

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil cinco.-

Vistos:

Que se inició esta causa rol N° 2182 – 98, a fin de investigar la existencia del delito de homicidio calificado del sacerdote católico Joan Alsina Hurtos, como asimismo a fin de establecer la responsabilidad que en calidad de autor en dicho delito le habría correspondido a Donato Alejandro López Almarza, chileno, natural de Valparaíso, 69 años, casado, jubilado del Ejército, cédula de identidad 3.850.568 – 8, domiciliado en La Capilla 35, Comuna de calle Larga, Los Andes.

Principia la investigación con la querrela de fojas 2, la cual el tribunal de oficio la tuvo como denuncia de un delito de acción pública, interpuesta por doña Fabiola Letelier del Solar y don Hugo Gutiérrez Gálvez, ambos abogados, en representación de doña María Alsina Hurtos, en contra de Augusto Pinochet Ugarte, ex Comandante en Jefe del Ejército, y de Donato Alejandro López Almarza, este último Mayor de Ejército del Regimiento Yungay N° 3 de San Felipe a la época de los hechos, y en contra de todos aquellos que resulten responsables.

Se señala que el sacerdote Joan Alsina Hurtos nació en la provincia de Gerona, España, a los 11 años ingresó al seminario diocesano, ordenándose como sacerdote de la Iglesia católica a los 23 años.

Posteriormente, decidió entregar su servicio pastoral en América Latina, llegando a Chile a principios de 1968. Su primer trabajo pastoral lo cumple en la ciudad de San Antonio, donde empieza a combinar su labor sacerdotal con su trabajo profesional dedicado al área de la salud.

En 1972 el sacerdote se trasladó a Santiago, donde por decisión del Servicio Nacional de Salud pasó a desempeñar el cargo de Jefe del Personal del Hospital San Juan de Dios.

El día del golpe de estado, ocurrido el 11 de septiembre de 1973, Joan Alsina se encontraba en el Hospital San Juan de Dios, cumpliendo sus labores como Jefe del Personal de dicho centro de salud.

Que se ha podido establecer que el Director del Hospital ordenó al sacerdote que autorizara a los funcionarios del recinto de salud a retirarse antes del toque de queda. No obstante un tercio de ellos decidieron permanecer en él, a fin de mantener funcionando el hospital, y de esa manera ser capaces de atender a los enfermos graves y a las situaciones de emergencia que e presentaran. Así el sacerdote Alsina permaneció tres días junto a este grupo de trabajadores, pernoctando en el establecimiento asistencial, cumpliendo su labor de sacerdote y de trabajador de la salud.

Posteriormente, el día 14 de septiembre de 1973, llegó un piquete militar con gran prepotencia al Hospital, agrediendo de muerte al portero.

También el día 16 de septiembre ingresa una nueva patrulla militar, la que procede detener a varias personas.

La detención del padre Joan Alsina se produjo en el sótano del hospital, el 19 de septiembre de 1973, alrededor del mediodía, la que fue llevada a cabo en un operativo militar, que actuaba bajo las órdenes y con la presencia del capitán de Ejército Mario Caraves Silva, quien obedecía directamente al oficial de Ejército Donato Alejandro López Almarza, junto a dos soldados, todos integrantes del Regimiento de Infantería N° 3 “Yungay”.

Testigos de esta detención aseguran que los militares aprehensores comenzaron a golpear al sacerdote Alsina inmediatamente una vez que lo detuvieron, propinándole un culatazo en el estómago el que lo dejó inconsciente. Tendido en el suelo fue sometido inmediatamente a interrogatorios y, posteriormente trasladado en un jeep militar a un lugar desconocido, el que resultó ser el internado Nacional Barros Arana, que en esa fecha estaba convertido en un campamento de prisioneros, lugar donde se le mantuvo secuestrado en una primera etapa.

Ese mismo día, fueron detenidos otros trabajadores de la salud; entre ellos: Manuel Briceño Briceño, Manuel Jesús Ibáñez García, Sergio Cáceres Gatica, Raúl González Morán, Pablo Ramón Aranda Schmied, y José Lucio Bagus Valenzuela.

El sacerdote Alsina, fue asesinado en el puente Bulnes del río Mapocho, junto con las personas antes mencionadas, salvo los dos últimos, que permanecen como detenidos desaparecidos.

El padre Joan Alsina fue ejecutado en el puente Bulnes mediante ametrallamiento, llevado a cabo por el miembro del Ejército Nelson Bañados, quien lo confesó públicamente; posteriormente el cuerpo del sacerdote apareció en la morgue de Santiago, siendo retirado de esta institución por el cónsul de España. La autopsia practicada por médicos forenses del Instituto Médico Legal, acreditó que había recibido siete impactos de bala causados por un arma de alto calibre.

El sacerdote Alsina tuvo una actitud valiente y generosa, quien en el momento de su muerte dijo a su ejecutor Nelson Bañados: “No me vendas los ojos, quiero mirarte de frente para darte el perdón”.

El padre Joan Alsina, se señala ha sido reconocido por la Iglesia Católica Mundial como uno de sus mártires. También ha recibido el reconocimiento de amplios sectores de la sociedad chilena por su entrega y compromiso a favor de los más desprotegidos.

A fojas 29, 391, y 487 en adelante rolan órdenes de Investigar de la Policía de Investigaciones de Chile, que contienen pesquisas tendientes a establecer los hechos de la querrela antes transcrita; al mismo tiempo que informa que estos hechos fueron investigados en la causa rol N° 159.954 – 1, del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, por la Juez señora Dobra Lusic Nadal, iniciado en octubre de 1991, el cual, agotadas todas las diligencias, fue sobreseído definitivamente con fecha 28 de abril de 1993, acorde con el n° 5 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, acompañándose fotocopia íntegra de ese expediente judicial.

Asimismo, contiene la segunda y tercera orden de investigar, declaraciones extrajudiciales de soldados conscriptos que cumplieron con el Servicio Militar Obligatorio al mes de septiembre de 1973, en el Regimiento “Yungay” N° 3.

A fojas 253, rola informe proveniente del Arzobispado de Santiago, Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad sobre la situación de Joan Alsina Hurtos.

A fojas 281 y 463, rolan declaraciones indagatorias del querrellado Donato Alejandro López Almarza, quien interrogado en relación con los hechos investigados, expresa que al trasladarse desde San Felipe, al mando del “Regimiento Yungay N° 3, llegaron al Comando de Infraestructura en el sector de Quinta Normal, en Santiago, al parecer en la calle Catedral, recinto que al no ser suficiente, al parecer los días 12 o 13 de septiembre de 1973, debió recurrir al subdirector del Internado Barros Arana, logrando que le fuera facilitada la cocina y dos dormitorios de ese establecimiento para alojar dos compañías.

Añade que el sector en que se encontraba el Hospital San Juan de Dios estaba fuera del territorio a su cargo, pero que tiene la sensación que por alguna razón ese sector quedó sin resguardo, ya que en cierta oportunidad encontró gente de su compañía al mando del capitán Caraves en el Hospital.

En definitiva niega que él haya dado orden de fusilar y tampoco recibió orden en ese sentido y si ello ocurrió lo fue por decisión del capitán Caraves sobrepasando su mando.

A fojas 387, rola certificado de defunción de Juan Alsina Hurtos;

A fojas 562, se declaró cerrado el sumario;

A fojas 566, se acusó a Donato Alejandro López Almarza en calidad de autor del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el N° 1 del artículo 391 N° 1 del Código Penal.

A fojas 573, la abogado señora Fabiola Letelier del Solar por doña María Alsina Hurtos, a lo principal, se adhirió a la acusación fiscal y por el primero otrosí dedujo demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del acusado de estos autos Donato Alejandro López Almarza y del Fisco de Chile.

A fojas 637, la abogado María Teresa Muñoz Ortúzar, contesta la demanda Civil y opone la excepción procesal de incompetencia absoluta del tribunal y las excepciones de fondo, primero, de controvertir total e íntegramente los hechos señalados en la demanda que se fundan en la muerte del sacerdote Joan Alsina Hurtos; en segundo lugar la de prescripción de la acción; la de inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado;

A fojas 666, la parte del acusado Donato Alejandro López Almarza opone, en lo principal, excepciones de previo y especial pronunciamiento; en subsidio, por el primer otrosí, contesta la acusación y adhesión particular de la parte querellante; y por el segundo otrosí contesta la demanda civil.

A fojas 707, el tribunal desecha las excepciones de previo y especial pronunciamiento opuestas por el acusado Donato Alejandro López Almarza.

A fojas 716, se recibió la causa a prueba por el término legal.

A fojas 724, se ordenó certificar que el término probatorio se encontraba vencido.

A fojas 726, se decretó autos para los efectos del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal y se decretaron medidas para mejor resolver, cumplidas éstas se trajeron los autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en relación con el delito de homicidio calificado del sacerdote Juan Alsina Hurtos, materia de la acusación de fojas 566, se han reunido en autos los siguientes elementos de prueba:

a) Querrela de fojas 2, la que el tribunal a fojas 13, consideró una denuncia para los efectos de decidir la iniciación del sumario a fojas 13, interpuesta por doña Fabiola Letelier del Solar y don Hugo Gutiérrez Gálvez, ambos abogados, en representación de doña María Alsina Hurtos, en contra de Augusto Pinochet Ugarte, ex Comandante en Jefe del Ejército, y de Donato Alejandro López Almarza, este último Mayor de Ejército del Regimiento Yungay N° 3 de San Felipe a la época de los hechos, y en contra de todos aquellos que

resulten responsables, con la cual el tribunal de oficio ordenó iniciar la investigación de los hechos que ella daba cuenta.

Se señala que el sacerdote Joan Alsina Hurtos nació en la provincia de Gerona, España, que a los 11 años ingresó al seminario diocesano, ordenándose como sacerdote de la Iglesia católica a los 23 años.

Posteriormente, decidió entregar su servicio pastoral en América Latina, llegando a Chile a principios de 1968. Su primer trabajo pastoral lo cumple en la ciudad de San Antonio, donde empieza a combinar su labor sacerdotal con su trabajo profesional dedicado al área de la salud.

En 1972 el sacerdote se trasladó a Santiago, donde por decisión del Servicio Nacional de Salud pasó a desempeñar el cargo de Jefe del Personal del Hospital San Juan de Dios.

El día del golpe de estado, ocurrido el 11 de septiembre de 1973, Joan Alsina se encontraba en el Hospital San Juan de Dios, cumpliendo sus labores como Jefe del Personal de dicho centro de salud.

Que se ha podido establecer que el Director del Hospital ordenó al sacerdote que autorizara a los funcionarios del recinto de salud a retirarse antes del toque de queda. No obstante un tercio de ellos decidieron permanecer en él, a fin de mantener funcionando el hospital, y de esa manera ser capaces de atender a los enfermos graves y a las situaciones de emergencia que se presentaran. Así el sacerdote Alsina permaneció tres días junto a este grupo de trabajadores, pernoctando en el establecimiento asistencial, cumpliendo su labor de sacerdote y de trabajador de la salud.

Posteriormente, el día 14 de septiembre de 1973, llegó un piquete militar con gran prepotencia al Hospital, agrediendo de muerte al portero.

También el día 16 de septiembre ingresa una nueva patrulla militar, la que procede detener a varias personas.

La detención del padre Joan Alsina se produjo, en el sótano del hospital, el 19 de septiembre de 1973, alrededor del mediodía, la que fue llevada a cabo en un operativo militar, que actuaba bajo las órdenes y con la presencia del capitán de Ejército Mario Caraves Silva, quien obedecía directamente al oficial de Ejército Donato Alejandro López Almarza, junto a dos soldados, todos integrantes del Regimiento de Infantería N° 3 “Yungay”.

Testigos de esta detención aseguran que los militares aprehensores comenzaron a golpear al sacerdote Alsina inmediatamente una vez que lo detuvieron, propinándole un culatazo en el estómago el que lo dejó inconsciente. Tendido en el suelo fue sometido inmediatamente a interrogatorios y, posteriormente trasladado en un jeep militar a un lugar desconocido, el que resultó ser el internado Nacional Barros Arana, que en esa fecha estaba convertido en un campamento de prisioneros, lugar donde se le mantuvo secuestrado en una primera etapa.

Ese mismo día, fueron detenidos otros trabajadores de la salud; entre ellos: Manuel Briceño Briceño, Manuel Jesús Ibáñez García, Sergio Cáceres Gatica, Raúl González Morán, Pablo Ramón Aranda Schmied, y José Lucio Bagus Valenzuela.

El sacerdote Alsina, junto con las personas antes mencionadas, salvo los dos últimos, que permanecen como detenidos desaparecidos, fueron asesinados en el puente Bulnes del Río Mapocho.

El padre Joan Alsina fue ejecutado en el puente Bulnes mediante ametrallamiento, llevado a cabo por el miembro del Ejército Nelson Bañados, quien lo confesó públicamente; posteriormente el cuerpo del sacerdote apareció en la morgue de Santiago, siendo retirado de esta institución por el cónsul de España. La autopsia practicada por médicos forenses del Instituto médico legal, acreditó que había recibido siete impactos de bala causados por un arma de alto calibre.

El sacerdote de acuerdo con lo que se ha sabido tuvo una actitud valiente y generosa, quien, en el momento de su muerte dijo a su ejecutor Nelson Bañados: “No me vendas los ojos, quiero mirarte de frente para darte el perdón”.

El padre Joan Alsina, se menciona, ha sido reconocido por la Iglesia Católica Mundial como uno de sus mártires. También ha recibido el reconocimiento de amplios sectores de la sociedad chilena por su entrega y compromiso a favor de los más desprotegidos.

b) Oficio del Arzobispado de Santiago, de fojas 254, por medio del cual el organismo de éste, Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad, adjunta fotocopias de parte del libro del pbro. Miguel Jordá Sureda, en homenaje al Padre Joan Alsina; y, además, la información del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig), en el que se da cuenta que Joan Alsina Hurtos, fue muerto en Santiago, en el mes de septiembre de 1973, que éste tenía 31 años de edad, de nacionalidad española, sacerdote Salesiano, el que trabajaba en el Hospital San Juan de Dios como Jefe de Personal; el que fue detenido el día 19 de septiembre de 1973, en su lugar de trabajo por una patrulla militar del Regimiento Yungay de San Felipe que se encontraba acampado en la Quinta Normal. Trasladado al Instituto Diego Barros Arana, fue ejecutado por sus aprehensores en el Puente Bulnes sobre el Río Mapocho y su cuerpo fue encontrado en el Instituto Médico Legal el día 27 de septiembre de 1973.

Precisa esta Comisión que el sacerdote fue detenido en los subterráneos del Hospital por efectivos del Regimiento Yungay.

Luego fue llevado al patio de éste donde permanece largo rato. Conducido al Instituto Diego Barros Arana y luego al Río Mapocho donde es ejecutado el mismo día. El día 27 es encontrado su cuerpo en el Instituto Médico Legal; es sepultado al día siguiente en el Cementerio Parroquial de San Bernardo. El certificado de defunción consigna como lugar de muerte el puente Bulnes sobre el Río Mapocho, e indica como causa de la misma: múltiples heridas de bala” y “lesiones apergaminadas en la cara”.

Por último, expresa la Comisión, conforme al mérito de los testimonios y antecedentes recibidos, adquirió la convicción de que la ejecución del sacerdote Juan Alsina Hurtos constituye una violación de sus derechos, siendo responsables de ello agentes del Estado.

c) Certificado de defunción de fojas 387, de la circunscripción Independencia, inscripción número 2.421, Registro E1, del año 1973, del sacerdote Juan Alsina Hurtos, en el que se señala que su defunción se produjo el día 19 de septiembre de 1973, a las 23.00 horas; en Santiago; y que la causa de la muerte fueron heridas múltiples a bala.

d) Atestado de Mario Custodio Ortiz González, de fojas 419, quien en lo pertinente expresa que, a comienzos del año 1973, fue llamado a cumplir con el Servicio Militar Obligatorio en el regimiento “Yungay” de San Felipe; que el 10 de septiembre de 1973 lo sacaron sorpresivamente de la guardia y lo enviaron a dormir; que en la madrugada del día siguiente lo despiertan, comunicándoseles a que se trasladaban a Santiago, pensando que se trataba de ir a la “Parada Militar”, no obstante que tenían conocimiento que había sido suspendida;

además, los enviaron con material de guerra, lo que resultaba sospechoso; siendo trasladados en buses particulares.

Agrega el testigo que en Santiago ellos fueron llevados al Internado Nacional Barros Arana, en la comuna de Quinta Normal, y ese mismo día salieron a la calle, correspondiéndole dirigirse hacia el final de calle San Pablo a custodiar una “copa de agua”.

Posteriormente fueron trasladados al Internado Barros Arana, donde estuvieron varios días, para en definitiva ser llevados al interior de la Quinta Normal en las instalaciones que habían quedado de una exposición.

Precisa que en una oportunidad, alrededor de las 21.00 horas, mientras aún permanecían en el Internado Nacional Barros Arana, pues estuvieron cerca de un mes en ese lugar, fueron llevados hasta el Hospital San Juan de Dios; que se les ordenó rodear el Hospital y vigilar; que recuerda que a cargo iba el comandante de la Compañía Andina; oficial que ingresó al centro asistencial de salud con su grupo personal; que permanecieron por espacio de una media hora y luego se les ordenó retirarse del lugar; añade que ignora el motivo de dicha acción y no vio sacar personas detenidas de ese recinto; tampoco vio al día siguiente ni posteriormente, a personas detenidas en el Internado Nacional Barros Arana, si surgieron comentarios en días posteriores en el sentido de que si se había detenido y “se habían echado (muerto)” a un sujeto que se hacía pasar por cura. Ese fue el único comentario que oyó en la oportunidad y mientras cumplió con la conscripción.

Agrega que en una oportunidad cuya fecha no recuerda, se encontraba de guardia en las instalaciones que ocupaban en Quinta Normal; que alrededor de las 22 horas, se enteró que se habían solicitado voluntarios sin explicar para qué. Luego, a creedor de las 01.00 horas, mientras se encontraba custodiando la puerta del recinto, regresó una patrulla, ignora a cargo de quien andaría, quienes traían a un sujeto el que les fue entregado; que éste les narró que era de Valparaíso y lo habían sacado momentos antes junto a otras personas desde el mismo recinto de Quinta Normal, trasladándolo a un sector desconocido para él, donde los bajaron del vehículo poniéndolos en fila para fusilarlos; que le manifestó que él andaba con un gorro con el cual se cubrió los ojos para no ver cuando le disparaban; que sintió caer a las demás personas, pero él no recibió la descarga, por lo que se le respetó la vida, siendo devuelto a la unidad; agrega el testigo que esta narración los impresionó, ya que esta persona decía que había nacido de nuevo; que enseguida le prestaron atención, le dieron café y al día siguiente se fue en libertad; además, refiere el testigo que nunca pudo saber cual fue el personal que fusiló personas;

e) atestado de Florencio Hernán Olivares Torreblanca, de fojas 421, el que refiere que encontrándose cumpliendo su Servicio Militar en el Regimiento Yungay de San Felipe, sorpresivamente en la madrugada del día 11 de septiembre de 1973, los despertaron ordenándoles trasladarse a Santiago; que al igual que sus compañeros pensó que venían a la Parada Militar; siendo trasladado en camiones tolvas de particulares, viniendo al mando el oficial jefe superior que indica; que una vez que arribaron a Santiago se les ubicó momentáneamente en las instalaciones de la unidad de Logística del Ejército ubicada en la comuna de Quinta Normal, donde permanecieron poco tiempo, pues, posteriormente, se les trasladó al Internado Barros Arana, donde permanecieron varios días, probablemente un mes; para posteriormente ubicarse en las instalaciones de una exposición que había quedado al interior de la Quinta Normal, al costado de una pileta, lugar donde permanecieron por bastante tiempo, pues en el año 1974, comenzaron a hacer relevos, vale decir, regresaban por compañías a San Felipe.

Agrega el testigo que el mismo día 11 les correspondió salir a la calle, siendo llevados al sector de San Pablo a custodiar “una copa de agua”.

Expresa, además, que le tocó participar en allanamientos a varias poblaciones y sectores, pero por los hechos relevantes que ocurrieron recuerda varias acciones, entre ellas que un día en la tarde, no podría precisar la hora, pero que en todo caso estaba obscureciendo, el Teniente Caraves ordenó a una parte de su compañía Cuarta, más quienes estaban haciendo guardia, entre los que estaba él, que se trasladaran al Hospital San Juan de Dios, ubicado en calle Matucana, disponiendo que vigilaran el perímetro del recinto, ingresando él con soldados de su compañía y unos clases (personal de planta) al recinto de dicho hospital; este operativo fue corto, no más de una hora, saliendo este Oficial con un grupo de una 10 a 12 personas detenidas, presenciando que los castigó con violencia, e incluso a un joven de barba, recuerda que le escupió la cara a Caraves, lo que trastornó a este Oficial, siendo más brutal su castigo con esta persona, amenazándolo con matarlo en el lugar, lo que no hizo; agrega que el Oficial Caraves tenía por costumbre concientizar a su compañía, señalándoles a los soldados que tenían que dar muerte, ya que los santiaguinos estaban matando personas en San Felipe, manteniendo constantemente este predicamento, lo que “justificaba” los excesos que cometían sus dirigidos; asevera el testigo que estos detenidos fueron trasladados al Internado Nacional Barros Arana, donde los mantuvo el Oficial Caraves bajo su cargo, en una cancha de fútbol; ignorando que pasó con esta gente y si dentro del grupo iría un sacerdote, lo que no puede precisar, por el hecho de que todos vestían con ropa de civil; manifiesta asimismo que tiempo después se rumoreaba dentro de la tropa que en esa oportunidad se “habían echado a un cura”, sin conocer mayores detalles al respecto;

f) Dichos de Max Aurelio Suckel Orellana, de fojas 434, quien expresa que en el año 1968 conoció a Juan Alsina, el que era capellán del Hospital de San Antonio donde él trabajaba; al conocerlo se dio cuenta que se trataba de un hombre muy inteligente, afectuoso, didáctico, preocupado del buen funcionamiento administrativo del hospital; además participar con todo el personal sin distinción, estando presente en todos los actos en que habían celebraciones de compañerismos o deportivos y siempre tenía una palabra de aliento para todo el mundo; quien muchas veces intervino en algunas discrepancias que hubieran entre personas, de tal manera de zanjar cualquier dificultad.

Sostiene el testigo que la última vez que lo vio fue el mismo 11 de septiembre de 1973, estando él cumpliendo funciones en el Hospital San Juan de Dios en Santiago, hasta allí había sido trasladado a instancias de la autoridad superior eclesiástica, la que no aprobaba su conducta como sacerdote obrero y muy abierto en sus opiniones, lo que molestaba por su honestidad; en Santiago pasó a desempeñarse como jefe de personal del Hospital San Juan de Dios. En esa época señala el testigo estaba a cargo de la oficina de control de alimentos del Servicio de Salud, y al producirse el golpe de estado, tuvieron que abandonar las oficinas y al estar cerrado el sector céntrico, caminó por las orillas del Mapocho hasta el puente “Carrascal”, donde viró al sur por Avenida Matucana, al llegar hasta el Hospital San Juan de Dios, en Matucana con Huérfanos, se encontró con Juan Alsina, quien junto a otros compañeros de ese hospital, miraban incrédulos como salían las llamaradas y el humo de incendio que provocó el bombardeo de la Moneda; que se unió a ellos algunos instantes para descansar de la larga caminata y en esas circunstancias Joan Alsina le dijo: “habíamos querido poner el vino nuevo en odres viejos”; acordando luego entre ellos llamarse por teléfono; agrega el testigo que se dieron un fuerte abrazo y fue esa la última vez que vio al sacerdote; por último, el testigo expresa que continuó su camino hacia la casa que lo cobijaba en Gran Avenida.

Este testigo, además, hace entrega de un documento adjunto a fojas 436, que denomina “su testamento”, escrito por Alsina el 18 de septiembre de 1973, días antes de morir, cuyo original le fue entregado en forma clandestina en esa época, el que, según dice el testigo, logró rescatar y transcribir, para anexarlo al proceso como testimonio.

g) Causa Rol N° 159.954 – 1, del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, en la que el denunciante es Miguel Jorda Sureda y en ella se investiga la muerte de Joan Alsina Hurtos; determinadamente dicho proceso resulta atinente a fin de establecer que, según se contiene

en la fotocopia fiel de su original de fojas 23, se informa “Al Señor Fiscal de la Segunda Fiscalía Militar” de la autopsia N° 2731/73, que:

“Con fecha 22 – 9- 73, se practicó la autopsia de un cadáver enviado por la fiscalía como N. N., masculino, y luego identificado con el nombre de Juan Alsina Hurtos.

“Según antecedentes el occiso fue trasladado desde Mapocho – Puente Bulnes, hasta este Instituto.

“Cadáver de sexo masculino, que yace vestido con la ropa sucia con sangre y tierra.

“Mide 171 centímetros. Y pesa 74 kilogramos.

“Rigidez marcada.

“Livideces muy pálidas en el dorso.

“En el hombro izquierdo hay una entrada de proyectil. En la región dorsal hay 4 entradas de proyectil y 3 salidas. En la región anterior del tórax hay 4 orificios de entrada y un gran orificio de salida de 10 por 8 centímetros en la región torácica anterior derecha con atrición cardíaca y pulmonaria media derecha.

“Tres heridas a bala transfixiante de antebrazo izquierdo.

“En la cara póstero - externa del muslo derecho hay un gran desgarramiento cutáneo celular de 12 por 4 centímetros por proyectil de bala.

“Otro semejante de 10 por 6 centímetros en la cara póstero – externa del tobillo y pie izquierdo.

“Hay varias lesiones apergaminadas en la cara.

“Conclusiones:

“1) Cadáver de sexo masculino, identificado como Juan Alsina Hurtos, que mide 171 centímetros y pesa 74 kilogramos.

“2) La causa de la muerte son múltiples heridas a bala”.

Asimismo es pertinente dicha causa para los fines probatorios en que se empeña el tribunal, los dichos del sacerdote jesuita Juan Esteban Rodríguez Velasco, de fojas 57, quien declara:

“En relación a lo que se me interroga, debo señalar que al 11 de septiembre de 1973 me encontraba en mi comunidad y por orden de Monseñor y General Francisco Javier Gillmore, fui destinado al Comando de Infraestructuras del Ejército ubicado en calle Santo Domingo, vecino al Instituto Barros Arana, actual Comando de Ingenieros, razón por la cual además se me encargó atender este último lugar, establecimiento educacional que estaba ocupado por soldados del Regimiento Yungay de San Felipe reforzados con personal de otras unidades. A cargo de este lugar se encontraba el Mayor López, no recuerdo nombre, que era comandante del Regimiento Yungay de San Felipe y según supe se retiró al poco tiempo después del Ejército.

“Con ocasión de los servicios que yo prestaba, que eran de tipo espiritual, tuve oportunidad de ver detenidos en ese recinto, pero nunca tuve contacto con ellos, porque no se me solicitó o no se me hizo saber que fuese solicitada alguna ayuda espiritual. No conocía entonces al Capitán Mario Caraves.

“Recuerdo que un día que debió ser el día lunes siguiente al 11 de septiembre, tipo 15 horas un grupo de oficiales del Regimiento me señaló que se encontraba detenida una persona que decía ser sacerdote y que se llamaba Juan Alsina, que querían que yo lo corroborara, por lo que me dirigí donde estaba dicha persona iniciando una conversación en la que me identifiqué, él me señaló ser sacerdote diocesano dependiente del Cardenal Raúl Silva Henríquez, como todos los diocesanos de la Arquidiócesis de Santiago; le pregunté porque razón se encontraba detenido, me contestó que lo ignoraba, que él se había presentado a su lugar de trabajo en el Hospital San Juan de Dios, donde él era capellán obedeciendo las ordenes del Bando Militar y que en ese lugar había sido detenido por personal del Ejército siendo trasladado a ese patio del Instituto Barros Arana.

“Por nuestra conversación me di cuenta que era sacerdote, me dio su nombre completo, y le consulté si deseaba ser oído en confesión, cosa que aceptó. Recibí su confesión sin que nadie se diera cuenta, nos despedimos, diciéndole que yo iba a solicitar a los funcionarios que fuera entregado a su superior eclesiástico el Cardenal Raúl Silva Henríquez. Luego de esta conversación que no duró mucho, fui donde los oficiales y les manifesté que efectivamente Juan Alsina era sacerdote y que yo opinaba que debía ser entregado a sus superiores el Cardenal Raúl Silva Henríquez, ellos aceptaron mi proposición, por lo menos esa impresión me dejaron a mí. Nunca más volví a saber del Padre Alsina, enterándome a los días después que su cadáver había sido reconocido en la morgue por el Cónsul de España de la época.

Ignoro totalmente las razones que motivaron su fusilamiento y quienes habrían tenido participación en este acto.

Recuerdo al padre Juan Alsina y sus características físicas eran de tez pálida, bajo, delgado, de unos 35 a 40 años de edad, vestía ropa de civil.

A Caraves lo conocí después a raíz de un suceso sin ninguna relación con el que acabo de relatar, no estando en condiciones de informar al tribunal si éste formaba parte del grupo de oficiales que el día aludido le pidió corroborar la identidad del padre Alsina.

Esto es todo lo que tengo conocimiento de estos hechos.

Posteriormente el padre Jordá me visitó unas dos veces para preguntarse sobre esto mismo y a él le relaté éstos exactamente tal cual hoy los he señalado a US., inclusive una tercera vez le di una declaración jurada de mi declaración la que firmé.

Antes de firmar debo precisar que cuando indique haber visto detenidos en el Instituto Barros Arana, esto ocurrió en una sola oportunidad y que fue cuando conversé con el padre Alsina, ya que yo tenía contactos solamente con el personal uniformado, que eran los que yo atendía en el establecimiento. Ignoro si hubo más detenidos”.

SEGUNDO: Que los elementos de prueba anteriormente analizados son constitutivos de denuncia, documentos, declaraciones de testigos, ordenes de investigar, peritaje y pesquisas, los que estimados como un conjunto de presunciones judiciales que reúnen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten establecer en autos que:

Con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, se ejecutaron acciones de persecución, las que estaban dirigidas en contra de las personas que tenían alguna relación con los partidos o movimientos que apoyaban al régimen depuesto en esa fecha; que, uno de dichos ataques en contra de la población civil consistió en la detención del sacerdote de nacionalidad española Joan Alsina Hurtos, ocurrida el 19 de septiembre de 1973, en el Hospital San Juan de Dios, situado en calle Matucana de esta ciudad de Santiago, Hospital donde desarrollaba

sus labores como jefe de personal, centro asistencial médico al cual el sacerdote había vuelto a trabajar después del 11 de septiembre. La detención del sacerdote fue hecha por personal militar que actuaba bajo el mando del superior jerárquico del Regimiento Yungay de San Felipe, unidad que reforzó a Santiago con ocasión del conflicto en la capital; al ser detenido el sacerdote Alsina fue golpeado y luego trasladado a las instalaciones de campaña del dicho regimiento, ubicadas al interior del establecimiento educacional Internado Nacional Barros Arana, en la comuna de Quinta Normal de Santiago, lugar el cual había sido habilitado para mantener a las personas privadas de libertad; luego, Joan Alsina fue sacado de dicho lugar y dentro de las acciones generalizadas y sistemáticas para infundir temor en la población, toleradas y promovidas por el mando del regimiento, las que materialmente las ejecutaban subordinados y, en correspondencia con ese patrón, el sacerdote fue ejecutado mediante el ametrallamiento por parte de un soldado de dicho regimiento.

A los ocho días de la muerte, los sacerdotes de la Parroquia de San Bernardo y amigos del padre Joan Alsina, recibieron una llamada telefónica de la Embajada de España, avisando que su cuerpo había sido encontrado en la morgue del Servicio Médico Legal, concluyendo la autopsia médico legal que el cuerpo yacía vestido, con la ropa sucia con sangre y tierra, que en el hombro izquierdo presentaba una entrada de proyectil; en la región dorsal habían cuatro entradas de proyectil y tres salidas; en la región anterior del tórax habían cuatro orificios de entrada y un gran orificio de salida de diez por ocho centímetros en la región torácica anterior derecha, con atrición cardiaca y pulmonaria media derecha; además presentaba tres heridas a bala transfixiante del antebrazo izquierdo; en la cara posterior externa del muslo derecho había un gran desgarró cutáneo celular de doce por cuatro centímetros, por trayecto de bala; otro semejante de diez por seis centímetros, en la cara posterior externa del tobillo y pie izquierdo; por último, agrega el informe, el cuerpo presentaba varias lesiones apergaminadas en la cara; concluyendo la autopsia que la causa de la muerte son las múltiples heridas a bala recibidas.

TERCERO: Que tales hechos en nuestro Derecho Penal se adecuan a la hipótesis y, por lo tanto, configuran el delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el N° 1 del artículo 391 del Código Penal, calificaciones primera y quinta de esa misma disposición; es decir, cometido mediante alevosía y premeditación conocida, pues los agentes actuaron sobre seguro, atendida la indefensión total en que la víctima se encontraba ante ellos, asegurando de ese modo plenamente la perpetración del delito; mediando, además, la decisión de cometerlo durante un espacio prolongado de tiempo.

CUARTO: Que, dicho delito no solo lesiona el derecho a la vida del ofendido, puesto que, en cuanto constituyó la ejecución extrajudicial de éste, con el propósito y en el contexto de conducta de medio o instrumento efectuado dentro de una política masiva y a escala general de privación de la vida y de la libertad de un grupo numeroso de civiles, a los que, en la fecha inmediata y posterior al 11 de septiembre de 1973, se les sindicó en ese entonces que tenían la condición de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto en Chile, sino que además constituye, en el Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, un delito de lesa humanidad o contra la humanidad, puesto que esta normativa ha catalogado dichos crímenes como hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los derechos humanos; y dándose en la especie los elementos no pueden quedar impunes; por lo que, en este caso, este sentenciador deberá hacer el análisis pormenorizado de los elementos que lo componen, al referirse a la responsabilidad penal o consecuencias jurídicas de la comisión de esta clase de delitos para sus autores, en cuanto tales hechos constituyen una violación de un conjunto de principios y normas del antes mencionado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, orientados a la promoción y protección éstos.

QUINTO: Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que

abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los Tratados Internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile.

Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o “ius cogens”, que pasan a formar parte del Derecho Interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Organización de las Naciones Unidas, además de la de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

SEXTO: Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia - conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución - es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

SEPTIMO. Que, en efecto, el artículo 5° de la Constitución Política de la República, establece la limitación de la soberanía, en tanto señala en esta materia que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Al mismo tiempo, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso segundo del artículo 5°, una oración final que introduce en el derecho interno de manera expresa el mandato que señala: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.”

OCTAVO. Que tal desarrollo normativo constitucional especial está conteste con la jurisdicción universal sobre esta materia, y es así como dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentran los Convenios de Ginebra, de 1949, que establecen que todo Estado Parte tiene jurisdicción para juzgar las graves transgresiones a sus normas;

NOVENO: Que, aún más, el traslado de categoría de la guerra para la estructuración del crimen de lesa humanidad, tiene antecedente normativo en Las Convenciones de La Haya de 1899, las que intentaron poner en vigencia diversas regulaciones que ponen límite o prohíben medios y métodos de combate, bajo la premisa de inderogables deberes de cada beligerante. Cuyo gestor conceptual y jurídico, fue el jurista Fiodor Fiodorovich Martens, autor de La Paz y la Guerra, y, además, autor de la cláusula que en su honor se denominó “Cláusula Martens”. De acuerdo a la cual se señala que mientras se arriba a un código completo de regulación de las hostilidades bélicas, las partes contratantes consideran que los beligerantes y las poblaciones quedan bajo el amparo y protección de los Principios de Derecho Internacional, tal como ellos resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y de los requerimientos de la conciencia pública (Caron, D. War and international adjudication: reflection on the 1899 peace conference, 94 American Journal of International Law, 200 páginas 4 – 30; Adrich G.H. The Laws of war on land, H. 94 AJL, 2000, páginas 43 a 60; Meron, T, The martens clause, principles of humanity and dictates of public conscience, 94 AJIL, 2000, pp. 78 – 89; citados en La Génesis de la Noción de Crimen de Lesa Humanidad, Víctor Guerrero Apréaz, Revista de Derecho Penal Contemporáneo N° 6, enero- marzo 2004, página 21).

DECIMO: Que sirve de referencia a considerar en cualquier interpretación de nuestro derecho penal positivo interno, la aplicación de los Convenios de Ginebra, de 1949, antes referidos, los que fueron ratificados por Chile, en 1951, que constituyen Ley de la República.

El artículo 3º de dicho Convenio expresa: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos para cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes;

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables para los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

Más adelante el artículo 49 del Convenio, dispone:

Artículo 49, “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente.”

“Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado a cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, sí lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación pasar dichas personas para que sean juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.”

“Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente”.

“En todas circunstancias, los inculpados gozarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 2 de agosto de 1949, relativo al trato de prisioneros de guerra”;

El artículo 50 del Convenio referido establece:

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio internacional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.”

Por último, el artículo 51 refiere: “Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma y otra Parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo precedente”.

UNDECIMO: Que a tal normatividad se integran el “ius cogens” o Principios Generales del Derecho Internacional, si se razona que, en su oportunidad, el poder constituyente incorporó como tratado la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981, reconociendo Chile la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, no pudiendo invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas - artículo 26 de dicha Convención -, apoyando con ello decididamente lo dispuesto en el artículo 27 de la misma, que determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Además, el “ius cogens” se integra a la normatividad propia de los tratados porque la incorporación de dicha Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, aclaró el acatamiento por el ordenamiento jurídico interno chileno del principio “ius cogens”, por cuanto, con absoluta claridad lo define el artículo 53 de esta Convención, como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Es decir, vía Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados se reconoce expresamente el valor del principio “ius cogens” en general, el que se comprende, entonces, como una norma de Derecho Internacional General que debe ser respetada con la misma decisión que tiene un tratado ratificado por Chile, no sólo por la especial forma en que puede ser modificado, sino - como se dijo anteriormente - porque su entidad es tal que el propio artículo 53 de la Convención determina que: es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General.

Que si las argumentaciones anteriores fueren pocas, la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional, ha sido reconocida desde los albores de la República de Chile

En efecto, la “Lei de Garantías Individuales”, de 25 de septiembre de 1884, Título Primero, que trata “De Las Restricciones a La Libertad Individual en Jeneral” refiere en su artículo 5º: “Las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican:

“2º A las que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras, o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehension de marineros desertores.” (Código Penal de la República de Chile, Explicado I Concordado por Pedro Javier Fernández, Segunda Edición, Santiago de Chile, Imprenta, Litografía I Encuadernación Barcelona, Moneda, entre Estado i San Antonio. 1899, página 426).

Que también la doctrina cita la jurisprudencia chilena de los tribunales de justicia, para sostener que ésta ha reconocido la primacía del “Derecho Internacional Consuetudinario

sobre el Derecho Interno chileno” en caso de conflicto, citándose, entre otros, el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LVI, 2ª parte, sección 4ª, página 66, señalándose que “La misma Corte Suprema en 1959, en un caso de extradición activa consideró: “Que por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 673 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del Derecho Internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principio que, por otra parte, prima siempre sobre los preceptos del Derecho Interno del Estado”. (citada por Humberto Nogueira Alcalá – Las Constituciones Latinoamericanas...Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Editado por Honrad – Adenauer – Stiftung A.C. CIEDLA. Página 204).

Que, así, entonces, hay una prevalencia de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas reglas actualmente han sido recepcionadas constitucionalmente por vía de tratado internacional y vinculante desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las que son obligatorias en la forma que se ha analizado precedentemente.

DUODECIMO: Que, en consecuencia, puede aseverarse que en el caso de autos se está en presencia de un delito de lesa humanidad; en efecto, la acción directa en él de agentes del Estado, quienes actuando en contra del sacerdote Joan Alsina Hurtos, estando éste ya detenido por los funcionarios estatales, bajo la obligación de éstos de garantizar su seguridad no obstante le dan muerte, mediante una ejecución ajena a todo procedimiento civilizado, con el fin de atemorizar con ello a gran parte de la población civil a la que el cura católico pertenecía.

Que, de este modo, este delito aparece cometido mediante la actuación activa de los agentes del Estado, primer elemento constitutivo del delito de lesa humanidad;

Enseguida, aparece además que el hecho delictivo se dio en el contexto de un plan o política o la ejecución del mismo, conforme a un modo de actuar planificado.

Esto último es un segundo elemento que permite calificar el hecho como delito de lesa humanidad, esto es, ser éste “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

DECIMO TERCERO: Que tales entornos son elementos determinantes para que se configure cualquiera de los crímenes de lesa humanidad, es decir:

a) el ataque por parte de agentes del Estado y

b) que dicho ataque lo sea en contra de cualquier población civil, denominación esta última empleada y trasladada normativamente desde el Derecho Penal Internacional, a partir de la Ley Nº 10 de Control Aliado, en el literal c), del artículo 6º del Estatuto de Núremberg.

Que este segundo elemento da más de una dificultad de interpretación, por cuanto ello es lo que se dice de la víctima o “la condición susceptible de predicarse de la víctima (ob. cit. Pp. 248), cuya dilucidación o interpretación debe estar acorde con el propósito de extender al máximo a “cualquier clase de sujetos individuales”, por lo que, aún tratándose de una sola persona debe entenderse que se contiene que forma parte de “ cualquier población civil”.

En cuanto a la responsabilidad:

DECIMO CUARTO: Que el acusado Donato Alejandro López Almarza, en sus declaraciones indagatorias prestadas al tribunal y que rolan a fojas 281, y 463, niega toda responsabilidad y participación en el delito de homicidio calificado del sacerdote Joan Alsina Hurtos.

En efecto, señala que al llegar su tropa a Santiago, luego de arribar al Comando de Apoyo Administrativo o Bienestar Social del Ejército, ubicado al costado de la Quinta Normal, como no disponían de instalaciones adecuadas ni alimentación suficiente en ese recinto, conversó con el Director del Internado Barros Arana, hermano del Oficial de apellido Muñoz Mass, el que había sido su compañero en la Escuela Militar, logrando permanecer en ese recinto educacional mientras se ubicaba un lugar definitivo.

Agrega que el regimiento “Yungay” siempre ha dependido de la Segunda División de Ejército, por lo tanto, encontrándose en Santiago, debía subordinarse al Coronel Sergio Arredondo, el que le parece era el comandante de dicha División, de lo cual no está muy seguro.

Expresa el acusado en cuanto a las actividades de su batallón, que todos los días se debía confeccionar la orden del día por escrito, se daban las instrucciones y directrices para el funcionamiento diario de la tropa. Dicha orden era confeccionada por un suboficial jefe de la Plana Mayor del Batallón, por instrucciones suyas.

Respecto de instrucciones de su superior jerárquico en Santiago, sólo en una oportunidad recibió como instrucción escrita el Primer Bando; su contenido era que si la ropa es atacada por alguna persona y se lograba individualizar y detener a la misma, debía ser fusilada en el mismo lugar de ocurrencia de los hechos, otra instrucción se refería a quienes infringieran el toque de queda, y lo más relevante de ella según recuerda era que si el infractor era chileno y no portaba cédula de identidad, debía ser enviado al Estadio Nacional y si se trataba de un extranjero debía ser enviado al Estadio Chile, también en esa instrucción se describía el sector que quedaba bajo su competencia, eso es, desde Estación Central al Norte por Matucana hasta el río Mapocho, por el costado Sur desde Estación Central en dirección al Tunel Lo Prado hasta Pajaritos, asevera que era una gran extensión de territorio y sin delimitar con precisión; en una oportunidad recuerda que e encontraron dos unidades patrullando un mismo perímetro.

Asevera que otra instrucción que recibió verbalmente a través de la radio era la que le ordenaba allanar la Universidad Técnica, operación que sería apoyada por otra unidad si no era posible efectuarla solo con su contingente; que efectivamente se hizo presente personal de otras unidades, no recuerda si eran del Maipo o Coraceros; en el lugar se hizo presente el Mayor Moren Brito, que era de artillería, quien efectuó un ataque a la Universidad con piezas de esta rama, para luego retirarse del lugar; manifiesta el acusado que en esa ocasión no hubo bajas personales, sólo destrozos.

Explica que también recibió instrucciones por radio respecto del distintivo a usar, el que se cambiaba cada cierto día, al igual que el santo y seña.

Sostiene el acusado que esas son las dos únicas instrucciones específicas que recibió de sus superiores que él recuerda; que la única vez que se presentó a un superior fue al momento de llegar a Santiago, donde concurrió al Estado mayor de la II División de Ejército y en ese lugar el Coronel Arellano Stara le entregó un sobre con las instrucciones pertinentes para actuar en esos días.

Añade que su regimiento estaba dividido en compañías, le parece que eran cuatro, a cargo de un capitán o en su defecto, un teniente más antiguo, que ejerce como comandante; a su

vez cada compañía tiene tres secciones a cargo de ésta un teniente, sub teniente o un sub oficial de mayor graduación.

Cada comandante de compañía tenía mando sobre sus secciones, debiendo también emitir su “orden del día”, correspondiéndole organizar sus servicios, patrullajes, sus guardias; cada comandante debía informar todos los hechos relevantes que ocurrían al comandante de batallón, en este caso a él personalmente.

Asevera que nunca fue informado de algún fusilamiento efectuado por los comandantes de alguna de las compañías; de haber ocurrido así, no habría tenido inconveniente en reconocerlos; a la vez él habría tenido la obligación de informar al comandante de su regimiento y a su superior en Santiago de la ocurrencia de ellos.

Enfatiza que nunca se enteró de que se hubiese mantenido preso a un sacerdote en el Internado Barros Arana; que inclusive se le careó en el tribunal que inició el proceso con el capellán que supuestamente tuvo contacto con el sacerdote cuando éste habría permanecido en el Instituto Nacional Barros Arana, reconociendo dicho sacerdote que él no le informó de ese hecho; que en su oportunidad a la juez que instruía la causa hizo entrega de su diario de guerra, el que no le fue devuelto.

Que en Quinta Normal solo se mantuvo a detenidos en tránsito por infringir el toque de queda, nunca fue informado por persona alguna de ese hecho; estima que si la muerte del sacerdote Joan Alsina Hurtos la cometió el capitán Caraves con el suboficial Bañados, ellos se quedaron con ese secreto. Ni siquiera el capellán se lo informó, como éste lo reconoció.

Tampoco es efectivo, sostiene, que se hubiese usado las instalaciones del Internado para mantener detenidos, ya que ese lugar les fue facilitado transitoriamente por su director, mientras se ubicaban y de buena voluntad.

Por otro aspecto, refiere, que dentro de su radio de acción no incluía al Hospital San Juan de Dios, pues se encontraba ubicado en la vereda Norte de la calle Matucana y su límite era la calle misma, no las edificaciones ubicadas en esa vereda.

No obstante acepta que en una oportunidad pasó frente a ese hospital y se percató que había una ametralladora instalada y unos conscriptos apostados al exterior, por lo que fue a consultarles a que unidad pertenecían, respondiéndole que eran de la compañía del capitán Caraves, vale decir del batallón bajo su mando, y que dicho oficial se encontraba al interior del recinto de salud por lo que ingresó a buscarlo porque ese recinto no correspondía a su territorio. Asevera además que como no lo ubicó se dirigió hasta las oficinas del director del hospital, con quien conversó, manifestándole que él había llamado al capitán para que sofocara un desorden habían provocado trabajadores del servicio. Que se retiró indicándole que le comunicara al capitán que se debía dirigir a conversar con él e igual instrucción les entregó a los soldados, sin poder recordar la hora en que ello se produjo.

Que posteriormente, expresa el acusado, el capitán Caraves se dirigió a su oficina en la Quinta Normal y le explicó que él iba pasando frente al hospital y fue interceptado por su director, quien le comunicaba de desórdenes provocados por trabajadores del recinto, por lo que él ingresa a verificar lo que sucedía pero que eran hechos de menor importancia.

DECIMO QUINTO: Que, la negativa del acusado Donato López Almarza, de haber tenido conocimiento y responsabilidad en calidad de autor en el delito de que fue víctima Joan Alsina Hurtos, se desvirtúa con el cúmulo de antecedentes, antes analizados con ocasión del delito de homicidio calificado sufrido por el sacerdote católico Joan Alsina y con los que enseguida se analizan en el razonamiento siguiente.

DECIMO SEXTO Que, en efecto, sirven también como elementos de convicción para los efectos de establecer la imputabilidad del acusado Donato Alejandro López Almarza, las presunciones siguientes que se analizarán, que desvirtúan sus aseveraciones; presunciones que se fundan en hechos reales y probados y no en otras, las que además tienen los caracteres de multiplicidad, gravedad y precisión suficientes, de manera tal que una misma no puede llevar a una conclusión o conclusiones diversas, dirigiendo directamente, de manera lógica y natural, a la misma conclusión, esto, es que el acusado como jefe superior de la organización militar bajo su mando, siempre dictó órdenes que fueron cumplidas por sus subordinados, las que implicaron tratos crueles por él perfectamente conocidos, ejecutados materialmente por sus oficiales y soldados, entre éstos los que determinaron y promovieron la muerte del sacerdote Joan Alsina Hurtos; aún cuando no haya identificado a éste, circunstancia que también resulta inverosímil, al tenor de la confesión religiosa que la víctima hace a otro sacerdote en el recinto militar que estaba bajo la superioridad del acusado, todo ello con plena capacidad de mando por parte de éste, de acuerdo a las circunstancias que se vivían.

En efecto tales presunciones, además de las analizadas con ocasión del hecho punible, son las siguientes:

a) Los dichos del fallecido conscripto del Regimiento Yungay de San Felipe, Nelson Vicente Bañados Pinto, de fojas 39 y 71 de los autos rol N° 159.954 – 1 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, lo que se han ordenado tener a la vista en esta causa, donde señala que:

“...cuando ocurrió el golpe militar a todos los conscriptos nos trajeron a Santiago, y nos hospedaron como ya dije en la Quinta Normal y me correspondía junto a otros conscriptos efectuar patrullajes y hace vigilancia de detenidos de diferentes centros de detención.

“Recuerdo que en una ocasión, en una patrulla que íbamos varios conscriptos a cargo del Comandante Caraves, se nos ordenó bajarnos en el Instituto Barros Arana, donde había detenidos, escuché que había que sacar a uno y por lo que el tribunal me hace saber, me da la impresión que esa persona que sacamos de ese Instituto era el sacerdote Alsina, recuerdo que se llevó hasta el Puente Bulnes, en donde se me ordenó ametrallarlo, orden que me dio el comandante Caraves. La verdad es que estoy casi seguro que se trataba de un sacerdote, pero no logro recordar bien su cara, como tampoco recuerdo que yo le haya dicho al padre Jorda, todo lo que S.S. me está leyendo en este acto y que rola a fojas 9 vuelta y 10, de esas cosas queme ha leído, solo algunas recuerdo haberle dicho al padre Jordá.

“Tal vez si yo lograra declarar en esta causa junto al padre Jordá, me recordara algo más, pero en este instante solo puedo decir a US., que si recuerdo ese fusilamiento, porque debido a mi nerviosismo dejé alojada unas balas en la baranda del puente donde tuve que matarlo, y es por eso que pienso que se trata del sacerdote, además él trabajaba en el Hospital San Juan de Dios y yo escuché cuando lo sacábamos a esta persona se decía que era de allá.

“Finalmente deseo saber a US., que me he sacado un peso de encima al contar la verdad de este acto tan triste que tuve en mi vida, pero yo era conscripto y estaba mandado, debía cumplir las ordenes encomendadas por mis superiores, eran ellos o yo, creo que Us. Me entiende”.

Y enfatiza en lo atinente a fojas 71 de tales autos que:

“...vuelvo a mi primitiva declaración que me referí en forma detallada a los hechos ocurridos en el Puente Bulnes en que tuve participación, cumpliendo ordenes del Capitán Mario Caraves Silva.

“...En relación a Donato López Almarza, tal como señalé en el careo que tuve en el 4º Juzgado del Crimen el mes pasado, su rostro y aspecto físico eran familiar para mí, pero no puedo afirmar que él haya sido Comandante de mi Regimiento Yungay que estuvo en Santiago en distintos lugares, dentro de ellos el Instituto Barros Arana.

“Precisando mi declaración de fojas 39, cuyo contenido ratifico, debiendo si señalar que la oportunidad a que me refiero no fue sacada una sola persona del Instituto Barros Arana, sino que un grupo dentro del cual iría el padre Joan Alsina, pero no recuerdo bien su cara.

“Reitero que yo siempre recibí las ordenes del Capitán Caraves y yo me limité a cumplirlas porque era soldado.

“A todas las personas que fusilábamos lo hacíamos con metralleta, su ejecución fue siempre con este tipo de arma.

“Por nuestra parte, los fusileros éramos unos 3 o 4, ya no recuerdo sus nombres de mis otros compañeros, pero sé de dos que ya han muerto, uno por suicidio y el otro en un accidente de tránsito, en todo caso pienso que gran parte del regimiento estaba en conocimiento o participó en hechos como estos que he relatado.”

b) El atestado del sacerdote Arturo Galaz Díaz, de fojas 19 y 53, de tales autos, quien, sin duda refiriéndose al Capitán Caraves, en lo pertinente declara que:

“.....quiero dejar constancia que en una oportunidad en el Convento de la Merced de San Felipe, llegó el Capitán de Ejército de apellido Caravelle, y en un momento en que pedía algo de tranquilidad y paz para su espíritu le comentó a otros sacerdotes mas viejitos que él tenía una honda preocupación el saber que él había tomado parte en un Consejo en el que se había determinado ajusticiar a Joan Alsina y que su gran duda y pesar era saber si efectivamente era sacerdote o no, porque él había votado por su ajusticiamiento y bajo su responsabilidad estuvo ese operativo o algo así, eso yo lo escuché personalmente al capitán Caravelle.”

“...Posteriormente el padre Jorda me cuenta de nuestro amigo en común, se refería al padre Joan Alsina, el cual había sido fusilado y la manera que había encontrado la muerte y que lo habían sacado del Instituto Barros Arana donde lo habían llevado detenido y después en un Puente le habían fusilado, entonces allí relacioné lo conversado por Caraves con nosotros y le conté a Jordá lo que había escuchado, y por allí Jordá comenzó esta investigación, llegando después al conscripto Bañados”.

c) La declaración del sacerdote Felipe Gutierrez Esquiro, de fojas 27 de los referidos autos, quien señala que:

“A raíz del pronunciamiento militar ya fui trasladado desde Punta Arenas hasta Santiago, en el año 1973 por el clero secular; aquí en Santiago fui destinado a la Segunda División y Comandante de Guarnición en Santiago.

“Mi labor consistía en atender a las unidades Militares acantonadas con motivo del 11 de septiembre y visitar los detenidos ubicados en el Hospital Militar que habían sido traídos de Isla Datsun, como también visité detenidos políticos que se encontraban en el Regimiento Tacna, y fundamentalmente mi labor era llevarles tranquilidad espiritual y de hacer conexión a través de mi persona con sus familiares lo que era muy difícil para ellos.

“...Remontándome ahora al pasado, debo declarar a US., lo ocurrido en un mes del año 1973, no recuerdo día ni fecha exacta, pero me parece que fue en el mes de septiembre en

que ocurrió un hecho de iguales características a las que se denuncian en esta causa, pero con la salvedad que yo nunca tuve ninguna relación ni contacto con la persona fusilada. Me explico, en esa ocasión como de costumbre salí en un Jeep del Ejército, acompañado de algunos soldados y el chofer a recorrer los regimientos acantonados en la guarnición de Santiago, como era mi deber, y en uno de estos viajes al pasar por una casona grande, se detuvo el vehículo y uno de los que allí iban, manifestó que allí había un pez grande que iba a ser fusilado y que era colega y coterráneo mío, que si yo quería bajar a verlo, yo curioso bajé y una vez en el interior del recinto, por otros militares que allí habían y a quines yo no conocía, me enteré que a esa persona que se referían como “Pez Grande” era un sacerdote; ante esto yo pregunté si habían comunicado al Arzobispado de Santiago dicha detención y solicitado atención religiosa para el mismo, a lo que se me informó que el capellán de la Escuela de Sub Oficiales Juan Esteban Rodríguez le había atendido religiosamente y había afirmado que se trataba del sacerdote Alsina. Ante lo cual yo les dije que yo no tenía nada que hacer allí, puesto que estaba ya todo hecho, ante lo cual me retiré y seguimos el recorrido en dirección a Maipú.

“...Quiero dejar expresa constancia que en esa oportunidad yo no tomé contacto con el sacerdote Alsina, menos lo ví, y no fue más de 5 minutos los que estuve en ese recinto, y fue solamente, en la entrada de la casona, que después supe se llamaba Barros Arana y que era un colegio, pues yo estaba recién llegado a Santiago y no conocía nada”.

d) Dichos del sacerdote Héctor Beltrán Beltrán, de fojas 54, quien señala que:

“Efectivamente recuerdo que por septiembre de 1973, llegó hasta la parroquia Mario Caraves a quien conocí en el Regimiento Yungay donde era capellán Ad honores y él era Capitán, lo conocía como una persona muy cristiana de sentimiento religioso y lo querían mucho.

“Mientras yo me encontraba en San Felipe como Superior y Párroco de la Merced antes de venirme a Santiago; entonces él se enteró que yo estaba allí y me fue a ver, además que muchas veces visitaba la parroquia, y en esa oportunidad él me comentó entre otras cosas que se sentía algo mal, porque le había tocado participar en un fusilamiento en donde expresó textualmente: “si hubiese sabido que era sacerdote no lo habría hecho”, no enterándome porque tenía esa impresión de que la persona que habían fusilado, él pensaba era sacerdote. Es el caso de que manifestó estar muy apesadumbrado por ese acto.

“Posteriormente me enteré por el padre Galaz que Caraves le había dicho que a esa persona que él pensaba era sacerdote, le habían mandado antes de llevar a efecto el fusilamiento unos sacerdotes, pero a mi nada me dijo.

“En esa ocasión Caraves también me contó que a esa persona que se refería la habían sacado del Hospital San Juan de Dios y le habían llevado entre otras muchas personas al Instituto Barros Arana, no manifestando donde y de que manera se había llevado a efecto la ejecución, y nosotros tampoco nada le preguntamos porque se veía muy mal, estaba como choqueado. No indicó la causa de la ejecución”; y

e) Los dichos del sacerdote jesuita Juan Esteban Rodríguez Velasco, de fojas 57, y careo de éste con el acusado de fojas 67, al declarar:

“En relación a lo que se me interroga, debo señalar que al 11 de septiembre de 1973 me encontraba en mi comunidad y por orden de Monseñor y General Francisco Javier Gillmore, fui destinado al Comando de Infraestructuras del Ejército ubicado en calle Santo Domingo, vecino al Instituto Barros Arana, actual Comando de Ingenieros, razón por la cual además se me encargó atender este último lugar, establecimiento educacional que estaba ocupado por soldados del Regimiento Yungay de San Felipe reforzados con personal de otras unidades. A cargo de este lugar se encontraba el Mayor López, no recuerdo

nombre, que era comandante del Regimiento Yungay de San Felipe y según supe se retiró al poco tiempo después del Ejército.

“Con ocasión de los servicios que yo prestaba, que eran de tipo espiritual, tuve oportunidad de ver detenidos en ese recinto, pero nunca tuve contacto con ellos, porque no se me solicitó a no se me hizo saber que fuese solicitada alguna ayuda espiritual. No conocía entonces al Capitán Mario Caraves.

“Recuerdo que un día que debió ser el día lunes siguiente al 11 de septiembre, tipo 15 horas un grupo de oficiales del Regimiento me señaló que se encontraba detenida una persona que decía ser sacerdote y que se llamaba Juan Alsina, que querían que yo lo corroborara, por lo que me dirigí donde estaba dicha persona iniciando una conversación en la que me identifiqué, él me señaló ser sacerdote diocesano dependiente del Cardenal Raúl Silva Henríquez, como todos los diocesanos de la Arquidiócesis de Santiago; le pregunté porque razón se encontraba detenido, me contestó que lo ignoraba, que él se había presentado a su lugar de trabajo en el Hospital san Juan de Dios, donde él era capellán obedeciendo las ordenes del Bando Militar y que en ese lugar había sido detenido por personal del Ejército siendo trasladado a ese patio del Instituto Barros Arana. Por nuestra conversación me di cuenta que era sacerdote, me dio su nombre completo, y le consulté si deseaba ser oído en confesión, cosa que aceptó. Recibí su confesión sin que nadie se diera cuenta, nos despedimos, diciéndole que yo iba a solicitar a los funcionarios que fuera entregado a su superior eclesiástico el Cardenal Raúl Silva Henríquez. Luego de esta conversación que no duró mucho, fui donde los oficiales y les manifesté que efectivamente Juan Alsina era sacerdote y que yo opinaba que debía ser entregado a sus superiores el Cardenal Raúl Silva Henríquez, ellos aceptaron mi proposición, por lo menos esa impresión me dejaron a mí. Nunca más volví a saber del Padre Alsina, enterándome a los días después que su cadáver había sido reconocido en la morgue por el Cónsul de España de la época.

Ignoro totalmente las razones que motivaron su fusilamiento y quienes habrían tenido participación en este acto.

Recuerdo al padre Juan Alsina y sus características físicas eran de tez pálida, bajo, delgado, de unos 35 a 40 años de edad, vestía ropa de civil.

A Caraves lo conocí después a raíz de un suceso sin ninguna relación con el suceso que acabo de relatar, no estando en condiciones de informar al tribunal si éste formaba parte del grupo de oficiales que el día aludido le pidió corrobora la identidad del padre Alsina.

Esto es todo lo que tengo conocimiento de estos hechos.

Posteriormente el padre Jorda me visitó unas dos veces para preguntarse sobre esto mismo y a él le relaté éstos exactamente tal cual hoy los he señalado a US., inclusive una tercera vez le di una declaración jurada de mi declaración la que firmé.

Antes de firmar debo precisar que cuando indique haber visto detenidos en el Instituto Barros Arana, esto ocurrió en una sola oportunidad y que fue cuando conversé con el padre Alsina, ya que yo tenía contactos solamente con el personal uniformado, que eran los que yo atendía en el establecimiento. Ignoro si hubo más detenidos”.

DECIMO SEPTIMO: Que, los elementos de juicio analizados precedentemente y los demás de que se ha hecho mérito con ocasión del delito, son suficientes a juicio del tribunal, para adquirir la convicción de que realmente el acusado López Almarza, no obstante que lo ha negado, supo tanto de las detenciones de civiles en el recinto del Internado Nacional Barros Arana, donde su regimiento en operaciones había acampado, como de la actividad delictiva

que ejecutaba la gente a su cargo, ya que ésta no podía llevarse a cabo sin también su necesaria actividad como jefe superior directo de éstos.

Por ello, la contingencia de la muerte del sacerdote Alsina, en las condiciones dadas, esto es, habiendo sido detenido en forma violenta en el Hospital San Juan de Dios, donde se encontraba cumpliendo sus labores de jefe de personal, enseguida, haber sido pasado detenido al recinto dirigido por el acusado, donde inclusive otro sacerdote le tomó la confesión conforme al credo católico, y la naturaleza violenta del oficial que ordenó posteriormente la ejecución del sacerdote por parte de soldados conscriptos, impone aceptar el claro conocimiento, dirección, y planificación que en dicho delito le correspondió a Donato Alejandro López Almarza, dentro del plan de ejecutar a civiles para crear el clima de terror entre los que habían sido partidarios del régimen de gobierno depuesto en el país.

En efecto, la responsabilidad penal que le asiste al acusado Donato Alejandro López Almarza, es necesario analizarla en relación a la responsabilidad como jefe y superior de aquellos que materialmente ejecutaron al sacerdote Juan Alsina Hurtos.

En primer lugar, sin duda, en el contexto que se dio la comisión del delito, como se analizará en los fundamentos siguientes, esto es, el tratarse la muerte del sacerdote Alsina Hurtos de un delito de lesa humanidad, la responsabilidad penal que corresponde a los ejecutores materiales del delito, resulta o se produce independientemente de si sus conductas son o no consecuencia de una orden, tolerancia o promoción del delito por parte del superior jerárquico. Sabemos también que éstos fueron sobreseídos en la causa rol 159.954 – 1, seguida ante el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago.

En segundo lugar, en el delito de homicidio calificado, como el de la especie, el superior de los que lo ejecutaron materialmente, no puede excusarse detrás de dichos ejecutores materiales para eludir su responsabilidad penal, si, como jefe, su conducta reúne los requisitos que exige la norma penal para estimarlo culpable también; es decir, si su conducta es también antijurídica, típica y dolosa.

DECIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, si los soldados que dieron materialmente muerte a la víctima pertenecían a un grupo militar organizado con absoluta sujeción al mando, en el que su jefe tenía amplias posibilidades para controlar pormenorizadamente su acción y la de los demás subordinados, dicho jefe o superior al hacer caso omiso de la información básica que conoce de los soldados bajo su mando, como lo es la violencia extrema que sabe emplea en contra de las víctimas el Capitán Caraves, y de los hechos materiales que ocurren directamente ante él, significa que libre y voluntariamente renunció al deber de saberlo, lo que equivale a que teniendo conocimiento de la conducta ilícita de los ejecutores materiales, sabe de la ocurrencia del delito en el curso normal de los acontecimientos; aceptándolo con plena conciencia de tal ocurrencia, por lo que ello le es imputable como acción antijurídica y típica, siendo por lo tanto también tal conducta dolosa, pues no sólo tolera la comisión del hecho ilícito, sino que claramente promueve su realización y todo ello significa expresión de su actuar.

Así, dicho comportamiento del acusado perturba externamente la realidad, al producirse el suceso relevante penalmente, el que se exterioriza plenamente con el actuar de los ejecutores materiales de la muerte, reflejándose entonces la acción de aquél también como comportamiento penalmente relevante y por lo mismo imputable.

Entonces el dolo de autor del acusado se encuentra en que directamente acepta y promueve que las cosas sigan su curso, lo que implica adecuar su voluntad hacia el resultado lesivo, puesto que teniendo pleno conocimiento de los antecedentes de hecho respecto del comportamiento de los sujetos a su cargo, no solo no anula la voluntad de éstos

encaminada a ejecutar materialmente el delito, sino que la tolera y todavía más, con su comportamiento la promueve.

En efecto, la autoría que se examina, es la conducta activa antes descrita, ya que el hacer doloso de los ejecutores materiales del delito fue precedido de otro hacer, consistente en la unidad de propósito de éstos con el superior jerárquico, y se verifica al mostrarse el jefe directo o superior militar, inmediato de aquéllos totalmente conforme con el propósito antijurídico de dichos sujetos.

Todo lo cual se enmarca en el concepto de autoría del artículo 15 N° 1, del Código Penal, esto es, el acusado Donato Alejandro López Almarza, es autor directo, en tanto en el contexto que se dio el delito de homicidio del padre Joan Alsina Hurtos, realiza personalmente la conducta típica, aunque también para su comisión hallan otros autores que realizaron la conducta de disparar contra la víctima, puesto que dicho N° 1 de la disposición penal citada anteriormente, se refiere también o contempla, a los que no actúan en esta última forma, sino que adecuan su conducta voluntariamente, evitando impedir la ejecución del hecho; en efecto, la norma antes referida emplea las expresiones "... sea impidiendo o procurando impedir que se evite"; agente al que también la doctrina nacional, en el estudio de la autoría en general, los encuadra en la categoría de los "autores ejecutores" o "autores materiales".(Alfredo Etcheberry. El Derecho penal en la Jurisprudencia, Tomo II, parte general y parte especial. Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, año 2002, página 1 y siguientes).

DECIMO NOVENO: Que, asimismo, - y tal como lo dijo anteriormente este sentenciador al referirse al delito -, ahora con el propósito de establecer el alcance de la conducta penal exigible al jefe o superior jerárquico de la tropa a su mando y con el fin de determinar los elementos que componen su conducta punible, contenida en la ausencia de órdenes para detener los crímenes que hacían los hombres bajo su mando y fomentando o promoviendo tal conducta ilícita, tal como en verdad ocurrió en el hecho, ello debe hacerse considerando que este delito se encuentra la categoría de crimen en contra de la humanidad o de lesa humanidad, atendida la noción de internacionalidad del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, al cual adscribe Chile, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

Que, en correspondencia con lo anterior, es necesario señalar que la comisión del homicidio se dio en el contexto del ataque de un grupo de militares en la persona del sacerdote Joan Alsina Hurtos, los que pretendían utilizar - a través de la víctima, al darle muerte y dejarla abandonada en el Río Mapocho que atraviesa la ciudad de Santiago - el miedo a una parte de la población civil, de manera calculada y con fines de carácter ideológicos; acción que también se ejecutó en contra de otros desgraciados, según un plan y con un carácter repetitivo e inspirado por ese mismo móvil ideológico, del cual tenían cabal conocimiento tanto el Oficial de Ejército que realizó el ataque por sí mismo junto a sus soldados, como también el superior de dicho Oficial, esto es, el acusado Donato López Almarza, quien sabía que tal aparato montado funcionaba automáticamente, con solo mantener en actividad a este Oficial para que actuara militarmente en contra de los civiles, sin hacer nada para anular su voluntad que le era conocida, sino que por el contrario la promovía.

Entonces el delito - y por ende la responsabilidad del actor - además de estar sancionado por el derecho penal nacional, viola normas del Derecho Internacional que reconocen en ellas a los Derechos Humanos.

Normas de Derecho de carácter internacional que son vinculantes para el derecho interno, en tanto, como se ha señalado con ocasión del delito, se dan los elementos mencionados de lo que se ha definido como crimen en contra de la humanidad, cuya normativa es acogida

de acuerdo con la disposición constitucional antes citada, en relación con el artículo 1º, inciso cuarto, de la misma Constitución Política de la República.

VIGESIMO: Que la defensa del acusado Donato Alejandro López Almarza, por el primer otrosí de su escrito de fojas 666, opuso como alegaciones de fondo la de cosa juzgada, amnistía del Decreto Ley N° 2.191, de fecha 19 de abril de 1978, y la de la prescripción de la acción penal, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, al haberse rechazado como excepciones de especial pronunciamiento, por resolución de fecha catorce de marzo de dos mil cinco, escrita a fojas 707;

La defensa en relación con la excepción de cosa juzgada, argumenta que está prohibida la persecución penal múltiple, luego, respecto del delito de homicidio de Joan Alsina Hurtós, se ha renovado la persecución penal, toda vez que entre esta causa y la rol N° 159.954 – 1, que se siguió ante el Tercer Juzgado del Crimen, existe identidad entre el tipo investigado y también en las dos el acusado López Almarza, tuvo la calidad de imputado, como autor del delito, según consta de la indagatoria prestada en el procedimiento seguido anteriormente, según consta a fojas 173; además, expresa la defensa, el sobreseimiento definitivo que se dictó en esa causa, respecto a Nelson Bañados Pinto, produce efectos de cosa juzgada “erga omnes”, al haber sido beneficiado por la amnistía, en atención que los hechos investigados se encuadran en el artículo 1º del Decreto Ley N° 2191. Además; se señala que sumado a lo anterior, es procedente y corresponde dar aplicación a la amnistía consagrada en el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, en relación precisa con el artículo 93 número 3 del mismo Código. Enseguida fundamenta la prescripción en el hecho que, entre el 19 de septiembre de 1973 y el 31 de julio de 2000, transcurrió con holgura el plazo de prescripción de la acción penal, junto con lo anterior, enfatiza, no existe motivo alguno que haya interrumpido el plazo, según se acredita con el mérito del extracto de filiación y antecedentes de fojas 485. Además, la causa rol N° 159.954 – 1 seguida ante el 3º Juzgado del Crimen de Santiago, se paralizó el día 28 de abril de 1993 y dicha situación se mantuvo por al menos un período de tres años, por lo que es aplicable la norma del artículo 96 del Código Penal, esto es, continúa la prescripción como si nunca se hubiese suspendido.

En cuanto al fondo, la defensa del acusado por un primer aspecto señala que para ser condenado como autor de acuerdo con el artículo 15 N° 1 del Código Penal, se requiere que se encuentre debidamente acreditado en la causa que el sujeto haya realizado actos ejecutivos, por cuanto la norma exige perentoriamente que se debe tratar de intervenir en la ejecución del hecho; la segunda parte del artículo 15 N° 1, sanciona la autoría directa desde un aspecto negativo, en cuanto tales conductas deben encontrarse enderezadas a impedir o procurar impedir la evitación y es preciso que se materialicen en actos incorporados al tipo respectivo.

Que en el caso de autos, se indica, resulta que no existe antecedente alguno en la causa que lleve a concluir que Donato Alejandro López Almarza haya intervenido en la ejecución, ni en su aspecto positivo ni desde el punto de vista de impedir o procurar impedir que se evite.

Que el propio auto acusatorio señala que las conductas materiales las realizaban los subordinados, por lo que no habría coautoría del artículo 15 N° 1 primera parte del Código Penal.

En cuanto a la participación material por la vía de impedir o procurar impedir la comisión del ilícito, se debe tener presente que ello requiere tomar parte directa en la obra común de los coautores por estas vías negativas que señala la norma; aquí, refiere la defensa, es que se requiere tomar parte en la ejecución del hecho y de ello no existe antecedente alguno en la causa.

Asimismo, se agrega, el carácter de toleradas y promovidas de tales conductas son insuficientes para subsumir la conducta en el tipo autoría del artículo 15 N° 1 del Código Penal. Tolerar significa, en su segunda acepción, permitir algo que no se tiene por ilícito, sin aprobarlo expresamente; mientras que promover implica iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro o, en una tercera acepción, tomar la iniciativa para la realización o logro de algo. Ningunas de estas circunstancias están acreditadas en la causa, ni siquiera por la vía de meros indicios. No pasa de ser un mero juicio carente de presupuestos fácticos concretos, debidamente probados, por ello insuficiente para condenar a su representado, sostiene dicha defensa. Y agrega que la sola circunstancia de encontrarse su defendido al mando del Regimiento Yungay, no es suficiente para justificar la imposición como ejecutor de las conductas de los subalternos que formaban parte de dicho destacamento. Esa circunstancia debe estar unida a la prueba de que su defendido dio las órdenes necesarias para proceder a dar muerte al sacerdote Juan Alsina Hurtós; y refiere por este punto que el mando por sí solo podría dar lugar a responsabilidades administrativas o civiles, pero la responsabilidad penal requiere que el sujeto haya actuado en alguna de las formas a que describe el artículo 15 del Código Penal. Esta es una de las garantías del derecho penal moderno, en el cual no es posible el reconocimiento de una responsabilidad penal objetiva, siendo requerido en todo caso que la intervención, sea como autor, coautor o partícipe, se pueda encuadrar dentro de alguna de las figuras contenidas en la norma citada.

Por otro capítulo piensa la defensa del acusado, que la situación que se produjo en la Compañía Andina, es que hubo omisión por causa insuperable por parte de éste y para ello, expresa, en la declaración que rola a fojas 173, su defendido López Almarza sostiene que siendo Mayor de Ejército fue enviado desde San Felipe a la ciudad de Santiago, a cargo del Regimiento Yungay, con la finalidad de controlar el día 11 de septiembre de 1973 y los días siguientes el territorio comprendido entre la rivera Sur del río Mapocho, por el Oriente calle Matucana hasta Estación Central, por el Sur calle Ecuador y por el Norte los límites de la ciudad. El Regimiento se dividió en cuatro compañías: primera, segunda, andina y morteros. La compañía andina se encontraba al mando del Capitán Mario Caraves Silva y los oficiales Sergio Jara Arancibia y Pedro Lovera Betancourt.

Que de acuerdo a lo señalado por el acusado, el Capitán Caraves era de carácter conflictivo, violento en la forma de mandar y actuar, realizando operaciones sin haberlas mandado su superior y que habitualmente recorría áreas que quedan fuera del territorio asignado bajo el resguardo y custodia del Regimiento Yungay; agregando que era un oficial capaz de extralimitarse, narrando incluso un incidente en que obligaba a personas civiles a pasar la lengua sobre sus zapatos.

Enfatiza la defensa que acerca de la personalidad de Caravés existen los siguientes antecedentes en la causa:

Rodolfo Krauss Sánchez, a fojas 313, señala que éste era altanero, arrogante, de una personalidad muy especial, miraba mal al resto de la gente salvo que fuera de su núcleo. Agrega que en el internado Barros Arana se encontraba precisamente la unidad (Compañía Andina) a cargo del Capitán Caravés.

Sergio Jara Arancibia, describe al Capitán Caravés como "...una persona con bastante personalidad, impulsiva, avasalladora..." (fojas 316).

Pedro Lovera Betancourt lo describe como de una personalidad fuerte, era una persona que miraba en menos a los demás ya que se sentía superior a todos aquellos que no tenían una ascendencia ilustre, creía ser descendiente de la raza aria, agregando que por ello no tenía muy buena comunicación y que tenía conflictos con el mayor Donato López (fojas 340).

Jovino Salgado (fojas 349) expresa que tuvo conocimiento que la Compañía Andina a cargo de Capitán Caravés allanó el Hospital San Juan de Dios y debido a que, según se lo habría comentado dicho oficial, le habrían disparado desde el interior del hospital.

José Oyarce Ramírez (fojas 407 y siguientes) lo describe como un tipo calificado de verdugo, además que no tenía buenas relaciones con los soldados provenientes de Santiago. Asimismo, agrega que al sacerdote Alsina lo habrían trasladado hasta el Puente Bulnes y que el soldado Nelson Bañados Pinto (apodado “pata de guagua”), que formaba parte de un grupo selecto del Capitán Caravés, había disparado en contra el sacerdote.

Eduardo Ortiz Casanova, a fojas 416, describe al Capitán Caravés como un tipo malo, de temerle, de características pronazi, le decían “el loco Caraves” y nadie se acercaba a él.

Mario Ortiz González, a fojas 419, lo describe como un sujeto desquiciado y, agrega, que Nelson bañados Pinto pertenecía a su grupo más cercano.

Florencio Olivares Torreblanca, fojas 421, lo describe como de personalidad desquiciada y prepotente, siempre mandando más que los otros capitanes. Incluso señala que fue Caraves quien detuvo de 10 a 12 personas en el Hospital san Juan e Dios, a quienes los trasladó hasta el Internado Barros Arana y mantuvo en una cancha de fútbol bajo su cargo. Agrega que el oficial Caraves tenía por costumbre de concienciar a su compañía, que eran soldados de San Felipe, que tenían que matar a los de Santiago, ya que los santiaguinos estaban matando gente en San Felipe, manteniendo constantemente este predicamento, lo que justificaba los excesos que cometían sus dirigidos.

Se concluye por la defensa que atendida la personalidad del capitán Caravés y las circunstancias que llevaron a la muerte del sacerdote Alsina, que este hecho de no evitar tales actuaciones se debe única y exclusivamente a circunstancias de hechos que estaban fuera del control de Donato López Almarza.

Refiere la defensa que el artículo 10 N° 12 del Código Penal establece que están exentos de responsabilidad penal los que incurrieren en alguna omisión hallándose impedidos por causa insuperable. En la especie no existe antecedente alguno que nos haga pensar que fue López Almarza quien dio la orden de matar al sacerdote Alsina Hurtós y ello parece sostener la acusación de autoría de homicidio al hablar de tolerancia, lo que elimina la posibilidad de que exista una orden directa o indirecta; que la realidad es que López Almarza habría omitido cumplir el deber de vigilar y controlar a sus oficiales subalternos e inferiores, incurriendo en la omisión. Esta atendida las circunstancias de hecho – situación del país y personalidad del capitán Caravés Silva – puede ser catalogada según la defensa como una omisión por causa insuperable. Y se trata, sostiene dicha defensa, de una situación que su representado se encontraba en una verdadera inculpabilidad por ausencia de exigibilidad, ya que la unión de ambas circunstancias excluyeron, en el caso concreto, la exigencia general de obrar conforme a la voluntad del derecho.

Otro antecedente, señala la defensa, que demuestra lo ocurrido con su defendido, es la suerte corrida en su carrera militar, luego de haber sido relevado del mando del Regimiento Yungay; no es normal, refiere, que un oficial sea retirado del mando de su batallón y que a los pocos meses haya pasado a la lista de complemento sin posibilidad de ascender en la carrera miliar, lo que consta de su hoja de vida.

Aseverando además que la explicación la da el propio acusado, quien señala que se le tildó de marxista y de muy débil al tomar decisiones a propósito del 11 de septiembre de 1973.

En seguida, en forma subsidiaria, la defensa del acusado invoca las circunstancias atenuantes de la irreprochable conducta anterior, del artículo 11 N° 6 del Código Penal,

acreditada con su extracto de filiación sin antecedentes penales de fojas 485, y su hoja de vida profesional que rola a fojas 379 y siguientes; además, considerar como circunstancia atenuante muy calificada la hipótesis del artículo 103 del Código Penal; asimismo, solicita se considere a favor del acusado López Almarza la minorante de responsabilidad del artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 12 del mismo Código, parra el caso que el tribunal rechaza que la omisión no ha sido por causa insuperable.

Por último, la defensa solicita que se proceda a recalificar los hechos respecto de su representado de asesinato a homicidio simple, por cuanto no concurre a su respecto la calificación de la alevosía, como tampoco la de premeditación conocida, que no se puede comunicar con la que actuaron los ejecutores Caraves y Bañados, la que por ser personal se debe indagar en cada homicidio y respecto de cada acusado.

En cuanto a la defensa.

VIGESIMO PRIMERO: Que en cuanto a las causales de cosa juzgada, prescripción de la acción penal y amnistía, éstas alegaciones deben ser rechazadas, por los fundamentos que se tuvieron en cuenta al momento de resolver a su respecto, cuando se propusieron con iguales razones como excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Así, respecto de la causal de cosa juzgada, debe tenerse especialmente presente que el sobreseimiento respecto del delito de homicidio del sacerdote Joan Alsina Hurtos, en la causa del rol N° 159.954 – 1, seguida ante el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, lo fue solamente parcial y definitivo respecto al autor inculpado Mario Caraves Silva, por encontrarse su responsabilidad criminal extinguida por su muerte; y, además, a favor el autor inculpado Nelson Vicente Bañados Pinto, por encontrarse extinguida su responsabilidad penal en virtud del beneficio legal de amnistía; en consecuencia, la ejecutoria de tales providencias, de acuerdo a la responsabilidad de los distintos cooperados de un delito, tal como la reprochabilidad que es individual e indivisible, no solidaria ni transmisible a otros, determina que en esta causa dirigida en contra del acusado López Almarza, no se procede en contra de resolución ejecutoriada anterior, si, como en su oportunidad se dijo, la responsabilidad en el campo de la justicia penal es individual y divisible y cada copartícipe responde, independientemente, de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás. Y también, tal como se expuso con ocasión de la excepción previa, sin que altere lo razonado la causal de amnistía como fundamento del sobreseimiento definitivo parcial a favor de Nelson Vicente Bañados Pinto, por cuanto, la misma, tiene el carácter de ser una excepción de carácter “personal”, en tanto extingue a su sólo respecto la pena que debiera corresponderle (Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 9 de septiembre de 1998, Fallos del Mes, Publicación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema, Documento N° 24. Tratados Internacionales. Jurisprudencia de la Corte Suprema. Materia Penal. Garantías Fundamentales (1990 – 2001, página 88).

Además de lo anterior, en cuanto al impedimento perseguibilidad del delito, toda vez que se alega el haber quedado amparada la acción delictiva por la Ley de Amnistía, contenida en el Decreto Ley N° 2.191, de 18 de abril de 1978, ley actualmente vigente, en tanto ésta, en el artículo 1° dispone: “Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan ocurrido en hechos delictuosos durante la vigencia del Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”, ha de considerarse, al igual que en el caso de la prescripción de la acción penal – y además de lo razonado precedentemente respecto de esta última – que la protección de la víctima ante el atentado de que fue objeto, el que formó parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil, de la cual formaba parte, el que estuvo motivado por razones de persecución política, se resuelven por la protección de

derechos de reconocimiento y tutela universal, al haberse dado en ese contexto que permite denominarlo crimen de lesa humanidad.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, lo anterior significa que este delito está reconocido por el Derecho Internacional Humanitario, lo cual implica que los Tratados Internacionales y Principios Generales del Derecho Penal Internacional, reconocidos expresamente en los primeros, que consagran y protegen los Derechos Humanos, plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos, los que constituyen un catálogo del “mínimun ético” en situaciones de conflictos nacionales e internacionales, lo que es aceptado sin discusión por la comunidad internacional, por ello, han pasado a ser parte del “ius cogens” o derecho consuetudinario de la humanidad.

VIGESIMO TERCERO: Que en el caso de Chile estas normas resultan atinentes y son imperativas, con todas las consecuencias que ello implica, en cuanto, como varias veces se ha repetido, el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana” (artículo 5°, inciso segundo); y tal inspiración propia del constitucionalismo actual la garantiza ese mismo inciso segundo de tal disposición al preceptuar que. “es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

VIGESIMO CUARTO: Que lo anterior implica que los Tratados vigentes, que consagran y protegen Derechos Humanos, son de aplicación inmediata y criterio rector de interpretación.

Por ello, los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad penal individual derivada de los crímenes contra la paz, los que consisten en:

- a) Desatar conflictos armados en violación a los tratados internacionales – Carta de las Naciones Unidas -.
- b) Crímenes de guerra, violando las normas del los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o seis Protocolos Adicionales – I y II respectivamente – sobre conflictos internacionales y no internacionales; y
- c) Crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

VIGESIMO QUINTO: Que este mismo juez ha sostenido – determinadamente en la sentencia definitiva de primera instancia, de este rol, episodio “Vidal Riquelme” - en cuanto al Derecho que:

“La penalización de esta clase de conductas se da en la conciencia jurídica universal, luego de verse enfrentada ésta a la necesidad de sancionar los hechos atroces conocidos con ocasión del proyecto y ejecución del plan de exterminar al pueblo judío.

Por esto, al término de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas recurrieron al instrumental jurídico penal internacional, que, como construcción histórica – cultural de la humanidad, permitiera dar cuenta de lo sucedido en términos de justicia.

Que, así, la obligatoriedad en Chile del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos que se crea desde esa época, con todas las consecuencias que ello implica, está dada en cuanto el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental

que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana” (artículo 5º inciso segundo); y tal inspiración propia del constitucionalismo actual la garantiza ese mismo inciso segundo de tal disposición al preceptuar que: “es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Que de ello se colige en forma inequívoca, que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de los crímenes contra la paz, que consisten en desatar conflictos armados en violación a los tratados internacionales – Carta de las Naciones Unidas -, crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales – I y II respectivamente – sobre conflictos internacionales y no internacionales; y crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

Que, debe tenerse presente, en relación con lo anteriormente señalado, que la concreción de tipos penales por conductas lesivas en contra de la humanidad se gestan del literal c) del artículo 6º del “Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que define como crimen contra la humanidad:

A saber, asesinato, exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, ya sea en violación o no del derecho interno del país donde han sido perpetrados.

Que, luego, la obligación de aplicar e interpretar de las leyes penales en ese marco, surge también de los mismos Tratados Internacionales, entre ellos, de la norma del artículo 1º Común de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, norma que nos envía directamente a los Principios Generales del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos.

Que, por el mismo orden de cosas, la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido la afectación para nuestro Derecho Penal de los Principios de Derecho Internacional referidos, determinadamente, en cuanto a la naturaleza de delitos contra la humanidad.

Que, en efecto, “ en Extradición de Guillermo Vilca, la Corte Suprema declara que, a falta de tratado y de conformidad con los principios de derecho internacional, procede pedir al Perú la extradición de un reo acusado de homicidio, “delito grave contra la humanidad y que compromete el orden y la tranquilidad social”. Similar punto de vista sostiene en Extradición de Manuel Jesús Huerta, donde se decide que procede solicitar de Argentina la extradición de un ciudadano chileno condenado por violación, “porque se trata de un delito contra el orden de las familias y la moralidad pública que todos los pueblos tienen interés en castigar”. Ambos casos son de 1929. Con anterioridad la Corte Suprema había fallado en Extradición de José Colombi y Otros que no procede pedir a Cuba la extradición de dos procesados por los delitos de estafa y falsificación, ya que, según los principios del derecho internacional, a falta de tratado solamente procede solicitar la entrega de los reos que se han hecho culpables de delitos contra la humanidad y que causan alarma a la tranquilidad social, y en Extradición de Pantaleón Gómez y Otros, que es improcedente solicitar a la República Argentina la extradición de un reo procesado por estafa, ya que según los principios del derecho internacional procede la extradición “por los delitos contra la humanidad o que atentan contra la tranquilidad social”, entre los cuales no se encuentra la estafa (además, se agrega, se trataría de un simple delito y no de un crimen sancionado con penal corporal). Los dos casos datan de 1928.” (Alfredo Etcheberry. El Derecho Penal En

la Jurisprudencia. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición año 2002, Páginas 38 y 39).-

Que, de este modo, en cuanto a la obligatoriedad de las normas respecto a la imprescriptibilidad y no aplicación de leyes de amnistía como Principio General del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, reconocido por la Constitución en la forma que se ha señalado en los fundamentos anteriores, aparece tangible para los Estados Partes de las Naciones Unidas, por la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, la que en su preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre extradición y el castigo de los criminales de guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 11 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se han previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativa a la prescripción de delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; convienen en lo siguiente:

Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si éstos actos no constituyen una violación para el derecho interno del país donde fueron cometidos.

Que, el instrumento anterior no ha sido ratificado por Chile, sin embargo, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, en cuyo contexto se han dado los de autos, proviene de la hermenéutica jurídica que obligatoriamente debe emplearse al interpretar esta materia, en la que el intérprete del Derecho debe considerar, tal como desde siempre lo ha señalado nuestro más alto Tribunal, de que si se trata de “delitos contra la humanidad”, rigen “los Principios del Derecho Internacional”, como categoría de norma de Derecho Internacional General (“ius cogens”), conforme al acervo dogmático y convencional universal y de la aceptación en la práctica de los tribunales nacionales miembros de las Organización de las Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

En efecto, conforme a tales aspectos (acervo dogmático, convencional universal, aceptación en la práctica de los tribunales nacionales de los Estados Partes de la Organización de las Naciones Unidas, y tribunales internacionales con jurisdicción sobre crímenes de lesa humanidad) actualmente se debe reconocer la imprescriptibilidad de estos

crímenes no sólo como Principio Internacional, sino como una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público; norma que, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena Sobre Derechos de los Tratados, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981, no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Que, lo anterior permite concluir que hay entonces una prevalencia de la norma internacional de Derecho Internacional General, que determina que son incompatibles con ésta las leyes de amnistía y de prescripción invocadas respecto de los hechos delictivos establecidos en autos.

Que, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, en la forma siguiente:

”41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...)

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8º y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8º y 25 en concordancia con los artículos I. I y 2º de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

(...).

48. Pese a lo anterior; en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen los artículos 8º y 25 de la Convención”. (Novedades Jurisprudenciales. Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional N° 2, Enero – Marzo, 2003, Bogotá, Colombia Editorial Legis, año

2003).” (Sentencia de Primera Instancia, Causa Rol número 2182 – 98, episodio Vidal Riquelme).

VIGESIMO SEXTO: Que, entonces, ya no existen dudas sobre la existencia del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, el que los protege y sanciona las violaciones de éstos, lo que es vinculante para Chile, conforme a las normas atinentes de la Constitución Política de la República analizadas precedentemente, lo que determina, asimismo, su aplicación inmediata y es medio rector de interpretación e implica, respetando tales reglas del derecho penal internacional humanitario, que a este delito no le resultan pertinentes las reglas de prescripción de la acción penal y de amnistía.

VIGESIMO SEPTIMO: Que, en cuanto a las peticiones de la defensa de absolución, por no ser autor Donato Alejandro López Almarza del delito de homicidio de Joan Alsina Hurtos, primero, por no encontrarse acreditada la participación del acusado en ese delito, o en subsidio, por falta de culpabilidad, por haber existido una causal de exención de responsabilidad penal por causa insuperable, y por último la petición de recalificación al delito de homicidio simple, estas alegaciones se rechazan, con el mérito de lo razonado extensamente en los considerandos precedentes, con ocasión del delito y de la reprochabilidad de la conducta del acusado.

En efecto, está acreditada la autoría del acusado López Almarza, si se razona que este delito no ha sido la obra de una sola persona, sino que en dicho acontecimiento concurrieron varias, conforme al contexto del delito, primero, aquellas que personalmente dieron muerte a la víctima, conjuntamente con la conducta del acusado que expresamente describe el artículo 15 N° 1 del Código Penal, respecto de los que toman parte en la ejecución del hecho, sea impidiendo o procurando impedir que se evite el delito. De esta forma, la norma penal transcrita si bien no define la autoría, adopta conceptos claros de la estructura lógico objetiva de la conducta que la conforma, la que respecto de la del acusado se da plenamente en este caso.

VIGESIMO OCTAVO: Que, por otro aspecto, la defensa citando las declaraciones de los soldados antes transcritas en el motivo VIGESIMO de este fallo, señala que no hubo voluntad de cometer delito alguno de parte de su defendido López Almarza, por cuanto, hubo de parte suya una “omisión por causa insuperable”, pues la no evitación de las conductas criminales de los hombres bajo su mando, en especial del Capitán Mario Caraves Silva, a cargo de la “Compañía Andina”, conductas que: “no podían sino obedecer a la personalidad del oficial que se encontraba a cargo de ella”. Concluyendo que se trataba de un oficial: “desquiciado, un verdugo, “el loco Caraves”, prepotente, altanero, mirador en menos, pronazi, impulsivo, avasallador, etc”, atendidas: “las circunstancias vividas en los días siguientes al 11 de septiembre de 1973”, estaban fuera de su control; e invoca el artículo 10 N° 12 del Código Penal, que establece que están exentos de responsabilidad penal los que incurrieren en alguna omisión hallándose impedidos por causa insuperable.

Sin embargo, tal circunstancia eximente de responsabilidad criminal el tribunal la rechaza, porque no resultan suficientes tales dichos de los soldados para estimar que la personalidad o carácter del oficial en cuestión, se haya traducido para su superior jerárquico, el acusado López Almarza, en una fuerza que haya dado lugar a una omisión, esto es, a no realizar las conductas propias del mando o que por ello careció de capacidad psíquica para actuar, puesto que el delito no se produjo o deriva de tal falta de capacidad de López Almarza, por las conductas o acciones del oficial Caraves, sino que, tal como se ha analizado con ocasión de la responsabilidad penal del acusado, el actuar de Caraves y sus hombres se tolera y se procura por el acusado, conforme a los designios criminales que lo guían. Por cuanto, tales acciones no son ajenas a la voluntad del acusado, ni los hechos que se desarrollan directamente ante su presencia, tanto en el recinto que ocupa su regimiento, como los que se suceden en las calles aledañas donde su tropa actúa bajo su orden.

VIGESIMO NOVENO: Que, además, se rechaza la circunstancia atenuante de responsabilidad penal alegada por la defensa de Donato Alejandro López Almarza, del artículo 11 N° 1, del Código Penal, en relación con la eximente del artículo 10 N° 12, del mismo Código, si tal como se ha analizado en el considerando anterior, no existen en autos antecedentes, atendida la especial modalidad en que se cometió el delito, que permita establecer la existencia de la eximente de responsabilidad penal invocada; luego, al no tener este supuesto de inimputabilidad determinados requisitos diferentes, básicos y previos antes de su perfeccionamiento, ello no permite acoger la circunstancia atenuante alegada del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con la eximente del artículo 10 N° 12 del mismo Código.

TRIGESIMO: Que, en cambio, procede acoger la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal de la irreprochable conducta anterior del acusado Donato López Almarza, prevista en el artículo 11 N° 6, del Código Penal, establecida en autos con los antecedentes de su extracto de filiación penal, que rola a fojas 485, en el que no se contienen otros antecedentes penales.

TRIGESIMO PRIMERO: Que, a la vez, cabe aplicar plenamente el párrafo segundo del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sustenta el Principio de Humanidad en materia Penal, aplicable en este caso, en cuanto a considerar respecto Que también cabe considerar, a favor del acusado López Almarza, como motivo de disminución de las penas, teniendo presente dicho principio de humanidad en material penal y evidentes razones de justicia, atendido el tiempo transcurrido, conforme al artículo 103, en cuanto este artículo no es supuesto de inimputabilidad, sino sólo de circunstancias atenuantes muy calificadas, de considerar a los hechos como revestidos de dos o más de ellas y de ninguna agravante.

En cuanto a la acción civil.-

TRIGESIMO SEGUNDO: Que la abogada doña Fabiola Letelier del Solar, en la representación que inviste como apoderada de doña María Alsina Hurtos, hermana de la víctima Joan Alsina Hurtos, por el primer otrosí de su escrito de fojas 573, presenta demanda civil de indemnización de daños y perjuicios en contra del acusado y emanado civil Donato Alejandro López Almarza y del Fisco de Chile, representado legalmente por la abogada Clara Szczeransky Cerda, en su calidad de Presidente del Consejo de Defensa del Estado, estos últimos domiciliados en calle Agustinas 1.687 de Santiago.

Sostiene la compareciente, abogada señora Letelier del Solar, que el sacerdote y trabajador de la salud Joan Alsina Hurtos se encontraba el día 19 de septiembre de 1973, cumpliendo sus funciones en el Hospital San Juan de Dios en Santiago, donde se desempeñaba como Jefe de Personal; que alrededor del medio día es detenido, procediendo sus aprehensores a golpearlo desde instante, siendo sometido a interrogatorios para ser posteriormente trasladado en un jeep militar hasta el Internado Nacional Barros Arana, utilizado en ese entonces como campamento de detenidos; en esas condiciones, se le mantuvo secuestrado junto a otras personas, en contra de las cuales también se habían dirigido acciones de persecución.

Que luego de tales padecimientos, el padre Joan Alsina fue ejecutado sobre el río Mapocho, en el Puente Bulnes, mediante ametrallamiento llevado a cabo por militares, los que enseguida, arrojan su cuerpo a las aguas de dicho río que atraviesa la ciudad de Santiago; apareciendo su cuerpo sin vida en la morgue del Servicio Médico Legal, presentando su cuerpo siete impactos de bala, lo que se encuentra acreditado en autos. De los que queda en

evidencia que los partícipes del secuestro torturas y homicidio del padre Joan Alsina Hurtos, fueron agentes del Estado, miembros del Ejército de Chile.

Se agrega que la demandante ha sufrido un grave perjuicio de tipo moral, afectando la integridad física y psicológica del entorno familiar inmediato cuyos vínculos afectivos se vieron quebrantados por la muerte de su hermano.

Se indica que la responsabilidad civil emana de la participación directa en el ilícito generador del daño causado por el acusado Donato López Almarza, y la responsabilidad del Estado de indemnizar a la querellante por los perjuicios morales sufridos con ocasión del homicidio calificado de Joan Alsina Hurtos emana del Derecho Público y tiene su fundamento normativo en la Constitución Política del Estado en la Ley N ° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado y en el Derecho Internacional.

En definitiva se solicita se tenga por interpuesta la demanda de indemnización de perjuicios por el daño moral causado, en contra del acusado Donato López Almarza y en contra del Fisco de Chile, y en definitiva aceptarla en todas sus partes, condenado a los demandados a pagar solidariamente a doña María Alsina Hurtos la suma de \$ 300.000.000 (trescientos millones de pesos), como indemnización por el daño moral causado, y al pago de las costas de la causa.

TRIGESIMO TERCERO: Que el Fisco de Chile, contestando a fojas 637, ante la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta, representado legalmente por la Presidente del Consejo del Estado doña Clara Szczaransky Cerda, opuso la excepción procesal de incompetencia absoluta del tribunal y en cuanto al fondo el Estado de Chile, controvierte íntegramente y totalmente los hechos señalados en la demanda de autos, es decir, conforme al artículo 1698 del Código Civil, niega categóricamente y desde luego todo lo expuesto por la demandante acerca de la existencia y consecuencias del homicidio calificado del ofendido Joan Alsina Hurtos; alega, además, en subsidio de la excepción formal, la prescripción de la acción, la inexistencia de la responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado, la improcedencia de la indemnización solicitada en el evento de haber sido la demandante indemnizada en conformidad a la Ley N ° 19.213; el monto exagerado de la indemnización que se demanda, y, por último expone que el daño debe ser legalmente acreditado.

TRIGESIMO CUARTO: Que, en cuanto a la incompetencia del tribunal, el demandado el Fisco de Chile sostiene que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, este tribunal carece de competencia para conocer de la demanda civil de autos por cuanto su conocimiento corresponde privativamente a los tribunales con competencia civil, según aparece del texto del citado artículo y de la historia fidedigna de su establecimiento; aseverando que la última gran reforma que modificó ese Código vigente en la región metropolitana fue la de la ley 18.847, de diciembre de 1989, y en ella se limitó la amplitud y extensión que la acción civil tenía dentro del proceso penal con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esa ley.

Se señala que los requisitos para que el juez del crimen correspondiente sea competente para conocer de la acción civil deducida dentro del proceso penal son: la acción civil que debe fundarse en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por la conducta de los procesados, y que el juzgamiento de la pretensión civil del actor no puede extenderse a hechos ajenos a las conductas que constituyen el hecho punible, teniendo en cuenta, argumenta el Estado, que éste es la cara adjetiva o visión procesal de la tipicidad penal.

En síntesis, se indica por el Fisco que el juez del crimen se encuentra inhabilitado por falta de competencia absoluta para conocer de acciones civiles indemnizatorias que proceden de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad.

Señala el Estado que, al resolver la procedencia de acoger o rechazar la acción civil deducida en este proceso en contra del Fisco de Chile, no podrá el tribunal decidir sobre la base de juzgamiento de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, como exige el artículo 10, inciso final, del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, señala, si se examina el libelo indemnizatorio deducido en autos en contra del Fisco, éste se funda en los artículos 1º, 4º, 6º, 7º, 9º y 38, inciso segundo de la Constitución Política de la República de 1980, y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Se enfatiza que, de dichas normas y de lo expuesto en el libelo, se demanda al Fisco de Chile una indemnización basada en un sistema de responsabilidad directa, orgánica, objetiva, calificada como imprescriptible, y donde no interesa el dolo o culpa del accionar del Estado. Este sistema es distinto y autónomo de la responsabilidad civil extracontractual que gobernaría la obligación de responder de los procesados por el daño causado, en el caso que ellos hubieran sido demandados en este juicio.

Se dice que el Estado puede causar un perjuicio por una falta de servicio público, cuyo sustento no se encuentra en el dolo o culpa, sino que emerge en otras situaciones que la doctrina administrativa acepta como constitutivas de falta, verbigracia, cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona tardíamente. De esto se desprende que los fundamentos de la acción civil debe descansar en los principios jurídicos de que la acción interpuesta es una acción constitucional de reclamación en contra de la Administración del Estado; el fundamento de la responsabilidad perseguida es una falta de servicio; la acción civil obligará a juzgar y determinar si el servicio público no funcionó, funcionó mal o lo hizo tardíamente; los perjuicios de la víctima son imputables a la Administración del Estado por funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos; y se trata de una responsabilidad directa del Estado.

Por lo tanto, concluye el demandado, su supuesta responsabilidad deberá buscarse en hechos extraños al comportamiento de los autores, cómplices y encubridores del delito imputado, por lo que el enjuiciamiento se extendería entonces a extremos distintos de los propios de la norma prevista en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, excediéndose de la limitación impuesta por el legislador procesal de la Ley N° 18.857.

En cuanto al fondo - en subsidio de lo anterior – El Estado opone la excepción perentoria de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios, fundada en la responsabilidad extracontractual del Estado, solicitando sea consiguientemente rechazada la demanda de autos, con costas.

Se señala que la demanda persigue la responsabilidad extracontractual del Estado de Chile por el secuestro y muerte de don Joan Alsina Hurtos, efectuada el día 19 de septiembre de 1973.

Enseguida, en conformidad al artículo 2332 del Código Civil, la acción de indemnización de perjuicios ejercida en autos tiene un plazo de prescripción especial de cuatro años, contados desde la perpetración del acto que causa el daño. De este modo, si el hecho – al tenor de la demanda – habría ocurrido en ese día y el escrito que contiene la demanda civil fue notificado el 29 de noviembre de 2004, el plazo de prescripción establecido en la disposición especial citada, se encontraría en exceso cumplido al haber transcurrido más de treinta años desde la perpetración del acto que causa daño, por lo que deberá acogerse la extinción de la acción alegada y, en consecuencia, disponer el rechazo íntegro de la demanda de autos.

Al respecto, cita la parte demandada la Jurisprudencia emanada del la Excm. Corte Suprema, la que conociendo de un recurso de casación en el fondo, deducido en el juicio “Domic Besic, Maja y otros con Fisco de Chile”, acepta la prescripción de las acciones en los términos que transcribe, la que acoge ésta en materia de Derecho Público; enfatizando el Estado demandado que la sentencia citada se ocupa de desvirtuar la afirmación que, en ese juicio se hizo por los demandantes, en orden a que el carácter de imprescriptible de la acción de indemnización por la responsabilidad extracontractual del Estado en materias de Derecho Público se encuentra también en el llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos; sentencia donde se expresa que tales normas internacionales tampoco impiden la aplicación de las reglas de la prescripción extintiva en materias como ésta.

Por otro aspecto el demandado Fisco de Chile sostiene que, sin perjuicio de estar prescrita la acción de indemnización de perjuicios interpuesta por la actora de acuerdo con lo señalado precedentemente, en subsidio de lo anterior, alega la inexistencia de un régimen objetivo e imprescriptible de responsabilidad del Estado en los términos expuestos en la demanda civil, razón por la que deberá rechazarse la acción civil interpuesta.

Sostiene que se invocan un conjunto de normas constitucionales y legales otorgándoles un sentido y alcance que nunca tuvo presente el legislador y que no resiste análisis lógico alguno, negándole aplicación a las normas del Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, por el carácter de derecho público de dicha responsabilidad, lo cual carece de todo fundamento.

Que en efecto - señala -, la Carta de 1980 como la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pilares de la construcción artificiosa del actor, son de vigencia muy posterior a la fecha de los hechos de la demanda, por lo que no corresponde invocar estos textos normativos ni aplicarlos retroactivamente a estos hechos.

Que la legislación aplicable a los hechos ocurridos en 1974 corresponde a la Constitución Política del Estado de 1925, vigente a la época en que ocurrieron los hechos, la que no contenía disposición alguna que permitiera accionar por responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual las acciones de esa especie estaban reguladas por las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Que la Corte Suprema, en el fallo antes, citado analiza pormenorizadamente las disposiciones de la Constitución Política de 1925, y algunas leyes dictadas bajo el imperio de ese cuerpo que le llevan a concluir la ausencia de responsabilidad objetiva, con el efecto ilustrador de que son éstas y no otras, las que regulan la responsabilidad del Estado por hechos ocurridos bajo su vigencia.

Que no obstante la aplicación de las antiguas normas jurídicas que estaban vigentes al momento en que los hechos ocurrieron, señala el Fisco demandado, los principios básicos de la responsabilidad estatal se encuentran, al día de hoy, contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, de 1980. Estas normas invocadas por el actor, entregan su regulación y aplicación, en sus incisos terceros, al legislador expresando claramente que la responsabilidad que se origina y sanciona es “la que la ley señala”. Por otra parte, de la lectura de dichos preceptos fluye con claridad que tal responsabilidad surge sólo cuando los órganos no someten su acción a la Constitución y a las leyes o actúan fuera de su competencia, atribuyéndose otra autoridad o derechos que no le han sido conferidos por el ordenamiento jurídico o contraviniendo las leyes, es decir, suponen una conducta antijurídica. Lo anterior excluye desde ya la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado.

Asevera el demandado que la demandante invoca para fundar la responsabilidad objetiva del Estado el artículo 38 inciso segundo, de la Carta, dándole un sentido y alcance que no tiene. En efecto, expresa, esta norma antes de su reforma en 1989 señalaba que cualquier

persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales del contencioso administrativo que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño. Agrega el Fisco demandado que de ello resulta que el constituyente, a través de esta norma, estableció una jurisdicción especial para los asuntos contencioso administrativos, considerando que por su naturaleza tales asuntos no quedaban comprendidos en las causas civiles y criminales de conocimiento de los tribunales ordinarios. Esta norma su objeto sólo fue, asegura, la creación de los tribunales contencioso administrativos.

Enfatiza que debido a que nunca se dictó la ley que creaba esta jurisdicción especial, el año 1989, con motivo de la reforma constitucional, se suprimió la existencia de los tribunales contencioso administrativos, pero se mantuvo el postulado de la especialidad de los asuntos contenciosos administrativos, entregando al legislador la facultad de determinar soberanamente en qué tribunales – los ordinarios u otros – debía quedar radicada la competencia para conocer de los mismos.

Por lo tanto, a juicio del demandado, queda claro por la redacción final de la norma referida, esta contiene sólo una regla de jurisdicción y de competencia para los asuntos contenciosos administrativos.

Expresa que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado de Chile, se encuentra establecido de manera general en el artículo 44 del Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653 que fija el texto de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la administración del Estado, y que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal., La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, ya que para que opere se requiere la “culpa del servicio”, es decir, debe darse un mal funcionamiento del servicio, un funcionamiento tardío o la ausencia del mismo. Lo anterior descarta la idea de responsabilidad objetiva, en la que sólo se exige para que opere que se acredite la relación de causalidad entre el hecho y el daño, siendo indiferente la existencia o inexistencia de culpa o dolo.

Lo anterior, manifiesta el demandado civil, no es contradictorio con lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653, de que las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad, quedan excluidas de la aplicación del artículo 42 de la misma ley, lo que hace necesario determinar la normativa aplicable al caso concreto. Y dado que las respectivas leyes orgánicas de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, no regulan esta materia, corresponde recurrir al derecho común.

Advierte el Estado demandado que el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual se encuentra contenido en el Código Civil, en el libro IV, Título XXXV denominado “De los delitos y cuasidelitos”, artículos 2314 y siguientes. De acuerdo a estas normas de responsabilidad extracontractual esta es de carácter subjetiva, lo cual guarda relación con el artículo 42 del Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653, que como señaló contiene un sistema de responsabilidad subjetiva fundada en la falta de servicio.

En este caso, añade, se trataría de una acción indemnizatoria destinada a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado conforme al mencionado Título XXXV, del Libro IV del Código Civil, y para que ella opere se requiere que el acto u omisión dañoso haya sido ejecutado por alguno de los órganos en los que reside la voluntad del Estado, que estos órganos hayan actuado dentro el ejercicio de sus funciones y que hayan actuado con culpa o dolo. Según ya se señaló, le son aplicables las normas del Código Civil citadas y es por tanto plenamente aplicable la norma sobre prescripción del artículo 2332 del Código Civil, que fija en cuatro años el plazo en que prescribe la acción reparatoria del daño, y en el evento que sea rechazada esa excepción, la actora deberá probar cada uno de los requisitos de la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Cita el Estado demandado nuevamente el fallo “Domic y otros con Fisco de Chile”, expresando que la Corte Suprema señaló en el considerando noveno que “con todo, de las disposiciones de los artículos 20 y 42 N° 2 de la Constitución de 1925 mencionadas en los motivos anteriores, aparece que la indemnización que podría reclamar un individuo absuelto o sobreseído definitivamente o la reclamación por un acto de un Ministro de Estado, debería corresponder a perjuicios sufridos “injustamente” por el afectado y que las reclamaciones ante los tribunales administrativos señalados en el artículo 87 debían interponerse respecto de actos o disposiciones “arbitrarias” de autoridades políticas o administrativas. De esta suerte, ninguna de esas normas contempló una responsabilidad estatal objetiva...”.

Concluye el Estado demandado, que no existe un régimen de responsabilidad del Estado de carácter objetivo e imprescriptible como pretenden los actores.

Por otro capítulo, el Fisco alega que la indemnización solicitada es improcedente para el caso que se acredite que la parte demandante lo ha sido ya en conformidad a la Ley N° 19.213, volviendo al efecto a citar el fallo antes aludido que así lo entiende.

En subsidio, por otro aspecto, el Fisco para el caso que se desechen las anteriores excepciones, y se decida acoger la demanda de autos, opone como alegación y defensa el exagerado monto de la indemnización demandada. Que no se conoce en Chile un fallo que – incluso respecto de hechos de mayor gravedad e impacto social – haya fijado montos de indemnización tan altos como el que pretenden los demandantes en este juicio, por el daño moral tolerado. Muy por el contrario, los montos fijados ordinariamente por los tribunales nacionales por este concepto han sido significativamente menores; una indemnización concordante con esa jurisprudencia de ser procedente no debiera ser mayor a la centésima parte de la cantidad demandada.

Se dice que en los casos de muerte, los tribunales han fijado cantidades significativamente menores al monto demandado.

Mencionando al respecto el caso Bello con Calvo”, en que la Corte Suprema fijó la suma de 4 millones a cada hijo por la muerte del padre (Fallos del Mes N° 437, 1995, página 210; el caso “Galaz con Lizana”, en que se fijó a cónyuge e hijos una indemnización de 8 millones (Fallos del Mes N° 427, 1994, página 344); y en la causa “San Román con Fisco”, la Excm. Corte Suprema fijó en la sentencia de 18.06.98, l suma de 25 millones por la muerte de su cónyuge, aunque eximió de responsabilidad al Fisco de Chile.

Además, agrega, la capacidad económica del demandado no autoriza para aumentar la indemnización, según lo ha resaltado la doctrina nacional (Alessandri R., Arturo “De la Responsabilidad Extracontractual”, Santiago 1943, página 565) y la Corte Suprema (en RDJ. Tomo 65, sección 4°, página 323).

Recalca el Fisco de Chile que la aflicción y el dolor deben compensarse con una suma razonable y prudente para lograr la finalidad puramente satisfactoria de la indemnización, que nunca será una sanción ni un lucro, y como se dijo, con absoluta prescindencia de la fortuna del responsable, que en caso del Estado de Chile, comprometería el patrimonio público – al que contribuyen todos los chilenos – y que siempre es insuficiente para atender muchas necesidades públicas.

Por último, el Fisco expresa que el daño moral debe ser legalmente probado, sin que sea posible suponer el menoscabo que la parte demandante haya podido sufrir en sus condiciones personales, psíquicas o morales, por ello los actores deberán probar sus afirmaciones.

TRIGESIMO QUINTO: Que, por el segundo otrosí del su escrito de fojas 666, la parte demandada civil de don Donato López Almarza contesta la demanda interpuesta en su contra solicitando su rechazo, con costas; oponiendo en primer término la excepción de prescripción de la acción civil; en subsidio, pide que se declare improcedente la acción civil, debido a que la demandante se encuentra beneficiada con una pensión vitalicia y otras prestaciones o beneficios otorgados por la Ley N° 19.123 y, por último, en subsidio se alega que la suma solicitada a título de indemnización de perjuicios resulta desproporcionada.

TRIGESIMO SEXTO: Que de conformidad al artículo 428 del Código de Procedimiento Penal, el ejercicio de las acciones civiles en el plenario se efectúa por medio de una demanda, la que deberá cumplir con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil; y el querellante deberá interponer su demanda civil, en la oportunidad que la misma disposición señala.

En consecuencia, se desprende que quien interpone la demanda civil debe ser el querellante, y de la consideración precedente, según aparece del expediente, resulta que la querrela de fojas 2 de autos, no fue proveída como tal, por cuanto, la resolución de primero de octubre de dos mil dos, escrita a fojas 13, decretó en cuanto a ella:

“Hágase coincidir la suma con el cuerpo del escrito, sin perjuicio y actuando el tribunal de oficio, instrúyase sumario y despáchese orden simple de investigar que cumplirá el Departamento V “Asuntos Internos” de la Policía de Investigaciones a objeto de determinar la veracidad de los hechos denunciados en la presente querrela.

“Oficiese a la Fundación Archivos de la Vicaría de la Solidaridad, a objeto remita declaraciones juradas existentes en dicho organismo sobre la situación de Joan Alsina Hurtos.

“Rol N° 2.182 – 98 Joan Alsina.

“Proveyó don Juan Guzmán Tapia, ministro de fuero.”

TRIGESIMO SEPTIMO: Que, de este modo, se constata que el tribunal en su oportunidad no dio curso a la querrela como tal, por defectos en la forma de interponerla, los que nunca fueron corregidos posteriormente por quien interpuso la querrela; y dándose cuenta al tribunal en la misma de un delito de acción pública, el juez la consideró una denuncia para los efectos de decidir la iniciación del sumario.

Por ello teniendo presente el tribunal, para los efectos que interesan en el capítulo civil de este juicio, que la demanda civil se ha interpuesto por la demandante como querellante, calidad que no tiene de acuerdo con lo expuesto, ello permite también concluir que, en este caso, no existe un elemento esencial de la contienda civil, como lo es la existencia de partes del juicio, concepto este último según se desprende del texto del artículo 1° del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo razonado anteriormente la demanda civil de autos debe ser rechazada, por lo que resulta inconducente referirse a las contestaciones de los demandados civiles de autos.

Y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 5 inciso 1° y 817 Código de Procedimiento Civil; 1°, 3°, 14, 15 n° 1, y 2°, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 32, 39, 50, 68, 69, 79, 80, 86, 103, 191 N° 1 del Código Penal; 10, 108, 109, 110, 111, 457, 458, 464, 471,

474, 477, 478, 488, 500, 501, 502, 503, 504, 505, y 533 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

A.- En cuanto a lo penal:

Que se condena a Donato Alejandro López Almarza, ya individualizado, a sufrir la pena privativa de libertad de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio calificado de Joan Alsina Hurtos, sacerdote católico, de nacionalidad española, hecho ocurrido en horas de la noche del día 19 de septiembre de 1973, luego de ser sacada la víctima del lugar de detención y trasladada hasta el Puente Bulnes, sobre el río Mapocho de esta ciudad de Santiago, donde se le da muerte.

Que no se le concede al sentenciado Donato Alejandro López Almarza, alguno de los beneficios alternativos a la pena privativa de libertad impuesta, por lo que la deberá cumplirla efectivamente, y se la contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los nueve días que permaneció detenido, del 16 al 24 de agosto de 2004, según consta de las certificaciones de fojas 466 y 480, respectivamente.

En cuanto a lo civil:

Que se rechaza la demanda civil interpuesta por el primer otrosí el escrito de fojas 573, por la abogada señora Fabiola Letelier del Solar, en representación de la señora María Alsina Hurtos, en contra de los demandados civiles Donato Alejandro López Almarza y Fisco de Chile, por no existir el elemento esencial de toda contienda civil de ser parte la demandante, al no haber ella dado cumplimiento a lo ordenado a fojas 13, para proveer la querrela.

Regístrese, notifíquese y consúltese si no se apelare.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Rol N° 2.182 – 98 (Joan Alsina Hurtos).-

Dictada por don Jorge Zepeda Arancibia, Ministro de Fuero.