

Cgv
C.A. de Valparaíso

Valparaíso, tres de julio de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, pero se elimina la repetición del enunciado “décimo”, quedando ese fundamento como el último párrafo del motivo décimo. Se prescinde de los motivos 40°, 43° y 44°.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que el recurso de apelación deducido por el Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos pretende que se considere la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, prevalerse del carácter público que tenga el agente. Argumenta que el delito de homicidio calificado no exige una calidad determinada del sujeto activo. Citando doctrina, señala que esa circunstancia, supone el uso del poder, prestigio, oportunidades o medios que se ponen a disposición del empleado público. Entiende que la circunstancia agravante en cuestión es aquella en que el autor se sirve de su calidad de funcionario público en la realización del hecho. Afirma que ser funcionario de Carabineros de Chile no es una circunstancia inherente al delito, y señalar lo contrario significaría añadir al tipo penal una calidad especial al sujeto activo. Adiciona que mal podría argumentarse que, teniendo estos hechos el carácter de crimen de lesa humanidad en los términos del artículo 2 de la Ley N° 20.357, el carácter de funcionario público de los condenados pueda ser considerado como un elemento del tipo penal, cuando dicha ley no establece el tipo penal de homicidio calificado, sino que más bien dicha ley define el crimen de lesa humanidad. Señala que es un hecho probado que al cometer el ilícito, los condenados se desempeñaban en la dotación del Retén Chagres y de la Tenencia de Catemu, dependientes de la 2ª Comisaría de Carabineros de San Felipe, lo que les confiere un carácter público no solo a su persona, sino que a sus actuaciones, en el marco de dichas funciones. Pide que se confirme el fallo apelado, con declaración que se aumente la pena a los condenados a la de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo.

Segundo: Que no se acogerá la alegación referida, compartiendo de este modo lo razonado por el juez sentenciador en el considerando 39°, al señalar: “Que con respecto a las



agravantes de los números 6, 8 y 11 del artículo 12 del Código Penal, el abuso de fuerzas y de armas, el carácter público del culpable y la ejecución del delito a través de gente armada, conforme a lo que se ha señalado en autos y naturaleza del delito que se ha dado por establecido, tales circunstancias son inherentes al referido ilícito, pues en el caso de autos existía una superioridad de fuerzas y de armas, atendida la calidad de Carabineros de los autores del delito, se trata de funcionarios públicos y sus funciones las realizan, en este caso en concreto, a través de gente armada. En esta virtud, cobra relevancia lo que se indica en el inciso 2° del artículo 63 del Código Penal, por lo que estas agravantes no serán consideradas”. Dicho fundamento se relaciona con lo argumentado en el considerando tercero al fundar la circunstancia de la alevosía, al indicar: “...en el sentido de que los hechores, quienes habrían detenido a la víctima en su domicilio, trasladan hasta la unidad policial de Carabineros a la que pertenecían los funcionarios policiales, siendo interrogados por esos mismos funcionarios y encontrándose absolutamente inerme, es llevado hasta el sector del túnel La Calavera, en dirección contraria al destino posible y regular de una detención de esas características, esto es, hacia la Fiscalía Militar de San Felipe, lugar en donde es abatido por las personas que los trasladaban; todo lo cual implica un ocultamiento de los medios de comisión y que implicó el total desamparo de la víctima...”.

En este sentido, es que al considerarse en el sustrato fáctico de la circunstancia calificante de alevosía la circunstancia que los sujetos activos, prevaliéndose de su calidad de funcionarios de Carabineros de Chile, detuvieron a la víctima desde su domicilio, para luego trasladarlo a un interrogatorio en la unidad policial y finalmente trasladarlo en patrulla, hasta un lugar despoblado, donde es abatido, importa que no puede valorarse nuevamente las mismas circunstancias, de manera autónoma, para ahora agravar la pena por haberse prevalido de la calidad de funcionarios públicos, puesto que ello significaría infringir el principio de non bis in ídem, toda vez que un mismo hecho no puede dar lugar a dos o más circunstancias modificatorias diversas, lo que se encuentra recogido a nivel de principio y regla de interpretación en el artículo 63 del Código Penal.

Tercero: Que la apelación deducida por el acusado Orlando Astete Sánchez estima que no concurren las circunstancias calificantes del homicidio correspondientes a la alevosía y la premeditación. En su concepto, no se configura la alevosía por ocultamiento de los medios, pues los funcionarios que intervinieron en los hechos se encontraban de servicio, vistiendo sus uniformes y portando las armas de servicio. Agrega que el



desamparo e indefensión de la víctima se relacionan con un criterio objetivo en razón de disminuir la defensa de esta última, interpretación que excede de la fórmula adoptada por el código punitivo, el que ampara una forma subjetiva de la alevosía, que aún si así no se estimare, no se encuentra presente en el agente. Hace presente que la referencia a la simulación de la fuga y ocultamiento del cuerpo son hechos posteriores a la consumación que no determinan la concurrencia de la circunstancia. Agrega que no existe un ocultamiento de la intención o designio criminal y ello es lo que determina la concurrencia de la circunstancia. Plantea que no puede imputarse alevosía en la conducta de su representado dado que no se verifica el ocultamiento de la conducta homicida y además porque para él era desconocida esa intención, aunque previsible, si se quiere. Señala que su representado fue cumpliendo de un modo parcelado las órdenes que iba impartiendo el otro acusado Sr. Ahumada, esto es, primero lleva a cabo la detención, luego, traslada a la víctima a la Tenencia de Catemu, sin intervenir en el interrogatorio, para finalmente acompañar a la patrulla a las inmediaciones del túnel la calavera. Concluye que su representado nunca estuvo en condiciones de decidir el destino de la víctima en cuanto a la forma de comisión alevosa. Postula que quedó acreditado que el sr. Ahumada, luego del interrogatorio, ordenó llevar a la víctima al lugar en que supuestamente habría escondido armamento, disfrazando su intención homicida y ordenando poner en indefensión a la misma. Aduce que para que concurra la calificante de alevosía se requería que se acreditara el dolo directo, una especial intención subjetiva respecto de la cual no existe convicción. En cuanto a la premeditación, argumenta que existe la convicción de que la premeditación como deliberación permanente en el tiempo se gestó en la persona del señor Ahumada, quien realiza una meditación reflexiva de dar muerte a la víctima, incluso identificándola más de un mes antes de los hechos, ordenando su detención y posterior ejecución, de allí que su parte se encuentra conteste en la concurrencia de la calificante, pero no puede coincidir que dicha deliberación permanente sea comunicada a su representado, en tanto no surgió en él la decisión de matar a la víctima, ni siquiera pudo determinar su detención, pues se encuentra acreditado que fácticamente no tenía dominio del curso causal de los hechos. En forma subsidiaria, indica que para el evento que no se recalifique el delito imputado al de homicidio calificado, señala que es inaplicable la circunstancia agravante de nocturnidad y despoblado, contemplada en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, desde que se utilizan los mismos elementos que



fundamentan las circunstancias calificantes de la alevosía. Pide que se recalifique el delito por el cual fue condenado al de homicidio simple en razón de la falta de concurrencia de las circunstancias calificantes e imponga, en consecuencia, la pena establecida por la ley en su grado mínimo, en atención a la concurrencia de una atenuante, sin agravantes. Asimismo, solicitó en forma subsidiaria, para el evento de condenar a su representado por el delito imputado, declare la improcedencia de la agravante contenida en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, reconociendo el efecto minorante dispuesto por el artículo 68 del mismo Código.

Cuarto: Que los sucesos fueron estimados en el considerando tercero del fallo apelado, como constitutivos de un delito de homicidio, calificado por las circunstancias de alevosía y premeditación conocida, conclusión que se comparte en su integridad, dada la forma de comisión que da cuenta de un injusto peligroso del obrar, esto es, un ataque sorpresivo a una persona que se encuentra impedida de repeler cualquier agresión, porque los autores de sus muertes actúan armados y de manera intensiva, operando sobre seguro, con gente adecuadamente capacitada para realizar estas acciones, de forma disciplinada y sujetos a un mando. No cabe duda que los agentes policiales crearon las circunstancias de desprotección, al actuar con armas de servicio y sujetando a la víctima a condiciones que le impedían defenderse. En cuanto a la premeditación conocida, ella es consecuencia de las mismas circunstancias, porque de ella deriva incuestionablemente que los agentes policiales tenían, la intención de hacer uso de sus armas, la decisión de matar a la víctima y, por lo mismo, actuaron bajo un plan de ejecución previa, debidamente estructurado y reflexivo, con propósito criminal.

Quinto: Que esta Corte comparte la alegación de la defensa del acusado Astete Sánchez en cuanto considera que no perjudica lo acusado la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, es decir, actuar de noche y en despoblado. En efecto, dichos aspectos se encuentran incorporados en el sustrato fáctico de la concurrencia de la circunstancia calificante del homicidio calificado, en cuanto a haber obrado con alevosía. Ciertamente al proceder, de noche y en despoblado, contribuye a asegurar la comisión de un delito, disminuyendo a su vez el riesgo del agente, motivo por el que no puede considerarse una agravante autónoma, justificándola en los mismos hechos, pues ello violaría el principio non bis in ídem, cuya consagración se encuentra en el artículo 63 del Código Penal, en cuanto principio y regla de interpretación.



Sexto: Que la defensa del acusado Renán Antonio Ahumada Tapia se adhiere a la apelación, formulando las siguientes alegaciones:

A.- El Ministro señor Arancibia se encontraba inhabilitado para conocer y fallar la causa, atendido que en su oportunidad se interpuso apelación en contra de la resolución que dejó sin efecto el auto de procesamiento dictado en contra de Guillermo Bermúdez Roco y que modificó la calidad de autor de homicidio calificado a cómplice respecto del otro acusado Orlando Astete Sánchez, resolución confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con el voto disidente del Ministro Arancibia, quien manifestó su fundada opinión para que se revocara dicha resolución, tanto es así que la primera resolución que dictó al asumir el conocimiento de esta causa fue dictar un nuevo auto de procesamiento en contra de estas dos personas y agregando a su representado, como autores del delito de homicidio calificado y con el mérito de los mismos antecedentes que había tenido a la vista el anterior Ministro Visitador y sin haber efectuado ninguna , diligencia importante, salvo una inspección personal, falló estos autos. Estima que el señor juez a quo debió haberse declarado inhabilitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 195 N° 8 del COT.

B.- No se respetó su derecho a un debido proceso respecto a la prueba que solicitó y señaló al contestar la acusación. Puntualiza que el tribunal resolvió al tercer otrosí (citación de testigos): como se pide, cíteseles en su oportunidad; y al cuarto otrosí (careo y oficio a la Dirección General de Carabineros) como se pide en su oportunidad, sin embargo, al iniciarse el plenario el juez a quo resolvió a fojas 490, en su punto 3: resolviendo el tercer y cuarto otrosí del escrito de fojas 758, no habiéndose solicitado y reiterado las peticiones dentro del término probatorio, no ha lugar a ellas. Indica que en parte alguna del Código de Procedimiento Penal establece que hay que reiterarlas en el plenario.

C.- El fallo se funda en presunciones judiciales o indicios, que no cumplen con los requisitos que señala el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. De las declaraciones y careos, solamente se puede colegir que la única orden que su defendido impartió a los subordinados –Guillermo Bermúdez y Orlando Astete-, junto a otros suboficiales ya fallecidos, fue la de detener a la víctima, quien figuraba entre las personas citadas en los bandos militares emitidos por la Jefatura Militar de San Felipe, que debía ser puesta a disposición y la posterior orden de ir a ubicar las armas que la víctima habría manifestado tenía escondidas en el sector del Túnel ya mencionado. Observa que



Gregy Santibáñez Núñez a fojas 378 y 382, declara que estaba en una reunión social en el domicilio de su defendido el día de los hechos, al señalarle el entonces Teniente Ahumada su preocupación, que le pasaría lo mismo que a otro oficial, por no cumplir una orden. Reflexiona que si su defendido hubiere dado la orden de matar al señor Onofre, se pregunta porque fue llevado primero a la Tenencia y posteriormente al Túnel La Calavera, si hubiera impartido dicha orden habría sido más fácil haberlo llevado en forma inmediata en dicho primer trayecto. Queda en evidencia que luego de ser informado de su detención mal pudo haberse coludido con su personal a cargo, si estaba en una reunión social y sólo habló brevemente con el Sargento a cargo de la patrulla en la puerta de su domicilio. Argumenta que puede inferirse que el acto de disparar contra la víctima provino exclusivamente de la voluntad del suboficial a cargo de la patrulla que estaba efectuando las diligencias en la cercanía del Túnel La Calavera, lo cual se deduce por el hecho que la muerte se produjo, conforme al informe de autopsia, sustanciado por la Fiscalía Militar de Carabineros de San Felipe, por las heridas de bala que presentaba el cuerpo, producidas, al parecer, por armamento de alto poder de penetración. Insiste en que no existe evidencia de la cual se pueda inferir que de parte de su defendido hubo alguna instrucción u orden de matar a la víctima. Agrega que es una suposición lo que señala el juez a quo en el considerando 10 N° 3, referido a hechos ocurridos en otras causas que se tramita sobre situaciones similares, involucrando a las FFAA y Carabineros de la época en la Región de Valparaíso, destinado a dar muerte a militantes de izquierda. Concluye que la prueba indiciaria no reúne los requisitos que señala el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, esto es que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales, a lo que se suma que tampoco existe la multiplicidad ni gravedad, ni son directas ni concuerdan de manera que los hechos guarden conexión entre sí.

D.- Los hechos que produjeron la muerte del señor Onofre Peña no pueden considerarse como de lesa humanidad o crimen de guerra, ya que tal estado no existía al tiempo de su fallecimiento y, por ende, se trata de un caso de homicidio simple o calificado, que está prescrito al momento de iniciarse la investigación (enero de 2011).

E.- Del mismo modo, debió aplicar el juez el D.L. de amnistía N° 2191, que se encuentra vigente.

F.- Postula también que pudo declararse la media prescripción, acorde a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal.



Pide que dando lugar a la inhabilidad alegada del Ministro instructor, se declare la nulidad de todo lo obrado y se retrotraiga la causa al estado de sumario para que sea conocida por un ministro de fuero no inhabilitado. En subsidio, se revoque y se declare la absolución de su defendido, por falta de participación; o por acogerse la amnistía o la prescripción; y en subsidio se acoja la media prescripción o prescripción gradual, rebajando la pena y se le otorgue alguno de los beneficios de la Ley 18.216.

Séptimo: Que respecto a la nulidad solicitada por vía de una adhesión a la apelación, y más allá de lo improcedente de la petición, cabe considerar que la nulidad procesal está sometida al límite de la convalidación, tácita o expresa, lo que se encontraba expresamente recogido en los artículos 71 y 71 bis del Código de Procedimiento Penal. En esos términos, resulta que el supuesto vicio procesal se encuentra convalidado o subsanado, al no haber opuesto oportunamente el incidente correspondiente en la oportunidad prevista por la ley y porque además el abogado del acusado Sr. Ahumada efectuó diversas presentaciones sin alegar el vicio que ahora acusa, a modo de ejemplo, a fojas 758, al oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento y contestar la acusación. En el mismo sentido cabe desestimar la alegación fundada en lo resuelto con fecha 10 de abril de 2017 a fojas 940, puesto que no se hizo valer recurso procesal alguno contra dicha determinación, dentro de plazo legal.

Octavo: Que al contrario de lo señalado por el adherente a la apelación, la participación dolosa del encausado Ahumada se encuentra plenamente acreditada con las presunciones judiciales señaladas en el razonamiento 10° del fallo apelado, las que cumplen con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, resultando particularmente grave y preciso que, el propio acusado haya reconocido que la unidad policial y por tanto todo el personal policial que ahí se desempeñaba se encontraba a su cargo; que se comprobó que él ordenó materialmente la detención de la víctima, luego que días antes había registrado su nombre, junto a los de otras personas, en un cuadernillo, como un dirigente conflictivo de la jurisdicción; que dispuso llevar al detenido a la unidad policial; que él ordenó a sus subalternos que fueran a buscar las supuestas armas que la víctima había señalado que tenía escondidas en las inmediaciones del Túnel La Calavera; y que se le haya reportado como listo el operativo y que no haya vuelto la patrulla con el detenido. Por estas razones, se comparte lo razonado por el juez a quo en su considerando 10°.

Noveno: Que en relación a la prescripción de la acción penal, este Tribunal comparte lo expresado por el señor Juez a



quo, pues atendida la naturaleza del hecho y elementos de juicio reunidos en este proceso, se trata de un delito de aquellos considerados como de Lesa Humanidad, perpetrado por agentes del Estado en un contexto de violaciones a los Derechos Humanos graves, masivas y sistemáticas que han sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. En efecto, los Convenios de Ginebra impiden la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter internacional, lo que se refrenda por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Se trata de crímenes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular. Entonces en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, la acción para perseguirlo es imprescriptible, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables.

Décimo: Que en cuanto a la causal de extinción de la responsabilidad penal de la amnistía, cabe señalar que tal como razona el juez a quo, ésta no resulta aplicable, atento que nos encontramos ante un delito de Lesa Humanidad y en estos conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra proscrita la auto amnistía tratándose de delitos de lesa humanidad.

Undécimo: Que en cuanto a la alegación relativa a la aplicación del artículo 103 del Código Penal ésta debe ser desestimada, pues si la acción penal que nace de los injustos de lesa humanidad es imprescriptible, tal carácter impide también considerar la media prescripción. Desde luego, para que la atenuación fuere procedente sería requisito que se trate de un delito en vías de prescribir, lo que no acontece en la especie, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, pues en estos casos el reproche social no disminuye con el tiempo.

Por otra parte, el reconocimiento de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena,



pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Duodécimo: Que los informes de facultades mentales ordenados practicar como medida para mejor resolver no alteran lo acordado y decidido.

Décimo tercero: Que la pena asignada al delito de homicidio calificado contemplado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, a la fecha de los hechos, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Beneficia a todos los acusados la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11° 6 del Código Penal y no les perjudican agravantes. De este modo se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio en el cuántum que se dirá en la parte resolutive.

Décimo cuarto: Que con lo razonado, esta Corte comparte lo dictaminado por la Sra. Fiscal Judicial en su informe de fojas 1026 y 1055.

Por estas consideraciones y, visto además lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se **CONFIRMA** la sentencia apelada y consultada de veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, con la siguiente declaración: Que se rebaja a DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO la pena privativa de libertad que se impone a los encausados RENAN ANTONIO AHUMADA TAPIA y ORLANDO SERGIO ASTETE SANCHEZ, como autores del delito de homicidio calificado en la persona de Onofre Peña Castro, cometido el día 9 de octubre de 1973, en las inmediaciones del túnel La Calavera, ubicado en la Ruta 5 Norte de la Región de Valparaíso.

Se previene que la Abogada Integrante Sra. Claudia Salvo del Canto, estuvo por confirmar la sentencia apelada sin modificaciones y en virtud de sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Cancino.

Rol N° 345-2017

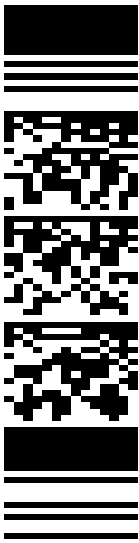
No firma la Ministra Suplente Sra. Sagredo, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, quien cesó su periodo de suplencia en el Tribunal.

No firma el abogado integrante Sr. Salvo, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, quien ha finalizado sus labores en el Tribunal.

N°Crimen-Ant-345-2017.



XHXJFVQTXQ



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministro Max Antonio Cancino C.
Valparaiso, tres de julio de dos mil dieciocho.

En Valparaiso, a tres de julio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución
precedente.



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 mayo de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.