

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil quince.

Vistos:

Se confirma la sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, escrita a fojas 678 y siguientes de estos autos.

Acordada con el voto en contra del Ministro (S) señor Norambuena, quien fue de parecer de revocar la sentencia en alzada, condenando a los acusados Luis Alberto Jeldres Olivares y Aclicio del Carmen Muñoz Mori, como autores del delito de *lesa humanidad*, correspondiente al homicidio en la persona de la víctima José Miguel Vargas Valenzuela, perpetrado en la comuna de Santiago, el día 27 de septiembre de 1973; como asimismo, acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios que interpuso su hijo, don José Miguel Vargas Gálvez, en contra de los acusados y del Fisco de Chile, teniendo presente para ello lo siguiente:

A.- En cuanto a la acción penal:

1°.- Que, como cuestión previa, y por ser contrario a los hechos asentados en la causa y a los antecedentes probatorios que se ponderaron en tal sentido; como también, por existir contradicción en las consideraciones para descartar la existencia del delito, corresponde eliminar los motivos 4° a 8° de la sentencia en alzada.

En efecto, pues mientras que en el motivo 4° se indica que no se ha llegado a convicción que las lesiones que provocaron la muerte de José Miguel Vargas Valenzuela, sean una consecuencia de una herida a bala; en el motivo 6°, se indica que en principio, puede configurar un homicidio circunstanciado como lo sostiene el querellante, para luego descartarlo, no por falta de prueba respecto a tal delito, sino que por haber existido “toque de queda”. Misma conclusión que se reafirma en el motivo 7°, al señalar el tribunal *a quo*, que no le cabe duda que estemos en presencia de un homicidio simple, pero agrega que no se reúnen las exigencias del *ius cogens*, para ser calificado de delito de lesa humanidad.

2°.- Que, asimismo, corresponde eliminar el párrafo final del motivo 3°, por el que se fijan los hechos acreditados en la causa, que comienza con las expresiones “siendo viable que las lesiones se hayan generado”, por tratarse más

bien de una argumentación fáctica que se ha agregado a los hechos, más que un hecho propiamente tal; lo que por lo demás, no fue materia de la acusación fiscal de oficio, de la acusación ni adhesión particular.

3°.- Que, en cuanto al fondo de la acción penal, los hechos que se han tenido por acreditados en la causa, que se reproducen en el motivo 3°, con la salvedad antes indicada, son calificados como constitutivos del delito homicidio simple, en la persona de la víctima José Miguel Vargas Valenzuela, perpetrado en la comuna de Santiago, el día 27 de septiembre de 1973, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, puesto que se mató a otro, sin las circunstancias calificantes que señala el N° 1 de la misma disposición.

4°.- Que, se disiente de la alegación de la parte querellante, que el delito de homicidio se haya cometido con alevosía, que permita sostener que estamos ante un homicidio calificado, puesto que si bien se empleó medios, modos o formas en la ejecución del hecho que tendían a asegurar el delito, sin riesgo para los acusados, de las acciones defensivas que pudieran ejercer la víctima o un tercero, se considera que tales circunstancias de comisión, en este caso, formaron parte del contexto en que se cometió el delito, todo lo cual, viene a constituir un elemento a considerar respecto al delito de *lesa humanidad*, puesto que ello posibilitó su comisión, empleándose para ello medios, modos y formas, que aseguraron su impunidad, sin riesgo para los acusados.

5°.- Que, en consecuencia, se considera que el delito que se ha tenido por acreditado en esta causa, constituye un crimen contra la humanidad, también llamado de *lesa humanidad*, pues ofende a la humanidad en su conjunto, dado que fue ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil, por parte del Estado y sus agentes, siendo ello violatorio de una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se infringió la prohibición de cometer crímenes de *lesa humanidad*, norma de *ius cogens* que obliga a los órganos del Estado, a su persecución, penalización y sanción, sin que pueda considerarse que beneficie a los acusados la prescripción o la ley de amnistía, conforme a las obligaciones que ha asumido el Estado, según el derecho internacional general.

6°.- Que, dado que la controversia en esta causa, versa respecto a la calificación jurídica de los hechos que se tuvo por acreditados, es decir, si ellos son un delito común; o por el contrario, constituyen un crimen de *lesa humanidad*, se hace necesario entrar a determinar lo que se ha entendido en este último aspecto.

Para determinar lo anterior, se puede considerar no solo lo que ha señalado la doctrina, la costumbre internacional, sino que también, en el orden normativo, lo que ha dispuesto en tal sentido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el que en su artículo 7 señala qué se debe entender por “*crimen de lesa humanidad*”.

Para precisar tal concepto, enumera una serie de actos o crímenes que lo constituyen, pero adicionalmente, exige que ellos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entre estos delitos, se contempla precisamente el asesinato.

Asimismo, señala que por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización, de cometer ese ataque o para promover esa política.

Respecto a las características de estos delitos, la doctrina ha señalado que el sujeto activo comprende tanto a los funcionarios estatales (con independencia de su jerarquía o cargo), como a los miembros de una organización; pueden cometerse en tiempo de guerra o de paz; no es necesario que exista orden expresa de la autoridad política para perpetrarlo; la circunstancia que se haya decretado un estado de sitio o “toque de queda”, no puede legitimar que los agentes del Estado puedan privar del derecho a la vida a sus ciudadanos, lo que siempre será contrario a la norma *ius cogens*. El sujeto pasivo, es la población civil, contra quien se dirige el ataque.

Por su parte, la ley N° 20.357 (D.O. 18-07-2009), que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra, si bien no puede considerarse en este caso, por regir los actos posteriores a su publicación, establece en su artículo primero un concepto similar a de la costumbre internacional, plasmado en

el Estatuto de Roma, exigiendo también que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, a lo que agrega que el ataque responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

7°.- Que, en la especie, estando acreditado en esta causa, la existencia de un homicidio, crimen que es uno de los que la norma de *ius cogens* contempla, pues éste es denominado asesinato en el ámbito internacional, siendo el empleo de dicha expresión, excluyente del homicidio culposo, mas no así del homicidio simple o calificado que contempla nuestra legislación, se cumple el primer requisito de la norma *ius cogens*.

Por otro lado, como se señaló, los actos o delitos contemplados en la norma *ius cogens*, constituyen delito de *lesa humanidad* en la medida que el ataque a la población civil, sea generalizado o sistemático, por lo que los actos aislados o cometidos al azar no pueden ser considerados incluidos en esta tipificación, siendo indispensable considerar para ello, el contexto en que fue cometido el delito sub lite, lo que hace indispensable analizar el período en que fue cometido.

8°.- Que, en primer lugar, respecto a ese contexto, se debe considerar que los requisitos de generalidad o sistematicidad que exige la norma internacional, son disyuntivos, es decir, se requiere la presencia de cualquiera de estos requisitos y no de ambos, para que se configure el delito de lesa humanidad.

La doctrina destaca que el requisito de generalidad es más bien cuantitativo, pues se refiere a la existencia de muchas víctimas o a la ejecución de un sinnúmero de hechos a gran escala contra la población civil (indiscriminado), que es lo que se ha alegado en este caso por los querellantes.

Por su parte, la sistematicidad, se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la ocurrencia regular de conductas criminales contra la población civil (selectivo y sucesivo).

No es condición requerida, que la víctima haya tenido militancia u opción política, o que el delito se haya cometido con ocasión de esas circunstancias, pues la motivación política no se exige respecto de la víctima, sino que respecto del Estado victimario.

También es necesario considerar la exigencia de un plan o política de actuación preconcebida. En tal sentido, es necesario el vínculo con un Estado o poder de facto, y la planificación por medio de una política, de lo contrario la circunstancia que exista una gran cantidad de actos, no los convierte automáticamente en crímenes de *lesa humanidad*, como podría ser el caso de un asesino en serie.

9°.- Que, si bien en este caso, se trató del homicidio de una víctima, durante el período de “toque de queda”, y se ha sostenido que quedan excluidos los actos aislados o aleatorios, se debe considerar que la norma de *ius cogens* señala que es el ataque a la población civil el que debe ser generalizado o sistemático, no el acto particular en sí. En tal sentido, se debe considerar que el acto individual ejecutado por los acusados en la persona de la víctima, en el período en que fue cometido, septiembre de 1973, lo fue en un contexto de un ataque generalizado o sistemático del Estado de Chile en contra de la población civil, lo que consta en diferentes informes oficiales realizados posteriormente y que han servido para acreditarlo, ya sea en causas seguidas ante tribunales nacionales, como ante tribunales internacionales, como lo es, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como cuando conoció el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile (prueba del motivo 82 b) de la sentencia del 26/09/2006), por lo cual, se cumple el requisito de la existencia de un contexto en la comisión del delito que exige la norma *ius cogens*.

10°.- Que, sin perjuicio de lo que arroja el Informe evacuado respecto a la víctima – que lo señala como víctima de violencia política -, que fue agregado a fojas 6 bis de la causa, y que se enuncia en el fallo del tribunal a quo, se debe precisar los citados informes oficiales que se han considerado en otras causas: el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; el Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia

política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; y, el Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, todos los cuales dan cuenta de violaciones, torturas, desaparición forzada de personas, homicidios, detenciones arbitrarias y otros delitos de *lesa humanidad*, cometidos especialmente durante el primer período del régimen de facto.

A lo anterior, cabe agregar las circunstancias particulares de esta causa, que difieren de los hechos aseverados por los acusados, conforme al relato de dos testigos: la viuda (motivo 1° letra m de la sentencia) señala que antes de fallecer la víctima, logró conversar con su suegro, contándole que los funcionarios le habían indicado que estacionara a unos 50 metros, pero al momento de dirigirse a ese lugar, recibió el impacto de un proyectil, sin que antes haya recibido voz de alto. En igual sentido, en las declaraciones de la hermana de la víctima (motivo 1° letra n), relata lo que escuchó del padre de ella, “que se acercó a la Tenencia con el salvoconducto en el parabrisas y otro en la ropa, además de las luces encendidas y una bandera blanca en el vehículo”.

A lo que debe agregarse que al inicio del procedimiento, la víctima no fue tratada como tal, ni se instruyó sumario para investigar los hechos que le afectaron, sino que fue tratada como inculpado, solicitándose el sobreseimiento de la causa por el fiscal tras haber fallecido, respecto al delito de no acatar orden de detención en toque de queda. Si bien la ley procesal penal chilena obliga investigar todo hecho que revista los caracteres de un delito, no se cumplió en este caso, lo que pone en evidencia que se garantizaba la impunidad, sin entrar en consideraciones respecto a la entidad del delito ni a tal obligación legal.

Como lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema, en caso similar con motivo de un homicidio en toque de queda (sentencia del 11 de mayo de 2015 N° 25.657-2014): “el hecho en particular se ejecuta en razón de las condiciones descritas, cuales son, en verdad, las que autorizan a matar ante la nimia transgresión de la limitación horaria del toque de queda. Frente a estos hechos, prevalecía la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia de las autoridades”.

11°.- Que, respecto a la participación de los acusados Luis Aberto Jeldres Olivares y de Aclicia del Carmen Muñoz Moris, cuyas declaraciones indagatorias y

careos se han reproducidos en los motivos 9° y 10° de la sentencia en alzada, ambos reconocen que al no haberse detenido la camioneta que conducía la víctima, disparan a la cabina donde uno de los disparos ingresa por la puerta izquierda impactando en su trayectoria al chofer. Sólo disienten en quien disparó a la cabina y si se hizo con un arma automática o ametralladora Sig automática. En estas circunstancias, situándose ambos en el sitio del suceso; reconociendo que ambos dispararon hacia el lugar donde se encontraba la víctima; existiendo concierto y unidad de dolo homicida, ambos se encuentran comprendidos dentro de la causal de autoría que contempla el artículo 15 número 3 del Código Penal, disintiéndose en tal sentido, con lo indicado en el motivo 11° de la sentencia en alzada, como también de lo informado por el señor Fiscal Judicial, atendido el amplio concepto de autoría que contempla nuestro ordenamiento penal.

12°.- Que, tratándose de un delito de *lesa humanidad*, corresponde rechazar las alegaciones de la defensa, en cuanto invocan para fundar la absolución, la existencia de una ley de amnistía y de la prescripción de la acción penal, por no ser procedentes dichos institutos en este tipo de delitos. Lo mismo acontece respecto a la eximente de haber obrado en cumplimiento de un deber, la que además, no hace sino reforzar las directrices generales que existían en esa época, respecto a una política de Estado en orden a no respetar la norma *ius cogens*. En cuanto a la inexistencia del dolo, se debe considerar que quien dispara un Fusil o una Carabina (máxime si se trata de una ametralladora Sig automática) en contra de un vehículo conducido por un civil, no puede sino representarse y aceptar que matará a esa persona, descartándose por lo mismo, la petición de recalificar los hechos a un delito de lesiones graves, pues queda claro que se actuó con dolo homicida.

B.- En cuanto a la acción civil:

13°.- Que, concordante con la responsabilidad que emana de un delito de *lesa humanidad*, y con la imprescriptibilidad del mismo, la responsabilidad civil que emana de este hecho ilícito, se debe regir por las mismas reglas, lo que adquiere especial relevancia, en lo que respecta a la responsabilidad del Estado.

14°.- Que, lo anterior, porque el Estado es responsable en este caso, no solo por los actos ejecutados por sus agentes, que ejecutaron el delito, sino que además, por infringir las obligaciones que ha asumido en el ámbito internacional.

15°.- Que, respecto a la alegación de la defensa fiscal, que el actor ya habría sido indemnizado, incluyéndose en ello beneficios educacionales, de salud, gestos simbólicos y una pensión única de reparación, se debe considerar que ello no es incompatible con la petición de daño moral que se demanda en esta causa, puesto que tales beneficios buscaron una forma de reparación diversa, no siendo procedente estimar que se otorgaron para reparar el daño moral demandado, que ha tenido como consecuencia, la constatación por la vía judicial, de la existencia de un delito de *lesa humanidad*, que afectó al padre del demandante civil.

Regístrese y devuélvase.

N° Criminal 479-2015

Pronunciada por la **octava Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el Ministro (S) señor Jorge Luis Norambuena Carrillo y la ministro (S) señora María Cecilia González Díez.

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.