

Santiago, veinte de junio de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 24-2011, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia de treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.011, se condenó a Orlando Sebastián Navarro Valderrama como autor del delito de homicidio simple cometido en la persona de Hugo Orlando Barrientos Añazco, el 3 de agosto de 1975, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia de once de octubre de dos mil dieciséis, a fojas 1.112, la revocó en la parte que condenaba al acusado y en su lugar declaró la prescripción de la acción penal ejercida.

Contra ese fallo el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, parte querellante, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de las presentaciones de fojas 1.118 y 1.144, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1.184.

Considerando:

Primero: Que los recursos deducidos, al fundarse en una misma causal de invalidación y al reclamar iguales infracciones de ley serán analizados y resueltos de manera conjunta.

Ambos libelos se sustentan en el motivo de casación contemplado en el artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva las que se hayan alegado en conformidad al inciso

segundo del artículo 434. La configuración de la causal indicada, según expresan los impugnantes, es consecuencia de la vulneración de los artículos 93 N° 6, 94 inciso 2° y 95 del Código Penal.

Plantean los recursos que el fallo reconoce que la muerte de la víctima se produjo en fecha posterior al 11 septiembre de 1973, época en que regía el toque de queda, inserta dentro de una política de ataque generalizado sobre la población civil. Sin embargo, con error, se prescinde de la calificación de los hechos como un crimen de lesa humanidad, lo que surgía como lógica consecuencia del contexto de comisión y de la identidad de los sujetos activos que desplegaron la acción criminal, agentes del Estado que obraban en cumplimiento de una política de Estado destinada a la represión general e indiscriminada de la población. Para los recursos, el motivo político no guarda relación con la persona de la víctima. Tal motivación corresponde al Estado victimario. Hugo Barrientos Añazco se movilizaba hacia su casa cuando se le da muerte, siendo víctima no de una situación aislada, sino de un ataque general en cumplimiento de un supuesto control del orden público contrario al derecho a la vida.

La sentencia consigna los elementos o condiciones de contexto que concurren en un crimen de lesa humanidad. En la especie, la muerte durante la vigencia del toque de queda, mientras que la víctima iba a su domicilio, recibiendo un disparo por la espalda.

El estado de excepción de la época provocó una limitación de derechos fundamentales, pero tal situación no permitía un tratamiento discriminatorio hacia la población civil y menos que los agentes policiales aplicaran en tal control un uso excesivo de la fuerza, debiendo respetarse siempre la dignidad humana, valor intrínseco del hombre. El tratamiento indigno, el menosprecio a la persona, dada la forma cruel y aberrante con que el acto se ejecutó, con garantía de impunidad, es un hecho que afecta a la sociedad toda.

Enseguida se reseña en los libelos que los crímenes de lesa humanidad fueron definidos por primera vez en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Posteriormente la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas elaboró y sistematizó los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, los que fueron confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 95, de 11 de diciembre de 1946.

Más adelante Naciones Unidas adoptó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, la que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

Si bien esta Convención no estaba ratificada por nuestro país al tiempo de comisión del delito de autos, señalan los recursos que ha sido considerada en varias oportunidades como norma de *ius cogens*. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia del caso “Arellano Almonacid y otros vs. Chile”, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2006.

La indicada Convención no contiene una definición de los crímenes contra la humanidad, sino que se remite a la contenida en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, y la extiende tanto al tiempo de guerra como al tiempo de paz, con lo que desaparece la conexión que hasta entonces se exigía respecto de este tipo de crímenes con los de guerra o contra la paz.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia definió los crímenes contra la humanidad como los cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil. El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda hizo lo propio, identificándolos como aquellos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas. En ambos casos se detallan los injustos precisos que conducen a esa denominación.

En 1996 fue aprobado por Naciones Unidas el proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, que en su artículo 18 entiende por crímenes contra la humanidad la comisión sistemática de ilícitos que allí se precisan o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 7 define los crímenes de lesa humanidad como aquellos actos -que enumera la norma- que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Por último, también a efectos interpretativos, el artículo 1 de la Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009, señala que constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en dicho párrafo cuando en su comisión concurren las circunstancias de haberse perpetrado como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que ese ataque responda a una política de Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho que favorezca la impunidad de sus actos.

Concretando estos conceptos al caso, se sostiene en los recursos que el elemento especial que convierte a delitos internos, como el de la especie, en delitos de lesa humanidad, no solo deriva de la gravedad de las conductas y su ofensa a toda la humanidad, sino especialmente el contexto de su comisión, que es la política de Estado destinada a perpetrar un ataque generalizado o sistemático, bien por las policías, militares o civiles, estos últimos, cuando actúan bajo las órdenes de aquéllos o por su mera tolerancia.

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 que a la época de los sucesos expuso a

civiles a ser detenidos e incluso a perder la vida, por ende, teniendo por destinatarios a toda la población civil, es una situación generalizada o indiscriminada y contraria al derecho internacional de los derechos humanos.

Es por todo ello que la conducta establecida por el tribunal, sin duda constituye un crimen contra la humanidad.

Con dichos argumentos finalizan solicitando que se anule el fallo impugnado y en reemplazo se dicte otro conforme a derecho que confirme el de primer grado.

Segundo: Que los hechos que el tribunal ha tenido por comprobados son los siguientes:

a).- Que el día 3 de agosto de 1975, alrededor de las 22:00 horas, en horario de toque de queda, Hugo Orlando Barrientos Añazco, se encontraba junto a su padre Rafael Barrientos Navarro en una quinta de recreo, ubicada en Avenida Portales N° 906 de la comuna de La Cisterna;

b).- Que previamente alertados acerca de disturbios al interior de la quinta de recreo, llegaron al lugar el cabo 2° Orlando Sebastián Navarro Valderrama y el carabinero Sergio Alfredo Palacios Valenzuela, ambos premunidos de armas de fuego, puntualmente, de una subametralladora Carl Gustaw, calibre 9 mm. y de un revólver, respectivamente;

c).- Que, Navarro Valderrama dispuso que Palacios Valenzuela se mantuviera vigilando la puerta posterior de la quinta de recreo y, acto seguido, ingresó al local con el fin de fiscalizar a las personas que se encontraban en su interior, entre ellos Hugo Orlando Barrientos Añazco;

d).- Que, tras desalojar la quinta de recreo, en el exterior de la misma, Orlando Navarro Valderrama, disparó por la espalda a Hugo Barrientos Añazco, sin que mediara provocación suficiente de parte de la víctima; y

e).- Que el proyectil ingresó al cuerpo de Barrientos Añazco por la zona dorsal, atravesó la aorta abdominal y perforó el hígado, provocándole anemia aguda y, luego, la muerte.

Tales sucesos fueron calificados como constitutivos del delito de homicidio simple de Hugo Barrientos, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, perpetrado en grado consumado.

Tercero: Que la sentencia impugnada estimó que el delito de homicidio comprobado no se encuentra dentro de los descritos como de lesa humanidad conforme al Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg o al artículo 7 del Estatuto de Roma, por lo que no cabe la imprescriptibilidad que indica la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Para los jueces de alzada, la muerte de Hugo Orlando Barrientos Añazco ocurrida en fecha posterior al 11 de septiembre de 1973, época en la que aún regía el toque de queda, ebrio dentro de una quinta de recreo en la que había problemas entre los parroquianos, motivó la presencia de una pareja de Carabineros, uno de los cuales lo alentó a salir y le señaló que botara un cigarrillo, lo que Barrientos no obedeció debido a una disminuida capacidad auditiva -lo que no comprobó- disparando el acusado en contra del desobediente, quien se encontraba de espaldas, produciéndose su deceso en el Hospital de San Bernardo, al que fue trasladado por los policías desde el exterior del local comercial.

Adicionalmente, el fallo que se recurre concluyó que el toque de queda y el control de personas que dentro del local causaban desorden no eran medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente -o de agentes determinados del Estado o de este mismo- encaminados a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo, más bien era la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población. En definitiva, dado el contexto y la situación de tensión fáctica que enfrentaba el país, fruto 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 dio, no colman los estándares que satisfacen y estructuran los elementos del tipo penal de delito contra la humanidad.

Cuarto: Que esta Corte reiteradamente ha señalado que 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 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 (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, Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014 y Rol N° 25.657-14 de 11 de mayo de 2015).

Quinto: 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 tipifican crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales que los recurrentes reseñan en sus libelos, hoy son contestes 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).

Sexto: 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 sin más 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”, Revista general de Derecho Penal N° 17, año 2012).

Séptimo: Que en ese orden de ideas, cabe reiterar que los recurrentes arguyen 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 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 deriva de la consideración que el régimen imperante a la época de la muerte del ofendido, en que regía el estado de sitio y toque de queda, correspondió con una política estatal de control del orden público que autorizó a los agentes del Estado para detener e incluso privar de la vida a los ciudadanos que circularan sin autorización por la vía pública en el horario previamente fijado por la autoridad.

Por otro lado, consta de autos que con ocasión de estos hechos se instruyó un proceso militar por el 2do. Juzgado Militar de Santiago, Rol N°621-75, el 4 de agosto de 1975, al que se acumuló la causal Rol N° 44.314 del Juzgado del Crimen de San Bernardo, en que los agentes estatales no fueron considerados responsables de delito alguno, ya que fueron rápidamente sobreseídos, con fecha 8 de enero y 9 de febrero de 1976, 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 al menos contó con el beneplácito o tolerancia de los responsables de diseñar e implementar esta política estatal de control del orden público.

Ante el mismo Tribunal Militar se instruyó con posterioridad otro proceso, Rol N° 933-90, iniciado en agosto de 1990 por denuncia de Rafael Barrientos Navarro, el que concluyó sobreseído el 15 de junio de 1994, por aplicación del DL N° 2191.

Octavo: Que en este contexto, los hechos que causaron la muerte de Barrientos Añazco a causa del disparo que hiciera un funcionario policial 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 de la agresión 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 condiciones carece de toda importancia que no se haya establecido formalmente que la muerte de Hugo Barrientos Añazco haya sido la materialización de una orden o actuación vinculada a una política estatal por la que las autoridades de la época instruyeran u ordenaran la aniquilación inmediata de todo aquél 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 antes descritas, cuales son, en verdad, las que autorizan a matar con total desprecio por la vida humana, ante la nimia transgresión de la limitación horaria del toque de queda o por cualquier desobediencia a la autoridad, en este caso, de la orden de apagar un cigarrillo. Frente a estos hechos prevalecía la inacción deliberada, la tolerancia o aquiescencia de las autoridades.

Noveno: Que sobre la exigencia que esta clase de delitos forme parte de la política estatal que constituye el ataque generalizado contra la población

civil, el homicidio de Barrientos Añazco claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados, reprochados ni menos perseguidos por las autoridades estatales, como quedó demostrado con la precaria investigación de la justicia militar de la época, ello como parte de su política de seguridad, de todo lo cual tenía conciencia el policía involucrado, 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 o la desobediencia a la orden impartida en este caso.

Décimo: Que, por tanto, dado el vínculo existente entre la muerte de Barrientos Añazco y el elemento de contexto invocado por los recurrentes, que conforme se ha desarrollado en las reflexiones anteriores concurre en la especie, al calificar los jueces del fondo el hecho como un ilícito común y declararlo, por ello, prescrito, han aplicado erróneamente las normas del derecho interno contenidas en los artículos 93 y siguientes del Código Penal.

De este modo, se configura el vicio denunciado por los recursos, el que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que ha servido de base a una decisión improcedente, por lo que los arbitrios impetrados, fundados en la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, serán acogidos.

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 acogen** los recursos de casación en el fondo interpuestos en lo principal de fojas 1.118 en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y a fojas 1.144 por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, en contra de la sentencia de once de octubre de dos mil dieciséis, que corre a fojas 1.112, la que se invalida y se

reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

N° 94.858-16

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Andrea Maria Muñoz S., Carlos Cerda F. Santiago, veinte de junio de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinte de junio de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinte de junio de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se añade en el considerando Octavo, punto 1, después del signo ortográfico punto seguido (.) que pasa a ser una coma (,), la oración “alcoholemia: 1.95 g. por ciento”.

En el punto 2 del mismo fundamento se sustituye el guarismo “1106” seguido de la abreviatura “fs.” Por “1003”.

En la parte final de la letra c contenida en la reflexión Décima se incorpora la oración “el que se hallaba con una concentración de 1.95 gramos por ml. de alcohol en la sangre” .

Y teniendo además en consideración:

Lo expresado en los fundamentos Cuarto a Noveno del fallo de casación que antecede, los que se dan por reproducidos, **se confirma** la sentencia apelada de treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.011.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Kunsemüller.

N° 94.858-16

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Kunsemüller L., Lamberto Cisternas R., Andrea Maria Muñoz S., Carlos Cerda F. Santiago, veinte de junio de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinte de junio de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.