

Santiago, catorce de julio de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primera instancia, con excepción de los fundamentos Octavo, Décimo Quinto y Décimo Sexto, Vigésimo Tercero, Vigésimo Noveno y Trigésimo Tercero a Trigésimo Quinto, que se eliminan. Asimismo, se suprimen los pasajes “, en la cual todos fueron responsables de un uso insensato e irracional de la fuerza”, que se lee al final del último párrafo del motivo Décimo Tercero; “además de su naturaleza ilegítima”, en el Vigésimo Sexto y el que comienza con las expresiones “, con la absoluta aceptación y ocultación” hasta su término, en el Vigésimo Cuarto.

Y se tiene en su lugar presente:

Primero: Que como complemento de lo expuesto por el tribunal a quo en cuanto a que el hecho que se ha tenido por acreditado constituye un “crimen de lesa humanidad”, se dirá por esta Corte que el referido concepto, conforme aparece del examen de la evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia, implica, por exigencia de su núcleo esencial, que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder -usualmente el Estado o el Gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquél considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin. Asimismo, se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de estos ilícitos existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un disvalor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades de las personas.

Ahora, tanto la doctrina como la jurisprudencia han también identificado dos hipótesis alternativas sobre cuya base se puede calificar un hecho delictivo como crimen contra la humanidad, refiriéndose en concreto al “ataque generalizado” y al “ataque sistemático” contra la población civil. Pues bien, en el caso de autos es posible afirmar que se configura la primera de estas hipótesis, esto es, que se trató de un ataque indiscriminado, que no exige que la víctima haya tenido militancia política u opción política definida o que el delito se haya cometido a causa de tal militancia u opción política. La conclusión anterior deriva de la consideración de que el régimen imperante a la época de la muerte de Rafael Edgardo Poblete Carrasco, en que regía el estado de sitio y toque de queda, correspondió con una política estatal de control del orden público que autorizó a los agentes del Estado para detener e incluso privar de la vida a los ciudadanos que circulasen sin autorización por la vía pública en el horario previamente fijado por la autoridad.

En este contexto, los hechos que causaron la muerte de Poblete Carrasco a causa del disparo efectuado por un funcionario estatal pueden evidentemente constituir un delito de lesa humanidad, puesto que es incuestionable, no sólo en atención a los hechos del proceso sino, además, por lo que ha sido demostrado por diferentes informes, que en la época se implementó una política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen, pretendiendo la seguridad interna al margen de toda consideración por la persona humana -precisamente el “toque de queda” que autorizaba el empleo de las armas de fuego-, el

amedrentamiento a los civiles y, sobretodo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, entre otras actuaciones.

Segundo: Que sobre la exigencia de que esta clase de ilícitos forme parte de la política estatal que constituye el ataque generalizado contra la población civil, el delito de la especie claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaba diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados, reprochados ni menos perseguidos por las autoridades estatales, ello como parte de su política de seguridad, de todo lo cual tenían conciencia los involucrados, al no existir prueba alguna en el proceso que permita representarse algún motivo de justificación o proporcionalidad ante la transgresión del horario.

Si bien la valoración de la prueba rendida en la causa no permite concluir que el toque de queda y su control hayan sido, en este específico y determinado caso que se juzga, medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad militar correspondiente a que pertenecían los inculpados encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo, lo cierto es que la situación imperante otorgaba una garantía de impunidad que el mismo régimen, del que aquéllos eran parte, generó ante las responsabilidades penales y de todo orden.

En razón de lo dicho, se comparte el criterio del tribunal de primera instancia en cuanto califica el hecho materia del juzgamiento como un crimen de lesa humanidad y, en consideración a ello, decide la improcedencia de aplicar al caso de autos la prescripción de la acción penal y la amnistía como motivos de extinción de la responsabilidad penal que justifiquen la absolucón.

Tercero: Que el hecho que se ha tenido por acreditado en el motivo Sexto del fallo que se revisa es constitutivo del delito de homicidio simple, previsto en el N° 2 del artículo 391 del Código Penal y sancionado, a la época de los acontecimientos, con presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Si bien se formuló acusación contra los inculpados como coautores del delito de homicidio calificado del N° 1 de la referida disposición, en relación a la circunstancia Primera, esto es, la alevosía, se estima que la calificación jurídica que resulta legalmente procedente es la antes expresada.

En efecto, la alevosía ha sido conceptualizada por la misma ley en el N° 1 del artículo 12 del Código Penal, que entiende que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro y estas dos formas son claramente diferenciables, aun cuando tengan un núcleo esencial común referido a la seguridad para el autor del delito, sea para alcanzar el éxito de la acción que acomete, sea para lograr la seguridad de su persona o su ulterior impunidad.

En efecto, las expresiones de que se sirve el legislador tienen sentidos diversos, ya que mientras obrar a traición supone una maquinación dirigida a engañar o aparentar ante la víctima una situación diversa de la verdadera, esto es, el aprovechamiento de la confianza o lealtad que ésta ha depositado en el victimario; obrar sobre seguro importa crear o aprovechar condiciones fácticas que permitan al agente evitar todo riesgo de su persona en la comisión del hecho.

La traición está constituida por una actitud moral, es decir, por un ocultamiento de las intenciones que realmente se tiene, de forma tal que el sujeto pasivo de la acción no sospeche o tema del que la ejecuta, quien se ampara en esa misma confianza con la seguridad que le otorga la desprevenición de la víctima. Ahora bien, en el caso de autos claramente no se satisfacen estos supuestos de hecho, desde que la prueba rendida da cuenta que el hecho tuvo lugar tal y como ha sido fijado en el motivo Séptimo del fallo que

se revisa, que en parte alguna describe este “ocultamiento del ánimo” que caracteriza el obrar a traición.

En cuanto al obrar sobre seguro, en cambio se distinguen en doctrina dos modalidades y ambas son constitutivas de alevosía. De acuerdo a la primera, el autor del delito puede generar una situación especialmente dirigida a dar seguridad a su acción o a excluir todo riesgo para su persona y, en conformidad a la segunda, puede también ocurrir que el agente simplemente aproveche las condiciones concretas en que se encuentra la víctima y que le ofrezcan esa misma seguridad, no preparadas o determinadas por él. En este último evento, en todo caso, no siempre será posible estimar que concurre la alevosía, pues puede que el agente no haya preparado esta situación para efectuar el ataque, o bien que esas condiciones de aseguramiento sean inherentes a la ejecución del ilícito, lo que hace que en estos casos inevitablemente se obre sobre seguro.

Dicho en otros términos, para que exista el actuar sobre seguro propio y constituyente de alevosía no basta con que se configure una situación de simple seguridad para el agente por la indefensión, que él no ha buscado, de la persona a quien pretende atacar. Como se dijo, la alevosía exige que concurren determinadas circunstancias que objetivamente aseguren ya sea la ejecución del delito, ya sea la integridad del autor ante la eventual reacción de la víctima, pero siempre y en todo caso esas condiciones de aseguramiento deben haber sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela la existencia y exigencia de un elemento subjetivo.

En consideración a todo lo dicho, por consiguiente, si se reflexiona acerca de la razón de ser de esta circunstancia calificante es posible advertir que el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para considerar más grave un homicidio que otro. La mayor reprochabilidad de la conducta sólo aparece cuando las condiciones de aseguramiento han sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, de tal suerte que el mero aprovechamiento de circunstancias casuales que no se buscaron con el fin de matar no transforma un homicidio en alevoso. Así, la opinión dominante se pronuncia sobre la exigencia de este elemento subjetivo aun en el obrar a traición, de acuerdo al cual es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la posición de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha situado.

Cuarto: Que aplicando todo lo expresado el fundamento anterior a los hechos acontecidos en horas de la noche del 12 de julio de 1974 que culminaron con la muerte de Rafael Edgardo Poblete Carrasco, esta Corte concluye que el homicidio de que fue víctima no se encuentra calificado por la circunstancia del N° 1 del artículo 391 del Código Penal, pues conforme se dirá al tratarse de la participación de los acusados, no es posible afirmar que el único responsable del mismo haya obrado sobre seguro.

En efecto, no obstante que es indudable el sujeto pasivo de la acción se encontraba en una posición efectiva de indefensión, lo cierto es que esas condiciones de aseguramiento no fueron especialmente buscadas o procuradas por el autor del ilícito para conseguir una finalidad homicida, que la prueba recabada no da cuenta que se haya generado con relativa anterioridad temporal al momento mismo en que se verifica el disparo, de forma que ese simple, como se expresó, “aprovechamiento de circunstancias casuales que no se buscaron” excluye el actuar sobre seguro en los términos que ha de entenderse lo concibe el legislador. Los antecedentes probatorios, por el contrario, permiten sostener, como afirma el a quo, que el camión militarizado en que se desplazaban los efectivos del Ejército se dirigía a los domicilios de cada uno de éstos y que la detención en el trayecto se debió a un suceso circunstancial, no querido ni previsto, y que el desenvolvimiento posterior de los

sucesos no obedeció a una suerte de patrón de conducta o al cumplimiento de órdenes previas, sino tan solo a una actuación, por cierto y sin lugar a dudas reprochable y penalmente relevante, de un individuo que obró por su cuenta.

Sin perjuicio de lo anterior, debe también tenerse en consideración que esas especiales condiciones objetivas de indefensión, en el específico contexto histórico en que tuvieron lugar y que ha sido acertadamente descrito en el fallo de primera instancia, han permitido calificar el delito como de lesa humanidad y sancionar a su único autor, como se dirá, más de cuarenta años después de cometido. Lo dicho no quiere en lo absoluto significar que delitos de homicidio de lesa humanidad, es especial aquellos que tuvieron lugar en la misma época que aquel que ahora se juzga, no puedan estimarse por las razones señaladas como alevosos y, por tanto, calificados, sino únicamente que las particulares y excepcionales condiciones en que este hecho tuvo lugar y la calidad y funciones desempeñadas por las personas a quienes en él cupo intervención punible y no punible, que no aparecen involucradas en otros hechos de similar connotación previos ni posteriores, pero que son suficientes para otorgarle dicho carácter de lesa humanidad, ya han sido consideradas para tal fin y que, por lo mismo, importaría valorar doblemente para afirmar la alevosía, cuestión que resulta jurídicamente improcedente, al amparo de lo que, en esta misma línea de razonamiento, prescribe el artículo 63 del Código Penal.

Quinto: Que en cuanto a la participación de los acusados en el hecho, no cabe duda en orden a que quien tomó parte en la ejecución del mismo de manera inmediata y directa, ejecutando completamente la acción descrita por el tipo, fue el encausado Roberto del Carmen Abarca Lara, de modo tal que su intervención en el delito debe calificarse de autoría, en los términos de la primera parte del N° 1 del artículo 15 del Código Penal como acertadamente concluye el tribunal a quo.

Ahora bien, las otras formas de intervención punible suponen, tratándose todavía de la autoría, tomar parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite (artículo 15 N° 1 segunda parte), forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo (artículo 15 N° 2) o facilitar los medios con que se lleva a efecto o presenciarlo sin tomar parte inmediata en él, encontrándose concertado con otro u otros para su ejecución (artículo 15 N° 3).

En primer término es preciso señalar que corresponde descartar las hipótesis de autoría de los N° 2 y 3 del artículo 15 antes transcritas, pues la prueba producida no da cuenta en lo absoluto que los acusados Román Reyes, Poblete Bustos y Aliaga Chávez hayan forzado o inducido a Abarca Lara a ejecutar el hecho o bien que se hubieran concertado para su ejecución. Esa misma prueba permite concluir que la acción de este último fue exclusivamente atribuible a él y que incluso los tres primeros nombrados ni siquiera se encontraron en situación de haber impedido o procurado impedir que el hecho se evitara. Esta última afirmación permite también excluir la concurrencia del supuesto fáctico de la segunda parte del N° 1 del artículo 15.

En efecto, esta regla, al igual que otras del artículo 15, contiene la tipificación de un caso de coautoría y son coautores quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del condominio del mismo, sobre cuya consumación deciden en conjunto porque su contribución es funcional a la ejecución total. Por lo mismo, desde el punto de vista subjetivo la coautoría supone un acuerdo de voluntades, una voluntad común o compartida que en el caso de la especie no es posible apreciar, desde que, como se dijo más arriba, la acción de Abarca Lara fue exclusivamente atribuible a él.

Sexto: Que en cuanto a la complicidad de que trata el artículo 16 del Código Penal, señala la regla que son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

La cooperación a que se refiere la ley implica una aportación consciente o dolosa a la tarea que se sabe y se quiere común y si bien no resulta exigible el concierto, puesto que en tal caso se trataría de la hipótesis de coautoría del N° 3 del artículo 15, el cómplice debe actuar en todo caso con dolo de consumación, esto es, debe conocer y querer la conducta descrita por el tipo. En la situación del presente proceso la prueba no permite formar la convicción que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en orden a que dicho dolo de consumación efectivamente concurre respecto de Román Reyes, Poblete Bustos y Aliaga Chávez de modo de estimar comprobada su participación punible al título que se analiza, pues ningún antecedente existe respecto de algún grado de conocimiento que éstos hayan tenido de la acción que Abarca Lara en definitiva emprendió de modo que pueda afirmarse que cooperaron conscientemente con ella. El mero hecho de mantener a la víctima y a sus acompañantes inmovilizados mientras eran registrados no supone esa colaboración consciente que exige la complicidad.

Séptimo: Que, por último, la intervención que posteriormente cupo en los hechos a los encausados Román Reyes, Poblete Bustos y Aliaga Chávez, si bien puede ser objeto de un reproche moral que no es propio de la sentencia judicial, tampoco resulta subsumible en las hipótesis de encubrimiento del artículo 17 del Código Penal, por cuanto descartando de plano la situación de los N° 1 y 4 de esta norma que no vienen al caso, no ha resultado probado que hayan ocultado o inutilizado el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento o que hayan albergado, ocultado o proporcionado la fuga al culpable. La sola circunstancia de no haber dado completa cuenta del hecho ocurrido e incluso haber narrado hechos falsos sobre su ocurrencia no los transforma en encubridores del mismo.

Lo expuesto en este motivo y en los dos que anteceden conducen necesariamente a concluir que Roberto Fernando Román Reyes, Néstor Elías Poblete Bustos y Pedro Washigton Aliaga Chávez no son criminalmente responsables del delito por el que se les formuló acusación, de manera tal que debe dictarse fallo absolutorio a su favor.

Octavo: Que en atención a lo razonado en las motivaciones anteriores sólo cabe acoger la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal del N° 6 del artículo 11 del Código Penal respecto del acusado Abarca Lara, acreditada con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes de fojas 611, sin anotaciones anteriores al hecho que motiva el actual juzgamiento, complementada con su Hoja de Vida en el Ejército de Chile de fojas 537 y las declaraciones de los testigos de fojas 664 y 665. Asimismo, teniendo en consideración la fuerza de estos mismos antecedentes, que a la fecha del acontecimiento el mencionado Abarca Lara tenía 32 años y sin perjuicio que en rigor para los efectos que se dirá la conducta posterior al delito no constituye un elemento a considerar, mas no puede dejar de advertirse que en los más de cuarenta años transcurridos el acusado no registra otra condena de naturaleza alguna, se estimará la minorante como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis del Código Penal.

De acuerdo a lo antes concluido y por favorecer al acusado una circunstancia atenuante muy calificada y no perjudicándolo agravantes, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo previsto por la ley para el delito de que ha resultado responsable, regulándose en definitiva en el grado máximo del presidio menor y

en atención a la extensión del mal provocado por el ilícito y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, en el extremo más gravoso.

Noveno: Que por las razones expuestas en las consideraciones que anteceden esta Corte disiente parcialmente del parecer de la señora Fiscal Judicial, expresado en su dictamen de fojas 96, mediante el cual proponía la confirmación del fallo apelado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 864, en la parte que condena a Roberto Fernando Román Reyes, Néstor Elías Poblete Bustos y Pedro Washington Aliaga Chávez, y se declara en su lugar que quedan absueltos de la acusación que de oficio se formulara en su contra a fojas 760 como coautores del delito de homicidio calificado consumado de Rafael Edgardo Poblete Carrasco.

Se confirma en lo demás apelado el aludido fallo, con declaración que Roberto del Carmen Abarca Lara queda condenado como autor del delito de homicidio simple consumado de Rafael Edgardo Poblete Carrasco, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

Por reunir el condenado Abarca Lara las exigencias de los artículos 15 y 15 bis de la Ley N° 18.216, se sustituye la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la de libertad vigilada intensiva, fijándose un plazo de intervención de cinco años y debiendo cumplir las demás condiciones previstas en el artículo 17 de la citada ley y aquella contenida en la letra b) del artículo 17 ter. En caso que la pena sustitutiva fuere revocada, deberá cumplir íntegramente la privativa de libertad antes regulada, la que se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole en tal caso de abono el tiempo cumplido en régimen de libertad vigilada intensiva y el que permaneció privado de libertad con motivo de la tramitación de esta causa y que se le reconoce en el fallo de primer grado.

Se aprueba, asimismo, el sobreseimiento parcial y definitivo de cuatro de noviembre de dos mil catorce, escrito a fojas 759.

Se previene que la Ministra señora Melo Labra fue de opinión de aplicar la regla que consagra el artículo 103 del Código Penal respecto del sentenciado Abarca Lara, rebajando la pena en dos grados a la señalada en abstracto por la ley para el delito de que ha resulta responsable, considerando para ello lo siguiente:

1°.- Que respecto de la media prescripción, consagrada en el citado artículo 103 del Código Penal, corresponde su aplicación en el caso de la especie declarando la prescripción gradual de la pena, pues dicha institución tiene como objetivo solamente atenuar el *quantum* de la condena sin evitar la responsabilidad ni el castigo, por lo que su consideración para ese efecto no desconoce los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad ni la normativa de los Tratados que la consagra. Por el contrario, honra la misma preeminencia de la condición humana en que ellos se sustentan, en favor .ahora- de los victimarios.

2°.- Que, en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos.

Redacción del Ministro señor Balmaceda y de la prevención, su autora.

Criminal N° 226-2016.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por los Ministros señor Jaime Balmaceda Errázuriz y señora Maritza Villadangos Frankovich.

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

En Santiago, a catorce de julio de dos mil dieciséis, se notificó por el estado diario la sentencia que antecede.