no parece nada de normal, el vehículo recibe un botellazo, el conductor resulta salpicado, quizás herido, él no se da cuenta por sí mismo, ve forcejeos y todo termina con un disparo. En cualquier caso, lo medular del incidente, el disparo por parte de Marín, no lo ve en ninguna de sus dos versiones.

Sobre el supuesto forcejeo entre la víctima y Marín, es algo más preciso a fojas 278, "Vi que se abalanzaban y seguían ahí, era el oficial con otros soldados. No tenía nada en sus manos (la víctima) y lo veía por el espejo retrovisor."

Efraín Antonio Oyanedel Sánchez, -fojas 547 del Tomo I) otro soldado de la misma patrulla, cuenta que estaban registrando a unos individuos en la población 18, a quienes se les mantenía apoyados y mirando un muro con sus manos en alto, él se ubicaba en la parte posterior del pick up de la camioneta, resguardando a los funcionarios que realizaban ese control, en ese momento apareció otro individuo por la parte frontal del vehículo, al que se le da el alto dos veces, por lo cual se les acerca y es controlado por Marín y otro conscripto, oye unos insultos contra los militares y sorpresivamente el individuo lanza una botella al chofer de la camioneta, golpeándolo al parecer en su rostro, provocándole una herida en su párpado y el líquido le provocó ardor en los ojos, seguidamente tomó el fusil del conscripto, razón por la cual Marín acudió en su ayuda, forcejean y sorpresivamente se escucha un disparo, cayendo al suelo. Agrega que con el Capitán Lucar, en compañía de otros funcionarios trasladaron al herido al Hospital Naval.

Esta versión contradice en circunstancias esenciales la de Escobar, pues el sujeto que al final resultó herido a bala, se acercó a la patrulla obedeciendo la orden de alto. No lo salieron persiguiendo dos soldados para traerlo hacia el vehículo. Lo esencial, que era cómo se produjo el disparo, no lo ve ni lo refiere, sólo oye insultos y forcejeo. En cuanto al aspecto del incidente en que le habría tomado el fusil al soldado, ante lo cual habría reaccionado Marín, es vago, están forcejeando y repentinamente se oye el disparo. A fojas 454 varía, "recuerdo que el disparo fue producto de un movimiento o ademán que efectuó el sujeto, ante lo cual el Subteniente se asustó y disparó, debo agregar que creo que fue un disparo asustadizo..." Esta modificación no permite establecer ningún forcejeo, menos la maniobra de tomar el fusil del conscripto.

Por lo demás, en la narración de Lucar, no dice que haya trasladado al hospital al herido con personal de la patrulla de Marín, lo que se sabe al respecto es que este personal habría continuado su rutina. Ni siquiera Pedro Enrique Escobar López refiere algo semejante, al contrario, Lucar cumplía servicio de ronda con otro personal, conversaron entre ellos y la [sic] subieron a una patrulla para llevarlo al hospital Naval. (fojas 275 y siguientes)

De acuerdo a estos análisis, la Corte comparte la convicción del Sr. Ministro de la instancia, adquirida mediante los elementos de juicio que describe, particularmente, los dichos de Paulo Manuel Gálvez Rivera, acordes con la naturaleza y características de la lesión mortal, lo narrado por la cónyuge del occiso y los antecedentes recogidos por los querellantes.

Décimo cuarto: que, con lo razonado, al propio tiempo se resuelve la eximente de legítima defensa, la cual no ha sido acreditada.

Décimo quinto: que, en definitiva, el lapso de la condena debe ser fijado bajo los parámetros de los artículos 391 N° 1, circunstancia primera, alevosía, que fija el rango para el delito de homicidio calificado en presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el artículo 50, que se refiere a la sanción que se impone al autor del delito consumado, y el artículo 68 que regula la aplicación de la sanción cuando la pena señalada al delito consta de dos o más grados y concurre una circunstancia atenuante; por consiguiente se trata de diez años y un día a presidio perpetuo, dentro del cual no puede imponerse el grado máximo. En razón de la atenuante de buena conducta anterior y las circunstancias personales del sentenciado el tribunal impondrá la sanción en el grado de presidio mayor, medio.

Fundamentos por los cuales, atentos a lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes, y 535 y siguientes del Código de procedimiento penal, 768 inciso penúltimo del Código de procedimiento civil, se resuelve:

- I. Desestimar el recurso de casación en la forma interpuesto por la parte del sentenciado.
- II. Rechazar la agravante del artículo 12 N° 8 del Código penal, alegada por el querellante.
- III. Revocar la sentencia en cuanto concede el beneficio de libertad vigilada y se declara que la sentencia deberá cumplirse efectivamente en privación de libertad.
- IV. Confirmar la sentencia en alzada, con declaración que la pena impuesta es de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de homicidio calificado tipificado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, cometido con alevosía, en la persona de José

Orlando Álvarez Barría, el día 30 de septiembre de 1973, en esta ciudad.

V. Además, en coherencia con lo resuelto, se substituye la condena en materia de penas accesorias por inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena;

VI. Se condena al sentenciado en costas de la instancia.

Regístrese y devuélvase.

Se deja constancia que por tratarse de 4 recursos y de un juicio de 820 fojas, el tribunal hizo uso de la prerrogativa de ampliación de plazo para dictar la sentencia a petición de los tres integrantes, en conformidad a los artículos 50 y 526 del Código de procedimiento penal. Además, que no firma el ministro suplente don José Octavio Flores, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse con feriado legal y fuera de la región.

Redacción de la ministra Sra. Pinto.

Rol N° 23-2014- Crimen.

DICTADA POR LAS MINISTRAS TITULARES DOÑA MARÍA ISABEL SAN MARTÍN MORALES, DOÑA MARTA JIMENA PINTO SALAZAR Y EL MINISTRO SUPLENTE DON JOSÉ OCTAVIO FLORES VASQUEZ. AUTORIZA DON CÉSAR GUZMÁN ANDRADE, SECRETARIO SUBROGANTE.

En Punta Arenas, a nueve de marzo de dos mil quince, notifique por el estado diario la resolución que antecede.

Punta Arenas, diez de marzo de dos mil quince.

Vistos:

Habiéndose omitido transcribir una oración en la sentencia dictada con fecha nueve de marzo en curso, en uso de la prerrogativa establecida en el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, se procede a la corrección de si considerando décimo quinto en los siguientes términos:

“Décimo quinto: que, en definitiva, el lapso de la condena debe ser fijado bajo los parámetros de los artículos 391 N° 1, circunstancia primera, alevosía, que fija el rango para el delito de homicidio calificado en presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el artículo 50, que se refiere a la sanción que se impone al autor del delito consumado, y el artículo 68 que regula la aplicación de la sanción cuando la pena señalada al delito consta de dos o más grados y concurre una circunstancia atenuante; por consiguiente se trata de diez años y un día a presidio perpetuo, dentro del cual no puede imponerse el grado máximo. En razón de la atenuante de buena conducta anterior y las circunstancias personales del sentenciado el tribunal impondrá la sanción en el grado de presidio mayor, medio.

“De esta manera la Corte comparte el parecer del Fiscal expresado en su informe de fojas 746 a 748 de autos, en cuanto a no aplicar el artículo 103 del Código penal e imponer una pena de presidio mayor en su grado medio.”

Téngase la presente sentencia como complementaria y parte integrante de la sentencia corregida.

Regístrese conjuntamente con aquella.

Se deja constancia que no firma el Ministro Suplente Sr. Flores, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Rol 23-2014 -Criminal.

Redacción de la ministra Sra. Pinto.

DICTADA POR LAS MINISTRAS TITULARES DOÑA MARÍA ISABEL SAN MARTÍN MORALES, DOÑA MARTA JIMENA PINTO SALAZAR Y EL MINISTRO SUPLENTE DON JOSÉ OCTAVIO FLORES VASQUEZ. AUTORIZA DON CÉSAR GUZMÁN ANDRADE, SECRETARIO SUBROGANTE.

En Punta Arenas, a diez de marzo de dos mil quince, notifique por el estado diario la resolución que antecede.