

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil quince.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a) en el motivo sexto se trueca la palabra “calificado” por “simple”, se reemplaza el numeral “1º” por “2º” y se eliminan las voces “obrando a traición y sobre seguro”;

b) en el considerando décimo se cambia la palabra “calificado” por “simple”;

c) en el razonamiento undécimo se truecan las palabras “asesinato” y “calificado” por “homicidio” y “simple”, respectivamente;

d) se eliminan los motivos decimotercero, vigesimoquinto, vigesimosexto, vigesimoséptimo, vigesimooctavo y vigesimonoveno.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

1º) Que la sentencia de primer grado, en el considerando sexto, modificado por esta Corte, concluye que los hechos descritos en el razonamiento quinto -que se ha reproducido en esta sentencia- constituyen el delito de homicidio calificado previsto y sancionado en el N° 1º del artículo 391 del Código Penal, sin señalar exactamente cuál de las circunstancias que enumera dicha norma es aquella que calificaría el homicidio, debiendo entenderse que se trataría de la alevosía pues se dice en dicho motivo que “terceros **obrando a traición o sobre seguro procedieron a ejecutarlos** (a las víctimas) **y abandonaron sus cuerpos en la vía pública**”.

2º) Que en resumen, la conducta que se le imputa al acusado Jorge Gómez Sagredo, Teniente de Carabineros a la fecha de los hechos, es la siguiente: en horas de la madrugada de los días 21 o 22 de septiembre de 1973 se efectuaron al menos dos allanamientos masivos en la Población Pablo Neruda del sector La Pincoya ubicada a la sazón en la comuna de

Conchalí, allanamientos en los que participaron miembros del Ejército, de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, deteniéndose a algunas personas que fueron llevadas a la Tenencia Conchalí cuyo jefe era el acusado, lugar donde se los interrogó y se los trató en forma vejatoria, apareciendo luego cuatro de ellos, en la intersección de las calles Pedro Fontova con Guanaco, muertos por heridas de bala; en los casos de las víctimas José Gabriel Molina Guerrero y Juan Guillermo Arredondo González se imputa derechamente a Gómez Sagredo, el facilitar los medios para su detención ilegalmente, permitir que sus subalternos les infringieran apremios ilegítimos al interrogarlos y entregar datos claves a personal del Ejército -aquellos “terceros” referidos en el modificado considerando sexto del fallo de primera instancia- que llevaron a esos soldados a dar muerte a los mencionados señores Molina y Arredondo.

3º) Que no se da en la especie la alevosía y, por ende, debe responder Gómez Sagredo, como cómplice según se dirá, de dos homicidios simples. En efecto, lo que en nuestro medio se llama “homicidio calificado” o, más correctamente, “asesinato”, es un tipo agravado del homicidio, descrito en el artículo 391 N° 1° del Código Penal, que en su circunstancia primera dice *“El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía”*, norma que debe vincularse con lo que previene el N° 1° del artículo 12 del mismo cuerpo normativo, que señala que *“Son circunstancias agravantes: 1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”*. Son dos, pues, las formas de actuar con alevosía: a traición o sobre seguro y ciertamente son incompatibles entre sí: o se obra a traición o se lo hace sobre seguro, mas no es posible actuar a la vez a traición y sobre seguro, como consignó el fallo que se revisa. Luego, habrá que ver si en la

muerte de las dos personas antes referidas se obró a traición o sobre seguro.

4º) Que “*El obrar a traición es obrar faltando a la lealtad, con doblez y de improviso, sin permitir que la víctima se aperciba del ataque de que se le va a hacer objeto*” (Eduardo Novoa, “Curso de Derecho Penal Chileno”, Editorial Ediar-Conosur, segunda edición, 1985, Tomo II, página 46), o sea, quien así procede, al decir del penalista español Pacheco, “*es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa*”. No parece haber dudas que de ninguna manera los hechos descritos importan un obrar “a traición” y habrá que descartar de plano esta hipótesis.

5º) Que más complicado resulta resolver si el obrar de los autores - y ya se verá que Gómez Sagredo no es autor, como acertadamente lo entiende el Ministro Instructor- fue “sobre seguro”. Obrar sobre seguro, siempre siguiendo a Novoa, implica tanto el poner asechanzas o preparar celadas, como **el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido**. Consecuentemente, para que exista alevosía y, específicamente, para entender que se obra sobre seguro, es necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente, lo que no ha sucedido en la especie, en que no aparece de los hechos asentados en la sentencia que los autores de estos delitos hayan creado o procurado una situación de indefensión de las víctimas. Se ha dicho sobre este particular que los elementos precisos para la estimación de esta calificante han de referirse a los medios, modos o formas de ejecutar el hecho, tendiendo a su aseguramiento y a la vez a la impunidad del agente que lo realiza, revelando una perversidad de su propósito. No se trata, en el caso sub lite, de un grupo de militares y Carabineros que procedieron por sí y ante sí deteniendo arbitrariamente a determinadas personas matándolas una vez privados de libertad, se trata de un proceso de política de Estado

fijada por el nuevo orden de cosas a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas y de Orden derrocaron el gobierno constituido y comenzaron una persecución de los militantes y simpatizantes del gobierno anterior, de suerte tal que los agentes que dieron muerte a las víctimas de este proceso no buscaron ellos personalmente la situación de superioridad armada que les daba su condición de militares o policías sino que ello iba de suyo en un régimen controlado precisamente por las Fuerzas Armadas y de Orden desde nueve o diez días antes de los hechos. Razonar en contrario equivale a concluir que todo homicidio cometido por los funcionarios del Estado a partir del 11 de septiembre de 1973, por el sólo hecho de ser miembros de los organismos armados del Estado, es alevoso, idea que desemboca en el reprochable derecho penal de autor, vale decir, se juzga a los autores por su condición de militares o policías en un régimen político autoritario y no por sus actos; no parece ser entonces una doctrina que se adecue a las exigencias del Derecho Penal liberal el ver siempre un obrar sobre seguro en delitos de esta índole.

6º) Que si la naturaleza de la alevosía es subjetiva, como entiende casi toda la doctrina y la jurisprudencia, es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar para la ejecución del ilícito la indefensión de la víctima, de manera que, por ejemplo, y así se ha fallado de antiguo, no necesariamente matar a un niño pequeño lleva consigo la alevosía y, consiguientemente, si en el orden de cosas existentes después del 11 de septiembre de 1973 las víctimas, por sus circunstancias políticas, ya se encontraban en una situación de riesgo preexistente y el poder era ejercido por los cuerpos armados en forma absoluta, no puede entenderse que se obró sobre seguro, no puede argüirse que los agentes precisos de la muerte de los señores Molina y Arredondo buscaron su situación de indefensión. No es este un juicio histórico o político sino jurídico y la opinión que se tenga de los sucesos del 11 de septiembre de 1973 es

irrelevante a la hora de decidir si los autores de un determinado delito motivado por las circunstancias de la época es o no alevoso

7º) Que descartada la alevosía, hay que concluir que se trata entonces de dos delitos de homicidio simple, que a la fecha de su comisión se penaban con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, conforme al artículo 391 N° 2º del Código Penal.

8º) Que no cabe sino compartir el argumento de la sentencia de primer grado en orden a que el acusado es cómplice y no autor. Ya se ha visto que no se imputa a Gómez Sagredo el haber él disparado a las dos víctimas de las que resulta responsable -como cómplice- sino que su obrar habría consistido en participar, en un operativo militar y policial el 20 o 21 de septiembre de 1973, en detener personas -específicamente en este caso a dos- y en entregarlas finalmente a personal del Ejército, detenidos que después aparecerían muertos con impactos de bala en la vía pública. Gómez Sagredo no les disparó a las víctimas, no las mató materialmente, y de eso no cabe duda alguna. Entonces, Gómez Sagredo cooperó dolosamente a la ejecución de los hechos por actos anteriores al hecho punible. Dice don Enrique Cury (“Derecho Penal. Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición, página 628) *“La cooperación importa una aportación consciente (dolosa) a la tarea que se sabe y se quiere común. No es necesaria una intervención causal. Basta con un auxilio que facilite o haga más expedita la ejecución del hecho, aunque sin ella éste también hubiera podido realizarse, pero siempre que el autor se haya servido efectivamente de la colaboración prestada, pues en caso contrario nos encontraríamos ante una pura tentativa de complicidad (impune)”*. Gómez Sagredo ha tenido en estos luctuosos hechos una participación de segundo grado pues sus actos de cooperación (identificar a dos personas para entregarlas al personal del Ejército) no eran indispensables para que se produjera la muerte de los señores Molina y Arredondo, pero contribuyeron eficazmente a la

realización de la idea criminal, sea de los autores materiales del hecho sea de los instigadores del mismo. No pudo haber sido de otra manera, no debe olvidarse las circunstancias que vivía el país en esos momentos y que el acusado era sólo un Teniente de Carabineros que, evidentemente, no participaba en las decisiones de allanamientos o de ejecuciones. Luego, no es autor porque no fue quien dio materialmente muerte a las víctimas, tampoco fue quien instigó la comisión de las mismas y siendo un oficial de baja graduación, no puede decirse a su respecto que se concertó para su ejecución pues, como ya se ha dicho, se trataba de políticas del Estado gobernado a la sazón también por Carabineros, institución en la que el acusado no tenía ningún poder de decisión superior a la que un Teniente de 25 años razonablemente poseía. Y precisamente, aun empleando la teoría de Roxin acerca de la autoría -que tanto aplauso ha concitado y a la vez tan controvertido parece ser su sustento doctrinario-, Gómez Sagredo no puede ser considerado el llamado “hombre de atrás” u “hombre del escritorio”. La referida teoría señala tres formas de autoría, a saber, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría o autoría funcional, definiéndose esta última como aquella en que varios sujetos se distribuyen los distintos papeles, cuyo conjunto completa el dominio del hecho y la realización del tipo. A su vez, la autoría mediata (que es la que interesa para estos efectos), esto es, aquella en que el autor, *“para ejecutar el hecho típico se sirve de otro, cuya voluntad domina, y que es quien lo realiza materialmente”* (Enrique Cury, obra citada, página 597), puede adoptar tres formas, una de las cuales consiste en el *dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado*, en el que un sujeto situado en un punto preponderante de poder dentro de una organización jerárquica (“el hombre de atrás” o “el hombre del escritorio”), *“dispone de un número indefinido de ejecutores plenamente responsables, de manera que si alguno de ellos se opusiera a cumplir la orden, siempre puede ser sustituido por otro u*

otros que realizarían lo mandado” (Enrique Cury, obra citada, páginas 605 y 606). Y es requisito para ser considerado un “hombre de atrás” u “hombre del escritorio”, el que éste tenga algún dominio del hecho, el que viene dado por su dominio sobre la organización cuya estructura jerárquica garantiza el cumplimiento de la orden por el ejecutor que, ya se dijo, puede ser reemplazado por otro. Y el dominio del autor mediato será mayor mientras más alta sea su jerarquía en la referida estructura y más se aleje del autor inmediato. Luego, en el caso sub lite, aceptando la teoría esbozada únicamente para efectos dialécticos, ¿puede decirse que Gómez Sagredo es un autor mediato? ¿Tenía algún grado de dominio sobre el aparato de poder organizado, en mayor o menor grado, **del cual haya resultado la muerte de las dos personas antes mencionadas?** Pues la respuesta no puede ser sino negativa, se trataba de un Teniente de Carabineros, Jefe de la Tenencia Conchalí, que al 20 o 21 de septiembre de 1973 nada o muy poco habrá tenido que decir sobre las decisiones tomadas en la estructura de poder existente.

9º) Que no se da en la especie la figura de la prescripción gradual de la pena pues si no procede aplicar la prescripción en esta clase de ilícitos, tampoco debe favorecerse al encausado con la figura del artículo 103 del Código Penal, toda vez que esta permite considerar al hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas precisamente por el transcurso del tiempo.

10º) Que, en la especie, existen elementos de juicio suficientes para que este tribunal de alzada llegue al convencimiento que la minorante del N° 6° del artículo 11 del Código Penal que favorece al encausado debe ser tenida como “muy calificada”. Desde luego, Jorge Enrique Gómez Sagredo nació el 28 de septiembre de 1947 y a la fecha de los hechos tenía 25 años (casi 26) y era Teniente de Carabineros en una institución jerárquica que a la sazón formaba parte del gobierno comenzado el 11 de septiembre de 1973 con poderes omnímodos,

contando a esta data con 67 años de edad (el 28 de septiembre próximo cumple 68), sin que haya cometido delito alguno después de los violentos tiempos que vivió el país en aquellas épocas.

11º) Que siendo el acusado cómplice de dos delitos de homicidio simple, la pena debe regularse del siguiente modo: al ser cómplice se rebaja en un grado cada uno de los delitos, quedando así en presidio menor en su grado máximo y, por ser reiterados y siendo más favorable para él la acumulación jurídica de penas establecida en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, resulta una pena única de presidio mayor en su grado mínimo. Sin embargo, al haber una atenuante muy calificada y no existir agravantes, de acuerdo al artículo 68 bis del Código Penal, esta Corte rebajará la sanción en un grado, quedando así en presidio menor en su grado máximo.

12º) Que en el escrito de adhesión a la acusación del Ministerio del Interior, Programa de Continuación de la ley 19.123, se dedujo acusación particular por el delito de secuestro y homicidio calificado, lo que de conformidad con lo razonado en el fallo de primer grado -en lo no modificado- y en esta sentencia de segunda instancia, será desestimado. Del mismo modo se rechazará la pretensión de aplicar la agravante del N° 11 del artículo 12 del Código Penal, esto es, ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren la impunidad pues tal circunstancia agravante sólo podrá perjudicar a los autores y no a los cómplices y, en todo caso, dicha circunstancia presenta graves problemas doctrinarios pues si hay “auxilio de gente armada” estos son necesariamente autores, sea por el N° 1º o 3º del artículo 15 del Código Penal, y el que haya personas que aseguren la impunidad ciertamente no puede aplicarse al caso sub lite, que se trata, como ya tantas veces se ha dicho, de homicidios cometidos por agentes del Estado el 20 o 21 de septiembre de 1973 en el marco de las políticas represivas de la época y que no pueden juzgarse de la misma forma que un hecho delictual

común, como que en la especie, a pesar de los muchos años transcurridos, no se aplica la prescripción extintiva. Tampoco se da en el caso sub judice la agravante del N° 8 del artículo 12 del Código Penal, como entiende dicha acusación particular, toda vez que no existe una prevalencia del carácter público del cargo del acusado, pues claramente éste no ha abusado, aprovechado o valido del cargo para ejecutar el delito si se vuelve a reiterar lo que ya tantas veces se ha dicho: se trata de delitos cometidos en el marco de los sucesos posteriores al 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas y Carabineros se hicieron con el poder total y reprimieron a los militantes y simpatizantes de la coalición del antiguo gobierno, de manera que si se entiende por ello que este es un ilícito de lesa humanidad, mal puede agravarse la conducta del encartado por ser, precisamente, un agente del Estado. Por la misma razón se desestimaré igual petición hecha por la Agrupación de Parientes de Ejecutados Políticos a fojas 1.265.

13°) Que, conforme a lo anterior, no se comparte la opinión del señor Fiscal Judicial manifestada en su dictamen de fojas 1493 en cuanto denuncia un vicio formal que ameritaría la invalidación del fallo, toda vez que dicha anomalía de existir, ha sido reparada, por lo que esta Corte ha razonado en esta sentencia. Tampoco se comparte su opinión de considerar al acusado autor y no cómplice, según ya se ha expresado. Sí se está de acuerdo con el referido dictamen en cuanto entiende que no procede aplicar la prescripción gradual de la pena.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, **se aprueba** en lo consultado y **se confirma** en lo apelado la sentencia de diez de diciembre de dos mil catorce, escrita de fojas 1.412 a 1.458, con declaración que la pena única impuesta a Jorge Enrique Gómez Sagredo lo es como autor de los delitos de homicidio simple de José Gabriel Molina Guerrero y Juan Guillermo Arredondo

González, cometidos ambos el 21 o 22 de septiembre de 1973 en la comuna de Conchalí, en esta ciudad.

Se previene que el abogado integrante señor Asenjo concurre a la confirmatoria pero **con declaración** que la pena única impuesta a Jorge Enrique Gómez Sagredo debe elevarse a **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio y accesorias correspondientes como autor de los delitos de homicidio calificado de José Gabriel Molina Guerrero y Juan Guillermo Arredondo González, cometidos ambos el 21 o 22 de septiembre de 1973 en Conchalí. Tuvo presente para ello:

A) Que en autos los delitos de los cuales es responsable el acusado Gómez Sagredo se adecuan a la figura típica del artículo 391 N° 1° circunstancia primera del Código Penal, esto es, se trata de dos homicidios calificados por alevosía desde que se obró por los agentes sobre seguro. No otra cosa es disponer de una fuerza armada y allanar una población sin orden judicial, detener a dos sujetos desarmados y matarlos con sus armas de fuego sin dar ninguna oportunidad a las víctimas de defenderse, aprovechándose, de este modo, de las circunstancias del momento que hacían inevitable y cierto el mal que sufrirían los ofendidos.

B) Que el acusado es autor de ambos delitos y no cómplice. Y lo es por el N° 3° del artículo 15 del Código Penal: *“Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”*. Gómez Sagredo se concertó con los otros ejecutores, identificó al menos a las dos víctimas mencionadas y de este modo facilitó los medios para llevar a efecto sus homicidios.

C) Que compartiendo la idea que no se da en autos la figura de la prescripción gradual de la pena, coincide el que previene en el hecho que a Gómez Sagredo lo favorece la circunstancia atenuante del N° 6 del

artículo 11 del Código Penal, la que debe considerarse como “muy calificada” para los efectos del artículo 68 bis del Código Penal.

D) Que de este modo, la pena -presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo máximo- debe regularse en su grado inferior y al ser reiterados, queda en una única de presidio mayor en su grado máximo que se rebaja en un grado al haber una atenuante muy calificada, resultando así en presidio mayor en su grado medio que debe imponerse en su límite inferior, esto es, una sanción única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y devuélvase.

Nº Criminal 247-2015.

No firma el abogado integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Dictada por la **Octava Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada, además, por la Ministro Suplente doña María Cecilia González Diez y por el abogado integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, veintinueve de mayo de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.