

Rancagua, catorce de enero de dos mil trece.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de su fundamento décimo noveno, que se elimina.

Y teniendo en su lugar y además presente:

A.- en cuanto a las excepciones de prescripción y amnistía.

1.- Que respecto de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, renovadas como defensas de fondo por la parte del acusado; esto es, las alegaciones de amnistía y prescripción, cabe señalar que aparte de lo ya razonado por el Sr. Ministro instructor, debe añadirse que sin renovar la excepción de cosa juzgada las anteriores no pueden sino ser rechazadas necesariamente, porque toda la cuestión aquí, para estos efectos, se reduce a determinar cuál sea la fuerza obligatoria de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 26 de septiembre de 2006, en el caso denominado “Almonacid Arellano y otros contra Chile”, frente a la existencia de un sobreseimiento definitivo previamente dictado en la causa criminal que se instruyera precisamente por la muerte del Sr. Almonacid.

2.- Que en efecto; la amnistía y la prescripción dependen de la posibilidad de cumplir el fallo de la Corte Interamericana, porque es la sentencia de esa Corte la que imperativamente dispone que el Estado de Chile ha violado la Convención Interamericana de Derechos Humanos al aplicar el Decreto Ley sobre amnistía a la investigación por el homicidio del Sr. Almonacid, delito que ha estimado corresponder a un crimen de lesa humanidad, calificación que impide, además, aplicar en su favor las disposiciones de derecho interno relativas a la prescripción, según también lo dice en forma expresa. Más aún; la Corte Interamericana ha decretado, en lo resolutivo de su fallo, que el Estado de Chile debe asegurarse de que el Decreto Ley 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables. En tal escenario, o bien la sentencia a que hacemos referencia no se cumple, por chocar con la cosas juzgada interna, o, de cumplirse, no puede atenderse a la alegación de la defensa, ni en cuanto a la amnistía, pues el fallo internacional prohíbe

aplicarla a la especie, ni en cuanto a la prescripción, pues también de modo expreso la Corte Interamericana ha dicho que éste es un caso de delito de lesa humanidad, y que en tal calidad resulta imprescriptible, conforme a las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, que deben primar sobre las del derecho interno. No hay modo de cumplir el fallo internacional referido y, a la vez, aplicar las instituciones de la amnistía y la prescripción a este caso, como quiere la defensa, pues ambos ejercicios son contradictorios.

3.- Que la cuestión sobre por qué podría dejar de cumplirse el fallo de la Corte Interamericana se refiere no a la prescripción o la amnistía, entonces, sino antes que ello a la cosa juzgada, no renovada por la defensa como excepción de fondo, pero que el Tribunal puede examinar de oficio, conforme lo dispone el artículo 434 inciso final, del Código de Procedimiento Penal.

4.- Que el sobreseimiento definitivo es una resolución que una vez firme pone término al proceso penal y tiene fuerza de cosa juzgada. La disposición del artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, a este respecto, se relaciona, desde luego, con el principio del ne bis in ídem. La cuestión obvia que aquí surge, entonces, es la colisión que existe entre el fallo de la Corte Internacional, que ordena proseguir la investigación por la muerte del Sr. Almonacid y eventualmente juzgar y condenar a los responsables, y las disposiciones de derecho interno, puesto que en la causa tramitada en Chile, con anterioridad al inicio del juicio contra el Estado, seguido ante la Corte Interamericana, medió sobreseimiento definitivo firme.

5.- Que la cuestión propuesta la tiene que resolver la judicatura nacional a favor de la aplicación del fallo de la Corte Interamericana, por diversas razones. La primera de ellas es que ha sido el propio Estado quien se ha obligado a ello, al ratificar tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la competencia misma del tribunal. Se trata, con toda evidencia, de un tratado sobre derechos humanos, como su propio nombre lo indica, y en tal calidad sus normas tienen rango constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la propia Carta Fundamental. A todo evento, si es efectivo que la anterior afirmación es discutida en doctrina, no puede serlo el que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Convención Interamericana, constituyen una

limitación a la soberanía del Estado, pues así surge en forma ineludible de la lectura del citado artículo 5° de la Constitución. Ocurre, enseguida, que el intérprete de esa Convención es, precisamente, la Corte Interamericana, y esto por haberlo aceptado así nuestro propio Estado al reconocerle esa competencia. En tal escenario, es esa Corte la que decide si el Estado de Chile ha respetado o no esos derechos esenciales garantizados por la Convención. Y si decide que no lo ha hecho, es de toda evidencia que la norma de derecho interno que los infrinja, sea de manera general o sea en su aplicación a un caso concreto por las especiales características de éste, pierde su eficacia para el preciso caso de que hablemos, porque de otra manera no se cumpliría lo dispuesto por la propia Constitución, en cuanto a que la regla de derecho fundamental, garantizada por el tratado, limite la soberanía, ni tampoco se cumpliría el deber, que también el citado artículo 5° impone, de respetar y promover el derecho esencial de que se trate. En suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno, pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5° de nuestra propia Constitución. Así pues, en el caso sublite, si la Corte Interamericana decidió que el Estado de Chile violó los derechos fundamentales de las personas que ante ella acudieron, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana; esto es, los derechos al debido proceso y al amparo por la vía judicial, precisamente por sobreseer definitivamente por amnistía el proceso sobre la muerte del Sr. Almonacid, es innegable que es el sobreseimiento mismo lo que constituye el acto vulnerador, y por ende enfrentado éste, y la normativa legal que le da fuerza de cosa juzgada, al artículo 5° de la Constitución, por una razón que combina tanto la normativa internacional como el derecho interno, esa cosa juzgada no podría operar, sin mantener la vulneración.

6.- Que, enseguida, surge la segunda razón, que es la supremacía del derecho internacional, aceptado por Chile y por ende también derecho nacional, por sobre las normas de orden estrictamente interno. Esa supremacía ha sido ya latamente asentada por la doctrina, y también por fallos de nuestra

Corte Suprema, pero es además claro que, de no ser así, la firma y ratificación de tratados valdría de muy poco, pues cualquier país podría excusarse de las obligaciones que éstos le impongan, mediante el recurso de preferir normas de derecho interno, anteriores, coetáneas o posteriores, que los contradigan.

7.- Que, además, la cuestión ahora en debate no es ni puede ser la conveniencia de someterse a la jurisdicción de una Corte Internacional, ni tampoco la posibilidad de eludir el cumplimiento de lo que ésta resuelva, o de cumplir sólo parcialmente su dictamen. Los últimos puntos, porque ello contradice directamente lo pactado por el Estado de Chile, dado que al aceptar la competencia de la Corte como obligatoria, ha asumido el deber que le impone el artículo 68 N° 1 de la Convención; esto es, el compromiso de cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sea parte. Lo primero; esto es, la conveniencia de mantener o no al Estado sometido a la jurisdicción de tal Corte, es una decisión política ajena a los jueces. En tanto la Convención rija y la Competencia de la Corte permanezca aceptada, por no haberse denunciado el tratado que la contempla, el deber de cumplir sus fallos pesa sobre el Estado de Chile. Y el Estado está compuesto por sus tres Poderes. No se trata de una obligación que deba cargar sólo alguno de ellos. Es el Estado, de manera indivisible, el obligado y, por ende, lo es cada uno de sus Poderes, según la faceta de actividad estatal en que nos encontremos. En lo que ahora corresponde, que es cumplir una decisión de reabrir una causa criminal y proseguir su tramitación hasta el fallo final de la misma, esa obligación pesa directamente sobre el Poder Judicial, en cuanto Estado de Chile, en su faceta jurisdiccional. Este Poder no tiene alternativa, como no fuere la de incumplir, derechamente, un tratado vigente y, con ello, infringir el derecho y comprometer el honor del Estado de Chile. Si el sobreseimiento definitivo que en la causa criminal mediaba podía removerse o no, es algo que no decide la justicia nacional, en este caso, sino que lo decidió ya la Corte Interamericana. Nuestro fallo no puede referirse a si el sobreseimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreseimiento.

8.- Que, por lo demás, el Estado de Chile no podía ignorar que la Corte Interamericana ya había asentado desde hace tiempo la doctrina jurisprudencial de la cosa juzgada aparente o fraudulenta, según la cual cuando en su concepto se ha terminado un proceso criminal, por fallo firme o por sobreseimiento, sin el verdadero propósito de cumplir con el amparo judicial a que tiene derecho quien lo haya requerido, sino sólo como medio de asegurar una impunidad, o cuando una decisión de condena vulnera, también, garantías fundamentales reconocidas en la Convención Americana, tales decisiones, aunque estén firmes conforme a normas de derecho interno, no producen realmente cosa juzgada, ni tampoco generan (las del primer grupo) el efecto protector de la llamada regla del *ne bis in ídem*, porque son precisamente ellas las que configuran la infracción a la Convención Americana, y un acto infractor, vulnerador de garantías fundamentales, no puede tener efecto jurídico, so pena de desbaratarse todo el sistema de protección que la Convención de que se trata prevé. Esa doctrina se encuentra ya desarrollada en el caso “Mauricio Herrera con Costa Rica”, según sentencia de la Corte del año 2004, que ordenó dejar sin efecto un fallo condenatorio que en el sistema jurisdiccional interno gozaba del efecto de cosa juzgada. Sobre el mismo principio discurrió la Corte Interamericana en el caso *Carpio Nicole y otros contra Guatemala*, según fallo de 22 de noviembre de 2004. Antes aún, en el año 2001, la Corte había dispuesto reabrir una causa penal en el caso *Barrios Altos con Perú*, pronunciándose también respecto de la inaplicabilidad de una ley de amnistía. Otros pronunciamientos similares se encuentran en los casos *Loayza Tamayo contra Perú*, *Gutiérrez Soler contra Colombia*, *Bulacio contra Argentina* y de manera implícita en el caso llamado “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros con Guatemala*). De este modo, es innegable que el Estado de Chile sabía, o no podía menos que saber, que para la doctrina de la Corte Interamericana la cosa juzgada no es obstáculo para ordenar reabrir procesos y perseguir responsabilidades, si estima que esa cosa juzgada califica como fraudulenta o aparente, según lo decida su propio fallo. En tales circunstancias, la decisión política de mantener a Chile bajo la jurisdicción de ese tribunal internacional, admitiendo como obligatorios para el país sus fallos, implicaba el riesgo cierto de tener que cumplir alguno que,

precisamente, desbaratará un efecto interno de cosa juzgada, como ahora ha ocurrido. Si esto se decidió, aunque fuera por omisión, por los poderes políticos, la Judicatura no puede cargar con la responsabilidad de desvincular de facto al país de un tratado vigente, negándose a cumplir un fallo que ni siquiera plantea un escenario nuevo o desconocido, en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Interamericana. Que eso suponga constituir a la Corte Internacional en una suerte de tribunal de nulidad respecto de fallos nacionales, es evidente. Pero que eso sea conveniente o no, es asunto que surge como debatible desde mucho antes de la decisión internacional que ahora cumplimos; surge desde que la Corte Interamericana elabora su doctrina de la cosa juzgada aparente o fraudulenta. Pero entonces, de nuevo, son los poderes políticos quienes han de evaluar hasta qué punto una Corte con facultades tales afecta nuestra propia soberanía y hasta qué punto estiman admisible que el país continúe sometido a esa jurisdicción. El Poder Judicial, ajeno a esas evaluaciones y decisiones, no puede, entretanto, más que cumplir aquello a que el Estado todo sigue obligado, por un tratado vigente.

9.- Que, adicionalmente, si el derecho vulnerado, según la decisión ya inamovible del tribunal internacional, es, en suma, el de acceder a la justicia para obtener el enjuiciamiento y castigo de los que resulten culpables de un delito, y si la Corte Interamericana tiene como expreso y primer deber, cuando decida que hubo tal violación, disponer que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, según lo dispone el artículo 63 N° 1 de la Convención, parece imposible imaginar cómo podría disponer tal cosa sin ordenar que el proceso en que se busca esclarecer y castigar aquel delito, continúe. Y si la cosa juzgada interna pudiera impedir tal cosa, es claro que en los casos de infracción al derecho a acceder a la justicia, el señalado artículo 63 N° 1 sería letra muerta. La Corte Internacional, pues, no ha hecho otra cosa, al desarrollar su tesis de la cosa juzgada aparente, que dar cumplimiento a su propia obligación, de suerte que es evidente que no se trata de una arbitrariedad, sino de una decisión jurídica, fundada en las atribuciones y deberes de ese tribunal. Lo anterior se expone sin perjuicio de que no corresponda al juez nacional calificar, sino sólo cumplir, el fallo internacional, como obligatorio que es para nuestro Estado, según ya se ha dejado

establecido. De este modo, no hay cosa juzgada vigente, según decisión obligatoria de una Corte Internacional a cuya jurisdicción libremente nos hemos sometido, y no puede haber, tampoco, por las mismas razones, ni amnistía ni prescripción.

10.- Que, por fin, y esto ahora en el exclusivo marco de nuestro sistema judicial interno, la situación ya ha sido despejada por la resolución de la Excma. Corte Suprema que dispuso remitir los autos, que se encontraban archivados ante el Juzgado Militar, al Sr. Ministro Instructor. En efecto; si se había producido desasimiento del tribunal militar, como dice nuestra Corte Suprema, era porque en la causa seguida por el homicidio del Sr. Almonacid medió sobreseimiento definitivo firme. Y si a pesar de ello remite los autos al juez de la jurisdicción criminal ordinaria, para que resuelva lo que corresponda en derecho, cuando éste no los ha pedido para tenerlos a la vista en causa diferente, sino precisamente para continuar la misma investigación, según lo dice el Sr. Ministro Moreno en forma expresa en auto motivado de fs. 630 a 633 de estos autos, la decisión del Máximo Tribunal no puede sino entenderse como un asentimiento a esa decisión de reabrir la causa o, lo que es lo mismo, a cumplir el mandato del fallo internacional. Lo concluido no es una simple interpretación debatible, sino un hecho cierto, porque nótese que la Corte Suprema remite los autos para que se resuelva conforme a derecho la materia sometida al conocimiento del juez. La pregunta, entonces es qué quedaba por resolver, y por ende qué materia era aquella, y la respuesta es que quedaba por resolver sólo la cuestión de fondo; es decir, las diligencias sumariales, la decisión de someter o no a proceso a algún inculpado y las posteriores de acusar y de condenar o absolver. No quedaba por resolver, en cambio, la cuestión formal previa de si el proceso se reabría o no, de si la sentencia de la Corte Interamericana se cumplía o no, de si la cosa juzgada nacional impedía o no continuar la causa, porque eso ya lo había resuelto, en forma razonada, el Sr. Ministro Instructor, como se lee claramente de fs. 630 a 633. Dice allí el Sr. Ministro, a manera de conclusión: “corresponde, de acuerdo a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se prosiga con esa investigación en esta Jurisdicción”. Y por si quedaren dudas, solicita el expediente al fuero militar “Para cumplir con lo ordenado

precedentemente” y finaliza: “para proseguir con el conocimiento de los hechos allí investigados”. Al enunciar las razones de esa decisión, el Ministro alude al fallo de la Corte Internacional y señala: “no cabe duda alguna de que el Estado de Chile debe proceder a cumplir la referida sentencia”. Es decir, el Ministro dice lo que va a hacer (continuar la tramitación de la causa penal previamente sobreseída en forma definitiva) y dice por qué (porque lo ha ordenado así la sentencia de la Corte Interamericana, que es obligatoria). En tales circunstancias, el Máximo Tribunal no pudo enviarle el expediente para que resolviera qué hacer, en cuánto a si reabrir o no el sumario y si cumplir o no el fallo internacional. No pudo, porque eso ya estaba explícitamente resuelto y la Excma. Corte Suprema tenía a la vista esa resolución, pues se le remitió para que se dirimiera la aparente contienda de competencia trabada entre el fuero militar y el ordinario, decisión a la que hizo además referencia el informe de la Sra. Fiscal de la Excma. Corte Suprema, a fs. 644 y 645. Luego, cuando el Tribunal Superior le remite finalmente los autos al Ministro, tal como éste lo había pedido al Juzgado Militar, para que “resuelva conforme a derecho la materia puesta a su conocimiento”, no puede sino referirse a la materia de fondo, que era lo único que quedaba por resolver. La “materia puesta a su conocimiento”, de que habla la resolución de fs. 669 de la Excma. Corte Suprema era, y no podía sino ser, entonces, la muerte del Sr. Almonacid, sus circunstancias y sus autores, cómplices o encubridores.

B.- En cuanto a la calificación del delito

11.- Que despejado lo anterior, y entrando al fondo, cabe hacerse cargo de las alegaciones de los apelantes, comenzando por la calificación del delito. Aunque la defensa no expone fundamentos en su apelación, sí lo hizo al alegar, considerando que el hecho debió entenderse como culposo y no como doloso, pues fue producto de la tensión del momento, a la que se unía la tensión general del ambiente nacional en aquellos días, de forma que llevando el arma con “bala pasada” por haber sido esa una orden general para todos los agentes policiales, el tiro mortal se escapó por inadecuado manejo, cuando el Sr. Almonacid cayó al piso, circunstancia que exacerbó el nerviosismo del acusado, muy joven en aquella época y desde luego no experto en armas a esa fecha, por mucho que llegara a serlo después.

12.- Que ya el sentenciador de primer grado razonó sobre el particular, desechando la pretensión de calificar el hecho como culposo, y sólo cabe agregar que aunque es cierto que el acusado era joven y puede no haber tenido en ese tiempo la experticia en armas que adquirió después, era ya un oficial de la policía uniformada, con entrenamiento en uso de armas de fuego, y no refiere tampoco él una caída propia, un golpe u otra circunstancia que pueda explicar el disparo, como no fuere la voluntaria acción de su parte de presionar el gatillo. La alegación del defensor ante nuestro estrados, a este respecto, más que referirse a un disparo propiamente accidental, parece decir relación con otra situación, que es la de un disparo irreflexivo, apresurado o reactivo. Un hecho tal no deja de ser doloso, y entonces lo que la versión del defensor parece excluir es la alevosía alegada de contrario, pero no el dolo, correctamente establecido por el fallador a quo.

13.- Que, precisamente, el querellante particular y el representante del Programa del Ministerio del Interior solicitan en sus respectivos recursos que el hecho se entienda como homicidio calificado por alevosía. Dejemos en claro, primero, que el representante del Ministerio del Interior no tenía derecho a formular alegación tal, porque no acusó particularmente, sino que adhirió a la acusación fiscal que se formuló por homicidio, sin mencionar calificantes. Con todo, los querellantes han pretendido, ante estrados, que concurriría alevosía en sus dos vertientes, y en cuanto al obrar a traición, porque el policía tiene un deber de protección respecto a la persona detenida, que implica una confianza que en este caso el autor traicionó. Pero ocurre que la confianza que debe traicionarse, para que la alevosía opere en esta primera variante, no es la que la sociedad o el ordenamiento jurídico haya depositado en una persona, sino la que la víctima hayan puesto en ella. En este caso es evidente que la víctima no depositó confianza alguna en sus aprehensores, y era de toda lógica que no lo hiciera; de hecho, lo más lógico, en el escenario que el país vivía, no era confiar, sino a la inversa, desconfiar en los aprehensores, si se era detenido político. Parece contradictorio afirmar que el hecho constituye crimen de lesa humanidad porque se comete en el contexto de una persecución política, que hacía del opositor al régimen militar un enemigo en términos bélicos y, al mismo tiempo, suponer que un detenido por

esa misma circunstancia, que entonces se sabía considerado como un enemigo, en un contexto en que tal calidad podía conllevar, y de hecho conllevó en muchos casos, graves atentados contra la integridad y aún contra la vida de las personas detenidas por la autoridad, debiera tener confianza en la persona de su aprehensor. Almonacid no acudió a entregarse voluntariamente, confiando en los policías, como sí fue el caso de otras personas en los primeros días de aquella época; Almonacid tampoco fue con los policías porque confiara en ellos; fue, simplemente, porque éstos acudieron a su casa a buscarlo y lo obligaron a ir, llevándolo apuntado con armas de fuego de gran calibre.

14.- Que respecto de la segunda variante de la alevosía; esto es, el obrar sobre seguro, ya el tribunal a quo ha razonado latamente, pero puede hacerse hincapié en algunas ideas. Ante todo, es necesario recordar que en el acto de la detención y traslado del ofendido actuaron dos policías. Uno de ellos, el suboficial Castro, afirmó que cuando el subteniente dispara, él lo increpa fuertemente (fs. 43). Desde luego cabe la duda de si esto fue así o no, pero ante la duda, hemos de admitir que si ello fuere efectivo, Neveu no estaba concertado con Castro para matar a Almonacid, y el primero ni siquiera podía contar con que el segundo lo apoyara ni conocía cuál podía ser la reacción de ese segundo agente.

15.- Que por otro lado, la viuda de la víctima y otro testigo dicen que escucharon que alguno de los policías, pero no saben cuál, instaba al detenido a fugarse diciéndole que lo matarían al hacerlo. Desde luego podría pensarse que entonces había una decisión previa de matar, compatible con la de aprovechar la circunstancia de superioridad ante la indefensión del Sr. Almonacid. La alevosía se suele entremezclar con la premeditación, pero aunque cabe separarlas y es posible concebir un crimen alevoso no premeditado, es indudable que requiere siempre una decisión si no madurada con la antelación y profundidad propias de la premeditación, al menos suficiente para descartar el hecho meramente reactivo, instantáneo o impulsivo. Un acto de estas últimas características no puede cumplir el requisito subjetivo propio de la alevosía, consistente en querer aprovecharse de la situación de ventaja.

16.- Que lejos de su apariencia primera, el dicho de los testigos no permite establecer esa decisión previa de matar; esa maquinación siquiera cercana, que permita dar por establecido el ánimo alevoso. En efecto; es de todo punto de vista absurdo suponer que un detenido a quien se le dice “arráncate porque te vamos a matar”, va a intentar efectivamente huir, cuando lo llevan apuntado con dos fusiles, a escasa distancia. A tan escasa, que la viuda del occiso dice que los policías le ponían los cañones de las armas en la espalda y lo empujaban con ellos. Es de toda evidencia que la citada frase encierra un ánimo de amedrentar, una animosidad también, pero no revela una decisión cierta de matar, porque no era lógico esperar que Almonacid intentara efectivamente fugarse. Tal intento hubiere implicado a las claras un suicidio, y así aparece que el ofendido lo comprendió, y que no podía sino comprenderlo. Pero además, si matar al ofendido hubiere sido la intención adoptada ya al detener, o al llevar al detenido en la forma indicada, la actuación posterior de los agentes no tiene explicación, como bien lo dice el Sr. Juez a quo, pues si la decisión es matar y el ofendido queda herido en el suelo, lo lógico es disparar de nuevo, y no llevar al lesionado al hospital. Sobre todo si se ha querido actuar sobre seguro, porque eso implica una decisión de aprovechar circunstancias para asegurar el resultado de la acción. Repárese en que el afectado llegó vivo al hospital, fue intervenido quirúrgicamente y falleció al día siguiente. Es decir, los propios médicos estimaron posible salvar su vida, y por eso intentaron medidas de auxilio. Mal hubieran podido entonces los policías, legos en el tema, dar por supuesto que Almonacid agonizaba sin remedio y por ende haberlo trasladado al hospital sin real intención de ayudarlo.

17.- Que la lógica de los acontecimientos, entonces, si aceptamos el dicho de la testigo Elvira Gómez, según el cual el detenido trastabilla y cae y entonces se le dispara, lo que puede coincidir con la trayectoria de la bala que le hiere, pues al caer pudo haber girado siquiera en parte, apunta más bien a un acto doloso, pero irreflexivo. Es verdad que el delito se comete en el contexto de una persecución de naturaleza política, y que Almonacid muere porque era comunista y como tal era considerado enemigo por los agentes del Estado, pero ello es el contexto general del hecho. Es lo que explica su detención, el

uso de armamento de guerra para conducirlo y el extremo de la reacción del agente que le dispara. Pero esta última acción, en sí misma, parece más bien motivada por una reacción instantánea, propia de quien, en un estado general de tensión, instruido sobre la perversidad del adversario político y de su intrínseca peligrosidad, ve que quien para él constituye un enemigo, trastabilla, si es que no supone que se arroja al suelo, y sin más meditación hace fuego, antes por nervios, temor o simple reacción no meditada, que por decisión de aprovechar la indefensión de la víctima. Se dirá, con razón, de que no hay pruebas de que ese fuera el real estado de ánimo de Neveu, pero ocurre que lo que hay que probar es la alevosía, incluida su faz subjetiva, y por ende basta que la tesis que desarrollamos sea plausible, y definitivamente lo es, para que la razonable duda, acrecentada por el actuar posterior del autor del homicidio, excluya el ánimo alevoso, requisito sin el cual toda la objetiva circunstancia de seguridad del agresor y de indefensión del afectado, no alcanza para configurar la calificante.

C.- En cuanto a las circunstancias atenuantes.

18.- Que en la especie no ha podido concurrir la minorante de prescripción gradual. En efecto; se ha establecido ya por el Juez de primer grado, y antes por la Corte Interamericana, que nos encontramos ante un delito de lesa humanidad. Adicionalmente, el Sr. Ministro Instructor ha considerado que el caso se enmarca dentro de aquellos protegidos por la Convención de Ginebra, dado el estado de conflicto armado sin carácter internacional en el que el país vivía, al menos según las autoridades que lo regían, en cuya virtud éstas hicieron funcionar los tribunales militares en tiempo de guerra y aplicaron penas conforme a esa condición. En tales circunstancias, conforme a los mismos convenios de Ginebra y conforme además a los principios del derecho internacional, se trata de un delito imprescriptible. Pues bien, si esto es así, la prescripción no puede operar ni completa ni incompleta; ni como eximente ni como agravante. La llamada “media prescripción” o prescripción gradual, es una atenuante que se basa exactamente en las mismas razones que la eximente; esto es, en el transcurso del tiempo, que debilita, a medida que avanza, la necesidad y la conveniencia social de imponer o de hacer cumplir una sanción penal. Por ende, excluida la segunda, por la necesidad

irrenunciable de impedir la impunidad, que la comunidad internacional admite para estos casos, queda igualmente excluida la primera. Por otro lado, el requisito del artículo 103 del Código Penal, que contempla la atenuante que estudiamos, es que haya transcurrido la mitad del tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena. Pero obviamente eso supone que hay un tiempo de prescripción de una y otra, y desde luego no se trata de un término hipotético, sino del real plazo de prescripción aplicable al concreto delito de que se trate. Si hablamos de uno imprescriptible, por disposición del derecho internacional, recogido como derecho interno por nuestro propio Estado, no podemos encontrar a su respecto ningún plazo de prescripción, como es obvio. La oración condicional que pudiéramos al respecto elaborar, diciendo que si el delito fuera prescriptible, prescribiría en diez años, contiene lo que en gramática se denomina una condición irreal, pues resulta imposible de cumplir. El delito no es prescriptible; luego, la acción para castigarlo no lleva aparejada ningún plazo de extinción que pueda haber transcurrido ni enteramente, ni a la mitad, ni en parte alguna. Lo que no existe, simplemente no transcurre.

19.- Que en cambio sí concurre una atenuante general no alegada, pero que en el contexto del sistema procesal penal inquisitivo en que nos encontramos, el tribunal puede y hasta debe aplicar de oficio. Se trata de la contemplada en el numeral 7° del artículo 11 del Código Penal, en su variante de haber intentado impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del ilícito. En efecto; Raúl Neveu Cortesi dispara su arma de fuego contra Luis Almonacid Arellano y con ello completa su acción ilícita. Pero una vez hecho esto, y estando el ofendido herido, en el suelo, Neveu y su acompañante, el suboficial Castro lo recogen, lo suben a una camioneta conducida por un tercer funcionario y lo llevan al hospital de la ciudad, donde fue intervenido quirúrgicamente, falleciendo al día siguiente. Repárese en que, aunque Castro deslinda toda responsabilidad en el homicidio y pretende que él enfrentó y reprendió a Neveu, el primero era suboficial y el segundo teniente; es decir, Neveu era superior de Castro. Es posible admitir que dada la mayor edad y experiencia del suboficial, se permitiera éste reprender a su superior en el momento inmediato a aquel en que ocurre el disparo, pero no cabe olvidar la

importancia de la gradación jerárquica en una fuerza militarizada como lo es Carabineros, de modo que sin duda no pudo ser orden de Castro que Almonacid fuera trasladado al hospital. Como ya antes se dijo, no podía constar tampoco a los policías que fuera imposible salvar la vida al herido, como que los médicos lo intervinieron, y el fallecimiento aconteció al día siguiente. Es, pues, inevitable concluir que Neveu intentó evitar la muerte que su acto doloso, pero probablemente impulsivo, en el sentido de ejecutado dejándose llevar por la impresión del momento, habría de acarrear al Sr. Almonacid. El intento llevado a cabo por el acusado, al mando de sus dos acompañantes, era todo lo que racionalmente podía hacerse, pues el hospital es, en efecto, el sitio adecuado para que se procure salvar a una persona herida.

20.- Que no cabe menospreciar el alcance de esta atenuante, porque hay que concordar con los querellantes en que los elementos objetivos de la alevosía estaban perfectamente reunidos en la especie. Si se ha desechado la calificante es por la ausencia de su elemento subjetivo. Asentado esto, tenemos entonces que Naveu tenía todas las posibilidades de rematar a Almonacid, herido como estaba éste en el suelo y armado como estaba el policía, único oficial entre los aprehensores y por ende superior de todos ellos. Debía tener, además, la razonable seguridad de que su acto quedaría, en ese instante histórico al menos, penalmente impune, como efectivamente ocurrió, y aún que ni siquiera le significaría sanción en el orden administrativo-laboral. Todavía más, era esperable, dadas las circunstancias que se vivían, que su superioridad lo apoyara y presentara el hecho ante la opinión pública de forma tal que apareciera como un acto de defensa o de legítimo ejercicio de la autoridad, tal como en efecto aconteció. Todavía más; lo dudoso era, en esa época, que se comprendiera por la superioridad de Carabineros el gesto ulterior de llevar al herido al hospital. En aquellos días no se trataba, en general, por parte de los que se hicieron del poder, de salvar la vida de los heridos del bando que se consideraba enemigo. Si algún temor podía tener Neveu, era que sus jefes no aprobaran su intento de salvar a Almonacid, y no que le reprocharan dispararle. En tales circunstancias la decisión de llevarlo de inmediato al hospital para que le prestaran asistencia médica no sólo resulta

completamente incompatible con el ánimo alevoso, sino además es evidentemente un acto destinado a salvar la vida del herido y, por ende, a impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del hecho. A la atenuante le basta el intento serio, sin exigir el resultado, de manera tal que cabe reconocerla a favor del sentenciado. Le benefician, pues, dos atenuantes, sin que le perjudiquen agravantes, por lo cual la pena puede reducirse un grado desde su mínimo, como ha hecho el Sr. Ministro en el fallo de primera instancia, decisión que cabe mantener.

21.- Que, finalmente, el querellante ha pedido, en subsidio de sus otros reclamos, que no se conceda el beneficio de libertad vigilada, que el fallo a quo acuerda al condenado. No hay razón para acoger tal pretensión, sin embargo. Ya hemos visto que aún tratándose de un delito de lesa humanidad estamos ante un homicidio simple, no premeditado ni alevoso, en que concurren dos circunstancias atenuantes, una de las cuales es la irreprochable conducta anterior, que revela ausencia de habitualidad criminal, y la otra es la de intentar impedir las perniciosas consecuencias de la acción, lo que revela arrepentimiento. Precisamente los dos pilares sobre los que cabe erigir las medidas alternativas, si se quiere privilegiar la resocialización por sobre el mero castigo. La pena puede tener muchos fines, pero desde luego entre ellos está, al menos en la etapa de ejecución, que es la que ahora nos interesa, la prevención especial. Y si todos los antecedentes de la causa, en especial la conducta anterior y posterior del hechor, y el informe profesional respectivo, corriente de fs. 1.603 a 1.607, llevan a la conclusión de que un tratamiento en libertad es bastante para la resocialización del condenado, lo que incluye que éste se haga cargo de la trascendencia del mal que ocasionó, no hay motivo para negar una medida que está en la ley, y que además ve cumplidas, en este caso, todas sus exigencias objetivas. Dado aquello, insistir en un cumplimiento efectivo a todo trance, importa confundir la medida alternativa con impunidad, lo cual es inaceptable, pues en ese caso todos los condenados sujetos a cualquiera de las medidas sustitutivas que en nuestro derecho existen, gozarían de tal impunidad. Se trata de medidas penales, constitutivas de sanción; no de granjerías ni de instituciones neutras. Aunque se comprende que a nivel del lego exista la tendencia a suponer que no hay más sanción que

la cárcel, es claro que en derecho eso no es así, y que la justicia no debe confundirse con la venganza. La retribución, que parece inevitablemente el fin principal de la pena, tiene una naturaleza esencialmente simbólica, lo que la acerca mucho al concepto de prevención general positiva, y la aleja del de venganza. Esa retribución simbólica se satisface con una pena como la que se impuso en este caso, y con la medida alternativa aplicada, dadas todas las características del hecho y del hechor, según latamente ha quedado dicho ya, tanto en este fallo como en el de primera instancia.

D.- En cuanto al dictamen de la Sra. Fiscal Judicial

22.- Que por todo lo expuesto, se concuerda con la Sra. Fiscal en general, tanto en cuanto al fondo como en cuanto a su parecer de desechar la excepción de cosa juzgada, pero no en cuanto a suponer que concurrió aquí la alevosía, pues sus razones para sostenerlo dicen relación con los elementos objetivos de la calificante, mas no con el requisito subjetivo. No parece razonable que un policía decidido a matar aprovechando todas las circunstancias ya tan ampliamente descritas, recoja al herido, sin poder saber si era posible salvarlo o no, y lo lleve al hospital para “mantener un mínimo de orden en la vía pública”. Un segundo balazo hubiera asegurado el resultado y permitido llevarse no un herido, sino un cadáver, si hubiere mediado el ánimo alevoso que se cree ver por la Fiscalía. Mejor aún; si el fusil dispara tiro a tiro o mediante ráfagas, tal como lo demostró la pericia respectiva, un homicida alevoso hubiera utilizado el segundo medio, lo que no parece condecirse con la aparentemente única herida que refiere, según orificios de entrada y salida de balas, el protocolo de autopsia. Por fin, cabe recordar que hubo detenidos que resultaron heridos en la vía pública, en aquella época, y que simplemente desaparecieron, sin que fueran llevados a centros asistenciales (verbigracia, el caso de Carlos Contreras Maluje, en cuyo favor fue acogido un recurso de amparo por la Excma. Corte Suprema, cuyo fallo no fue cumplido). Así pues, toda la forma de ocurrencia del suceso genera dudas, y hasta parece descartar el ánimo de aprovechar circunstancias que es cierto que existían, pero que en tanto condiciones meramente objetivas, no bastan para configurar la alevosía. A todo evento, inevitablemente el hecho de llevar al herido al hospital parece

un acto destinado a intentar salvarle la vida, y no simplemente a sacar un cuerpo de la calle.

23.- Que tampoco se concuerda con la Sra. Fiscal Judicial en cuanto estima que concurre aquí la prescripción gradual, por las razones ya entregadas en el motivo 18 de este fallo.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia apelada de dieciocho de agosto de dos mil once, corriente de fs. 1.416 a 1.509 de estos autos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Mera.

Rol N° 103-2011.

Pronunciada por la **Primera Sala** de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Señores Ministros Titulares Raúl Mera Muñoz, Ricardo Pairicán García y Señor Ministro Suplente Marcelo Vásquez Fernández.

Catalina Henríquez Díaz
Secretaria (s)

En Rancagua, a catorce de enero de dos mil trece, notifiqué por el estado diario la sentencia que antecede.

En Rancagua, a catorce de enero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría a la Fiscalía Judicial correspondiente la sentencia que antecede y firmó.