

C.A. de Temuco

Temuco, siete de septiembre de dos mil diecisiete.

**VISTOS:**

Se reproduce de la sentencia en alzada su parte expositiva, considerandos y citas legales, con excepción de sus fundamentos Trigésimo Séptimo y Cuadragésimo Quinto, que se eliminan y se tiene en su lugar y además, presente:

**PRIMERO:** Que del mérito del proceso, Informe del Ministerio Público Judicial, la existencia del hechos punible y la participación de los acusados, se encuentran debidamente acreditados, por lo que a se respecto, se mantendrá la decisión de condena de éstos.

**SEGUNDO:** Que el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal señala que el juez debe investigar, con igual celo, no sólo los hechos que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen.

**TERCERO:** Que son hechos no controvertidos en la causa, que los inculpados se encontraban, en la época de los hechos, cumpliendo el servicio militar obligatorio y aunque participaban de una patrulla con características especiales, eran dirigidos por un subteniente que ellos mismos lo calificaron como que “era de temer” o “estaba loco”, de manera que se denominaba chacal o mataperros, porque el jefe le gustaba matar canes.

Respecto al contexto en que se desarrollaron los hechos, fueron descritos en el mismo fallo, por lo que existió una anormalidad constitucional por todos conocidos.

Es necesario tener presente, que en la actualidad, las normas internacionales, prohíben el servicio militar obligatorio, por un tema de objeción de conciencia y es así que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoce “el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del



derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.”(Resolución 1989/59)

**CUARTO:** Que el día de los hechos, el ofendido Arturo Navarrete Leiva, al ser detenido, intentó o agredió al jefe de la patrulla, hecho que provocó la reacción de éste y dispuso que lo llevaran a la ribera del río Cautín, donde ordenó su fusilamiento a los conscriptos, sin que éstos hubieran podido hacer nada para evitarlo. Y luego lo tiraron al río, sin que jamás se supiera de su existencia.

**QUINTO:** Que durante la vista de la causa, los letrados defensores alegaron en favor de los acusados diversas circunstancias modificatorias de responsabilidad como lo fueron la del artículo 211 del Código de Justicia Militar, la del artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal, como asimismo la prescripción gradual del artículo 103 del Código Punitivo.

**SEXTO:** Que respecto a la atenuante del Código de Justicia Militar, ella se refiere a ella concurre si el soldado comete el delito en el cumplimiento de deberes militares.

El fusilamiento de una persona, sin juicio previo y sentencia condenatoria, ¿Constituye un deber militar? Creemos que no en tiempos normales, pero dada la situación producida por el ascenso al poder de las Fuerzas Armadas, la pregunta es saber si los fusileros tuvieron la oportunidad de representar la orden.

Estos sentenciadores estiman que no concurre en los hechos esta atenuante en favor de todos los acusados.

**SEPTIMO:** También se alegaron las eximentes del artículo 10 N° 9 y 10 Del Código Penal.

La fuerza irresistible dice relación con la vis compulsiva, que es considerada por la doctrina como una insuperable coacción ajena, dejando de lado la posibilidad de que dicha norma se encuentre aludiendo a la vis absoluta, la cual consiste en una fuerza física que transforma al sujeto en un mero instrumento, por lo que no existiría una acción propia de su parte.



Dicha fuerza influye intensamente en la psiquis del sujeto y que lo compele a la ejecución del acto típico. Si bien la fuerza posee la facultad volitiva del sujeto, sino que influye en ella, ya que de lo contrario, no se podría hablar de una acción propia del sujeto, sino que se estaría considerando a éste como un mero objeto a través del cual un tercero ejecuta el acto típico. (Gustavo Balmaceda Hoyos. Manual de Derecho Penal. Parte General. Librotecnia. 2014. Pág. 234 y 235)

En el caso de autos, no concurren todos los elementos de la eximente, toda vez, que de alguna manera, los miembros de la patrulla, a pesar de pertenecer a una institución en que existe una obediencia irreflexiva, aceptaron la imposición de una conducta antijurídica y no existen elementos de convicción suficientes para que se configure tal eximente.

**OCTAVO:** Que no obstante no concurrir todos los elementos para configurar la causal absolutoria, estos sentenciadores estiman que aunque ésta no exige requisitos, sí es posible considerarla como una eximente incompleta, ya que el artículo 11 N° 1 del mismo Código Penal no requiere la concurrencia de tales requisitos, atendida la forma en que ocurrieron los hechos.

Por ello, será acogida como atenuante.

**NOVENO:** Que la del N° 10 del Código Punitivo, no concurre porque se exige el cumplimiento del ejercicio legítimo de un derecho y en el caso que se investiga no hubo tal.

**DECIMO:** Que la prescripción gradual, considerada por el señor Fiscal Judicial en su Informe, a juicio de esta Corte, es una circunstancia atenuante especial establecida por el legislador, que no tiene relación alguna con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En efecto, la llamada media prescripción señala que si el responsable se presenta o es habido después de haber transcurrido más de la mitad de la acción penal o de la pena, el Tribunal deberá



considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas. Ello resulta imperativo para el Juez.

Se ha dicho que como los delitos son imprescriptibles, no es posible calcular la mitad de la pena.

Creemos que ello no es problema toda vez que el legislador al señalar el tiempo de prescripción para los delitos, como el investigado, en el artículo 94 del Código Penal se indica que el plazo es de 15 años, de modo que la mitad del plazo se cumple a los siete años y medio, es decir, el plazo se verifica en dicha época. Si el delito es imprescriptible, es decir, la acción penal, ello no obsta a que haya media prescripción porque el plazo lo fija la ley.

Por otra parte, no es posible considerar que sólo una clase de personas no tiene derecho a que se le considere esta atenuante, ya que todas las personas objeto de persecución penal, tiene derecho a este beneficio. De considerarse así se estaría afectando la garantía constitucional de igualdad ante la ley y ello no puede ser así, porque dichas garantías benefician a todos los habitantes de la República.

Que la Excma. Corte Suprema ha señalado: “Que respecto a la media prescripción, denominada también prescripción gradual, parcial o incompleta, cabe considerar para declarar su concurrencia, el carácter de norma de orden público y, por ende, de aplicación obligatoria para los jueces, que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, por lo que en virtud del principio de legalidad, que gobierna el derecho punitivo, no se advierte ningún abtáculo constitucional ni jus cogens para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. De esta manera, transcurridos que fueron íntegramente los plazos establecidos para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que se la pueda declarar por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se divisa inconveniente para mitigar, como atenuante, la responsabilidad penal que afecta al encausado” (Corte Suprema, 5 de agosto de 2017, Rol 6525-2)



**UNDECIMO:** Que favoreciendo a los acusados dos circunstancias atenuantes, además de la prescripción gradual, el Tribunal podrá bajar la pena en dos o más grados, prefiriendo estos sentenciadores en hacerlo en dos grados, atendidas las circunstancias del hecho, resultando la pena que en definitiva se aplicará de presidio menor en su grado máximo, como se dirá.

Y visto también lo que previenen los artículos 1, 18, 108, 109, 510, 514, 527, 528 y 533 del Código de Procedimiento Penal y lo informado por el señor Fiscal Judicial, se declara:

a) Que **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de 10 de febrero de 2017, **CON DECLARACIÓN** que la pena impuesta a los acusados Manuel Campos Ceballos, Manuel Canales Valdés, Juan Concha Belmar, Gabriel Dittus Marín, Sergio Vallejos Garcés y Héctor Villablanca Huenulao en primera instancia, por su responsabilidad de autores del delito de homicidio calificado en la persona de Arturo Navarrete Leiva, **SE REBAJA** a la de **CINCO** años de presidio menor en su grado máximo, para cada uno de ellos, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

b) Que reuniéndose en favor de todos los acusados lo requisitos del artículo 17 de la ley 18.216, se les otorgará a todos el beneficio de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva y deberán cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 20 de la misma ley, durante el plazo de cinco años.

Para el evento que les sea revocado el beneficio y deban cumplir la pena en forma efectiva, les servirán los abonos reconocidos por el señor Ministro Instructor en el fallo de primera instancia.

c) Que **SE CONFIRMA**, en lo demás apelado y **SE APRUEBA**, en lo consultado, el referido fallo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro Aner Padilla Buzada.



N°Criminal-85-2017.

Se deja constancia que la Ministra Sra. María Elena Llanos Morales, no firma la sentencia que antecede, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse ausente.

En Temuco, siete de septiembre de dos mil diecisiete se notificó personalmente al (la) Sr. (a) Fiscal Judicial la resolución que antecede, quien no firmó por estimarlo innecesario.



XXWCCXDTXV

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Temuco integrada por los Ministros (as) Aner Ismael Padilla B., Alejandro Vera Q. Temuco, siete de septiembre de dos mil diecisiete.

En Temuco, a siete de septiembre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



XXWCCXTXV

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.