

Santiago, siete de enero de dos mil quince.

**Vistos:**

En estos antecedentes Rol de ingreso N° 25.639-14 de esta Corte Suprema, por sentencia de veinticuatro de junio de dos mil catorce, escrita a fs.294 y ss., dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria, don Mario Carroza Espinoza, se decretó el sobreseimiento definitivo de la causa, por prescripción de la acción penal.

La referida sentencia fue apelada por la apoderada del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, recurso del que conoció una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por fallo de cuatro de agosto de dos mil catorce, que se lee a fs. 325, resolvió confirmar la sentencia apelada.

Contra esta última decisión se interpuso recurso de casación en el fondo en representación por la misma parte recién señalada, el que se ordenó traer en relación por decreto de fs. 359.

**Y considerando**

**Primero:** Que el recurso de casación en el fondo interpuesto se funda en la causal sexta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 408 N° 5 del mismo texto legal, denunciándose como normas infringidas los artículos 7, 14, 15 N° 1, 93 N° 6, 94, 95 y 391 N° 2 del Código Penal.

Explica el recurrente que la sentencia incurre en dos errores jurídicos, primero, en considerar que los hechos que da por acreditados no se hallan dentro de los descritos como delitos de lesa humanidad, conforme al artículo 7° del Estatuto de Roma, y que, por lo mismo no cabe la imprescriptibilidad; y, segundo, por no aplicar lo establecido en el artículo 6° del Estatuto del Tribunal de Núremberg, en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el

Estatuto y por las sentencias del referido Tribunal, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1946, y en la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad de 1968, en cuanto estos instrumentos definen los delitos de lesa humanidad, dentro de los cuales se circunscriben los hechos de la presente investigación, estableciendo la imprescriptibilidad de la acción penal para su persecución, siendo normas que poseen un valor universal por ser consideradas de *ius cogens*, violando con esto, además, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que define las normas imperativas de Derecho Internacional.

Refiere el recurrente que lo que no es consignado en la resolución de primera instancia, pero sí consta en el proceso militar instruido por el 2do. Juzgado Militar de Santiago, que los agentes estatales no fueron considerados responsables de delito alguno, ya que fueron sobreseídos con fecha 18 de octubre de 1977, en razón de lo dispuesto en el artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, lo cual pone de manifiesto que su actuar, o bien fue ordenado, o bien, al menos contó con el beneplácito o tolerancia de los responsables de diseñar e implementar esta política estatal de control del orden público.

Defiende además que los hechos referidos en el fallo no son casuales ni accidentales, no se trata de un suceso aislado o puntual, sino que forman parte de la ejecución de una "política de Estado" de control del orden público, que es contraria a los derechos humanos, y que constituye un "ataque generalizado" (o indiscriminado) a la población civil, por lo que se debe considerar un crimen contra la humanidad, puesto que Castillo Arcaya fue víctima civil, inocente, no de un hecho aislado, sino de uno que se enmarca en un ataque generalizado a

la población civil que respondía a una política de Estado de control del orden público, contraria al derecho a la vida.

Luego, el recurrente repasa la normativa aplicable sobre los Crímenes contra la Humanidad, en particular el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, los Principios II y VI de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Asimismo, para efectos interpretativos, el recurrente examina el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado por Naciones Unidas en el año 1996, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y los artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.357 de 18 de julio de 2009.

De la revisión anterior, el compareciente concluye que el elemento que distingue el delito contra la humanidad del delito común, no está dado solamente por la gravedad de las conductas y su ofensa a toda la humanidad, sino además y especialmente -después de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad-, *“por elementos de contexto más generales, que vinculan a cada delito concreto con un ‘ataque generalizado o sistemático’, el cual ha de obedecer a una ‘política de Estado’”*.

En relación a la hipótesis de ataque generalizado o indiscriminado, el impugnante analiza la normativa que impuso el Estado de Sitio en Chile durante el período posterior al 11 de septiembre de 1973 (D.L. N° 3 de 1973, D.L. N° 640, D.L. N° 1009 de 1975, y Constitución Política de 1980),

manifestando que, aun en situaciones de emergencia, jamás se autoriza a los agentes estatales a privar del derecho a la vida de sus conciudadanos, siendo la facultad de suspender el derecho a la vida, de autorizar a un agente estatal a disparar a matar a cualquier transeúnte que circule por la vía pública entre determinadas horas, contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Añade que ordenar o permitir que los agentes del Estado puedan disparar a matar a cualquier persona que circule por la vía pública entre determinadas horas, constituye una política de Estado, una decisión y definición política, respecto a qué medios se adecúan al fin de controlar el orden público. Esta política estatal constituye una política de Estado que tiene por destinatarios a toda la población civil; es, por lo mismo, generalizada o indiscriminada; y, es contraria al derecho internacional de los derechos humanos.

Por todo ello, en parecer del recurrente, la conducta criminal establecida por los sentenciadores, puede y debe ser calificada como un verdadero ataque generalizado o indiscriminado a la población civil, de modo que, todo secuestro, todo homicidio, perpetrado en ejecución de esta política de Estado, que forma parte de este auténtico ataque generalizado a la población civil, constituye un crimen contra la humanidad.

Al describir la forma en que los errores indicados influyen en lo dispositivo del fallo, manifiesta que, de no haberse cometido éstos, los partícipes de los hechos debieron ser condenados como autores de homicidio, en grado consumado, en razón de lo dispuesto en los artículos 7, 14, 15 N° 1, 391 N° 2 del Código Penal.

Por último, solicita se anule y deje sin efecto la sentencia impugnada y, acto seguido, se retrotraiga la causa al estado procesal correspondiente para,

que se haga valer la responsabilidad penal de los inculpados en la presente causa.

**Segundo:** Que como se expone en el fallo de primer grado, la presente causa se inició mediante querrela por el delito de homicidio calificado en contra de todos aquellos quienes aparezcan como responsables de la muerte de Roberto Castillo Arcaya, quien la noche del día 06 de agosto de 1977, transitaba en su vehículo por Avda. Matta con Vicuña Mackenna en dirección a su domicilio, oportunidad en que habría recibido un impacto de bala del personal de Carabineros , que horas más tarde le causan la muerte. Se agrega en el fallo examinado que, con fecha 12 de julio de 2013, se allegan a los antecedentes el proceso Rol N° 677-77 de la Primera Fiscalía Militar del Segundo Juzgado Militar de Santiago, donde se habría investigado la muerte de la víctima de este proceso, estableciéndose que *“fallece producto del disparo el día 06 de agosto de 1977 a las 13:45 horas, toda vez que a las 02:45 horas de la madrugada de ese mismo día, el Carabinero Gustavo del Carmen Bustamante Núñez y el Cabo 2° Héctor del Carmen Coloma Fantobal, se encontraban de servicio en la intersección de Avda. Matta con Vicuña Mackenna y advierten que un vehículo transitaba en horario de toque de queda, conminan a su conductor a detenerse para controlarlo, pero este no acata la orden y lleva a los funcionarios de Carabineros a abrir fuego en su contra con el vehículo en movimiento, uno de los proyectiles impacta el cráneo de Roberto Castillo Arcaya, quien queda herido y es trasladado hasta la Posta Central, donde horas más tarde fallece a consecuencia de la herida de bala en su cráneo”*.

El sentenciador de primera instancia concluye en el motivo cuarto de su fallo, que los hechos antes descritos si bien revisten las características de un ilícito, *“éste no se encuentra dentro de los descritos como de lesa humanidad*

*conforme al Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg (sic.) ni tampoco el artículo 7° del Estatuto de Roma, por lo mismo no cabe la imprescriptibilidad que indica la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". Agregando en el basamento siguiente que, "considerando los elementos de contexto que deben darse en esta categoría de crímenes, los cuales se estructuran en base a circunstancias o condiciones exteriores, que hacen que las conductas pasen de crímenes comunes a delitos de lesa humanidad, atendiendo la especial naturaleza de los hechos, ello no se advierte en este caso concreto, donde aparece como un acto aislado y no dentro del contexto generalizado o sistemático de los múltiples actos violentos en contra la población civil por parte del Gobierno Militar".*

**Tercero:** Que como reiteradamente ha señalado esta Corte, se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes (así, v. SSCS Rol N° 6.221-10 de 11 de octubre de 2011, Rol N° 1686-13 de 20 de marzo de 2014, Rol N° 3641-14 de 30 de junio de 2014, Rol N° 1813-14 de 2 de septiembre de 2014, Rol N° 4549-14 de 16 de octubre de 2014, y Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014)

Que, tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales que el propio recurrente reseña en sulibelo, hoy es conteste en considerar como elementos típicos del crimen contra la humanidad -en lo que aquí interesa-, el que las acciones que los constituyen sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y el conocimiento de dicho ataque por el agente (así también se ha recogido en SSCS Rol N° 559-04 de 13 de diciembre de 2006, Rol N° 7089-09 de 4 de agosto de 2010, Rol N° 6.221-10 de 11 de octubre de 2011, Rol N° 5969-10 de 9 de noviembre de 2011, Rol N° 1686-13 de 20 de marzo de 2014, Rol N° 3641-14 de 30 de junio de 2014, Rol N° 1813-14 de 2 de septiembre de 2014, Rol N° 15.507-13 de 16 de septiembre de 2014, Rol N° 4549-14 de 16 de octubre de 2014, Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014, y Rol N° 2931-14 de 13 de noviembre de 2014).

**Cuarto:** Que con ocasión del estudio del elemento de contexto del crimen de lesa humanidad, contenido en el preámbulo del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la doctrina más autorizada ha señalado que dicho precepto convierte en crimen de lesa humanidad los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático-general. Esta prueba se propone para garantizar que los actos

individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un crimen de lesa humanidad. Mientras que el término “generalizado” implica un sentido más bien cuantitativo: que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, la expresión “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica. Sin perjuicio que la jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, se ha destacado que lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política” de actuación, sólo su existencia convierte múltiples actos en crimen de lesa humanidad. Este elemento -de la política- deja claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política, para categorizar de otro modo los delitos comunes como crimen de lesa humanidad (Ambos, Kai. “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”)

**Quinto:** Que en ese orden de ideas, cabe reiterar y resaltar que el recurrente arguye que de las dos hipótesis alternativas que prevén los crímenes contra la humanidad, a saber, el “ataque generalizado” y el “ataque sistemático” contra la población civil, en el caso de estos antecedentes nos encontramos únicamente frente al primero, ante un ataque indiscriminado, que no exige *“que la víctima haya tenido una militancia política u opción política definida, o que el delito se haya cometido a causa de tal militancia u opción política de la víctima”*, lo cual supone que la propuesta de nulidad no deriva de la instrumentalización, corrupción o perversión de las potestades que otorga el estado de sitio o el toque de queda a los agentes públicos con el objeto de perpetrar y encubrir la perpetración de crímenes en y contra opositores al



régimen político imperante, sino simplemente, por la existencia de un estado de sitio a la época de la muerte del ofendido Roberto Castillo Arcaya, la que se correspondió con una política estatal de control del orden público que autorizó a los agentes del Estado para detener, e incluso privar de la vida a los ciudadanos que circularan sin autorización por la vía pública en el horario previamente fijado por la autoridad, de manera que -se sostiene en el recurso- al formar parte de esa política estatal, el acto homicida atribuido a los inculpados Gustavo Bustamante Núñez y Héctor Coloma Fantobal, no puede menos que concluirse que constituye un crimen contra la humanidad.

**Sexto:** Que en relación a lo planteado por el recurrente, conviene puntualizar que, a diferencia de lo que parece entenderse en el arbitrio, el estado de sitio y el toque de queda que restringió la libertad ambulatoria y de desplazamiento de los ciudadanos durante ciertos horarios entre los años 1973 y 1978 en nuestro país -contexto relevante, a juicio del compareciente, en la comisión del delito, de marras-, fueron -y son hoy también- instituciones de emergencia o excepción consagradas en cuerpos normativos de dispar jerarquía, que generalmente se dictaron por distintas autoridades mediante procedimientos o actuaciones de desigual naturaleza jurídica, con disímiles efectos y alcances para la ciudadanía y para las autoridades, puesto que el estado de sitio es un estado de excepción para ciertas garantías constitucionales que comporta la implantación de un estatuto jurídico que dota a la autoridad de prerrogativas extraordinarias destinadas a resolver la crisis o situación de excepción, del cual el toque de queda no es un corolario necesario.

**Séptimo:** Que con estas observaciones, aun de estimarse que la declaración de estado de sitio o el toque de queda constituyeron o integraron una política de Estado que deba calificarse de ataque generalizado e

indiscriminado a la población civil, pero no sistemático como propone el recurrente, a juicio de estos sentenciadores igualmente habría de desestimarse la calificación de delito de lesa humanidad que se persigue, toda vez que no se ha establecido en el fallo elementos que permitan dar por concurrente el requisito de relación entre el acto particular motivo de autos y las referidas circunstancias, esto es que el homicidio de Roberto Castillo Arcaya hubiese sido cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático constituido o integrado por la política estatal del estado de sitio o toque de queda.

Al respecto, la sentencia impugnada establece (cons. 3° del a quo) sólo un acontecimiento circunstancial o coyuntural desencadenado por el no acatamiento de la orden para detenerse y someterse a control por la víctima Roberto Castillo Arcaya, quien transitaba en horario de toque de queda.

Cabe observar además que, producto de los disparos practicados por los agentes policiales, Castillo Arcaya *“queda herido y es trasladado hasta la Posta Central, donde horas más tarde fallece”*, revelando esto último la ausencia en los agentes de un propósito o intención de dar muerte a los civiles como parte de un ataque generalizado e indiscriminado en contra de aquellos que no respeten el toque de queda y las limitaciones de desplazamiento que traía aparejado.

Concordantemente, el sentenciador señala que no advierte en este caso concreto *“los elementos de contexto que deben darse en esta categoría de crímenes, los cuales se estructuran en base a circunstancias o condiciones exteriores, que hacen que las conductas pasen de crímenes comunes a delitos de lesa humanidad, atendiendo la especial naturaleza de los hechos”*, concluyendo que se trata de *“un acto aislado y no dentro del contexto generalizado o sistemático de los múltiples actos violentos en contra la población civil por parte del Gobierno Militar”* (cons. 5°).

**Octavo:** Que, descartada la existencia del vínculo entre la muerte de Roberto Castillo Arcaya y el elemento de contexto invocado por el recurrente, la política estatal de mantener el estado de sitio del que derivaría que el delito objeto de análisis fuera considerado como un crimen de lesa humanidad, ha de aceptarse que al calificar los jueces del fondo el hecho como un ilícito común y declararlo prescrito han aplicado correctamente las normas contenidas en el derecho interno, artículos 93 y siguientes del Código Penal, motivo por el cual el arbitrio de nulidad deberá ser desestimado.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se **RECHAZA** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de en lo principal de fs. 330, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el cuatro de agosto de dos mil catorce a fs. 325.

**Se previene que el abogado integrante don Arturo Prado Puga,** estuvo por rechazar el arbitrio de casación en el fondo interpuesto por el recurrente, por entender que dado el contexto y la situación de tensión fáctica que enfrentaba el país, fruto indudable de una secuela de acontecimientos históricos, juzgada ahora con la perspectiva del tiempo transcurrido y analizada desde un punto de vista de la reconstrucción y naturaleza de los hechos de violencia que costaron la vida a la víctima, en el lugar y tiempo en que se dieron lugar, no se dan los estándares que satisfacen y estructuran los elementos del tipo penal de “delito contra lesa humanidad”.

Acordado con el **voto en contra del Ministro Sr. Brito,** quien estuvo por acoger el recurso de casación deducido por la querellante y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo que revoque el sobreseimiento definitivo de la causa y reabra el sumario para

proseguir la persecución de los inculpados Bustamante Núñez y Coloma Fantobal, por las siguientes consideraciones:

1° Que en opinión de este disidente, la determinación del carácter de sistemático o generalizado del ataque a la población materia de autos, y si el ilícito reprochado a los acusados forma parte de éste, es una cuestión de calificación o subsunción jurídica operación que debe efectuarse por esta Corte de Casación respecto de los hechos y circunstancias asentados en el fallo revisado, atendido al contexto normativo vigente a la sazón.

2° Que, dicho lo anterior, cabe consignar que los jueces del grado han declarado los siguientes hechos:

a) Que existió un “*contexto generalizado o sistemático de los múltiples actos violentos en contra la población civil por parte del Gobierno Militar*” (cons. 5°)

b) Que en el proceso Rol N° 677-77 de la Primera Fiscalía Militar del Segundo Juzgado Militar de Santiago, se investigó la muerte de Roberto Castillo Arcaya.

c) Aun cuando no se apunta en la sentencia, constituye una resolución procesal allegada a este proceso -y, por tanto, un dato procesal-, que en la referida investigación llevada a cabo por la muerte de Castillo Arcaya, se dictó sobreseimiento temporal de conformidad al artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, al no tenerse por acreditados los hechos denunciados, con fecha 18 de octubre de 1977, como se lee a fs. 122.

3° Que tales hechos, la muerte del civil a causa de los disparos que hicieran los funcionarios policiales encausados, a juicio de este disidente deben ser calificados como delito de lesa humanidad, pues es incuestionable, no sólo en atención a los hechos del proceso sino, además, por lo que ha sido demostrado por diferentes informes, que en la época se implementó una

política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen, la seguridad al margen de toda consideración por la persona humana -precisamente el “toque de queda” que autorizaba el empleo de las armas de fuego-, el amedrentamiento a los civiles, y, sobretodo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, entre otras actuaciones. En esas circunstancias carece de toda importancia que no se haya establecido que la muerte de Roberto Castillo Arcaya haya sido la materialización de una orden o actuación vinculada formalmente a una política estatal por la que las autoridades de la época instruyeran u ordenaran la aniquilación inmediata de todo aquel que no respetara las restricciones horarias de tránsito por la vía pública impuestas por el toque de queda, pues el hecho en particular se ejecuta en razón de las condiciones recién descritas, cuales son, en verdad, las que autorizan a matar ante la nimia transgresión de la limitación horaria del toque de queda. Frente a estos hechos prevalecía la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia de las autoridades.

Además, debe tenerse presente que los sentenciadores establecen que el crimen en examen se consuma en un contexto generalizado o sistemático de múltiples actos violentos en contra la población civil por parte del Gobierno Militar, que generó impunidad, como ocurrió en el caso de autos, en que la jurisdicción militar sobreseyó temporalmente y archivó la investigación poco tiempo después de iniciada.

4° Que sobre la exigencia de que esta clase de delitos forme parte de la política estatal que constituye el ataque generalizado contra la población civil, el delito de la especie perpetrado por los encartados Bustamante Núñez y Coloma Fantobal, claramente forma parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra la población civil, los que

no eran desaprobados, reprochados ni menos perseguidos por las autoridades estatales, como parte de su política de seguridad, de todo lo cual tenían conciencia los acusados, al no darse por acreditado por los juzgadores de la instancia ninguna circunstancia que permita representarse algún motivo de justificación o proporcionalidad ante la transgresión del horario. Lo anteriormente razonado lleva a entender que los agentes obraron como integrantes de una fuerza orientada a actuar del modo que lo hicieron.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Haroldo Brito C.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 25.639-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y los abogados integrantes Sres. Emilio Pfeffer U. y Arturo Prado P. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de enero de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.