

## 2. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### HOMICIDIO SIMPLE

I. HOMICIDIO DE PERSONA QUE INFRINGIÓ EL TOQUE DE QUEDA DURANTE EL GOBIERNO MILITAR. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO CONFIGURAN. APLICACIÓN DEL TEST SISTEMÁTICO-GENERAL PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE LESA HUMANIDAD. DELITO QUE FORMA PARTE DEL PATRÓN DE ATENTADOS EJECUTADOS POR AGENTES ESTATALES CONTRA LA POBLACIÓN. IMPROCEDENCIA DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR LA CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR PRESCRIPCIÓN. II. VOTO DISIDENTE: TOQUE DE QUEDA NO CONSTITUYÓ UN INSTRUMENTO DE UNA ACTIVIDAD SISTEMÁTICA DE LA POLICÍA PARA DESTRUIR A UN GRUPO CONTRARIO O ENEMIGO. TOQUE DE QUEDA CONSTITUYE UN MECANISMO GENERAL DE SEGURIDAD Y CONTROL UTILIZADO EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

### HECHOS

*Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, interpone recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que declaró el sobreseimiento definitivo de causa por el delito de homicidio calificado cometido bajo toque de queda. La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad substancial deducido, con voto de prevención y voto de disidencia, y dicta sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (acogido).*

ROL: *8704-2015, de 26 de enero de 2016.*

PARTES: *Programa Continuación Ley N° 19.123 y otro con Carlos Abatte Gago.*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.*

### DOCTRINA

- Los crímenes de lesa humanidad son aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino 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. Constituyen elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad, entre otros, 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. (Considerandos 4° y 5° de la sentencia de casación). En relación con el elemento de contexto de los delitos de lesa humanidad, contenido en el preámbulo del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la doctrina enseña que dicho precepto convierte en crímenes 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 delito 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. (Considerando 6° de la sentencia de casación).*

*De lo expuesto fluye que los hechos que causaron la muerte de la víctima a causa de los disparos que hicieron los funcionarios estatales deben ser calificados como un delito de lesa humanidad, pues a la época de ocurrencia de los hechos se había implementado una política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen, pretendiendo la seguridad al margen de toda consideración por la persona humana –precisamente el toque de queda autorizaba el empleo de las armas de fuego–, el amedrentamiento a los civiles y, sobre todo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden,*

*entre otras actuaciones. Claramente el delito investigado en autos formó parte de la política estatal que constituye el ataque generalizado contra la población civil, ya que se inscribió 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 tenían conciencia los involucrados, al no darse por acreditada ninguna circunstancia que permita representarse algún motivo de justificación o proporcionalidad ante la transgresión del horario. Así, dado el vínculo existente entre la muerte de la víctima y el elemento contexto, al calificar los jueces del fondo el hecho como un ilícito común y declararlo prescrito, han incurrido en error de derecho. (Considerandos 8° a 10° de la sentencia de casación).*

- II. (Voto disidente) *El toque de queda y su control no constituyeron medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente, o de agentes determinados del Estado o de este mismo, encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad, jefe de plaza, que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad, como se constata en las numerosas causas de derechos humanos que se conocen por la judicatura. (Considerando 5° de la disidencia de la sentencia de casación).*

*Cita online: CI/JUR/675/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 93 del Código Penal; 408 N° 4 del Código de Procedimiento Penal; ley N° 20.357.*

COMENTARIO DEL FALLO ROL N° 8706-15 DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA: *ALCANCE DEL CARÁCTER DE DELITO DE LESA HUMANIDAD A LA MUERTE DE CIUDADANO EN EL CONTEXTO DE INFRACCIÓN A TOQUE DE QUEDA Y ACTUACIÓN DE PATRULLA MILITAR QUE DISPARA CONTRA VEHÍCULO, EN EL MARCO DE LA NORMATIVA APLICABLE A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD AMBULATORIA QUE ELLOS TRAEN CONSIGO*

LUIS FELIPE ABBOTT MATUS  
*Universidad de Chile*

La Sentencia de la Excma. Corte Suprema rol N° 8704-2015 de fecha 26 de enero del presente, dictada conociendo de un recurso de casación en el fondo presenta-

do en el marco del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Programa de Continuación de la ley N° 19.123 y otro), permite volver sobre elementos fundamentales de los delitos de lesa humanidad que, en atención a su naturaleza particular constituyen, entre otras cosas, excepciones a las reglas generales aplicables a los ámbitos de vigencia personal, territorial y temporal de la ley penal, que representan el principio de universalidad de los que son reflejo y, que en lo que dice relación con los hechos de esta causa, enfrentaron la solicitud de sobreseimiento definitivo alegada por la defensa y la muerte de un suboficial de la Fuerza Aérea de Chile el 23 de enero de 1974, en circunstancias en que fue objeto de disparos por parte de una patrulla militar al transitar por la vía pública en toque de queda, resultando muerto producto de los mismos.

El recurrente, fundando un recurso de casación en el fondo, argumenta que discrepa fundamentalmente del fallo recurrido, al dar cuenta éste que simplemente no se trataría de un delito de lesa humanidad, y por tanto se le harían aplicables las normas generales sobre la prescripción y no las especiales conforme lo establecido en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad.

Plantea la parte recurrente que el fallo omitió las circunstancias en que la muerte había tenido lugar, esto es, el contexto ampliamente conocido en que el gobierno militar de la época llevaba a cabo prácticas o actos violentos de manera generalizada y sistemática contra la población civil, discutiéndose en definitiva si básicamente la actuación de la patrulla militar, en el contexto antes señalado (control de la población bajo toque de queda), representaba por último sólo un cuasidelito de homicidio (y por ende susceptible de tratamiento conforme al uso común) y no uno en el marco de una práctica general y sistemática de violencia contra la población, y por ende necesario de ser abordado conforme a las normas aplicables a los delitos de lesa humanidad.

A este respecto, conviene entonces repasar los requisitos que, como argumentos son planteados por la recurrente, así como en su fallo reafirmados por el Tribunal, y que constituyen la base para identificar cuándo nos encontramos en presencia de un delito de lesa humanidad.

A este respecto debemos, entonces, llevar a cabo lo que se ha llamado el examen o test sistemático-general, de manera de, analizados los hechos, poder descartar o no su carácter de delito de lesa humanidad.

Conforme a este test, se debe revisar si los hechos en particular constituyen parte de una práctica generalizada, masiva, repetitiva, en donde, en atención al número de hechos y/o víctimas involucradas, no cabe duda alguna que se trata de algo que forma parte de un fenómeno cuantitativamente significativo.

Por otra parte, el otro elemento parte del test mencionado –no copulativo– es el que no se trate de un hecho o acto parte de un plan más amplio o sujeto a planificación metódica.

A este respecto, entonces, razona el Tribunal concediendo el carácter de Delito de Lesa Humanidad al hecho materia de la causa, derivado de que, por una parte, ha quedado demostrado, no sólo por los antecedentes del proceso sino por múltiples informes, que a la época “*se implementó una política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen, pretendiendo la seguridad interna al margen de toda consideración por la persona humana*”. De ello constituye una manifestación clara no sólo la figura del toque de queda, sino también las facultades que irroga a los agentes de control, esto es, el uso de armamento contra civiles, sin discriminación. A ello se suma el escaso cuestionamiento al actuar en tal contexto, ya sea en relación al uso indiscriminado o desproporcionado de la fuerza – sea contra civiles u otros – como posteriormente, a vista de la escasa actividad indagatoria desplegada, que redundó en el sobreseimiento de la causa tras breve investigación, operando en definitiva una “*garantía de impunidad*” sobre los hechos.

El Tribunal por tanto hace suyo el planteamiento de la requirente en cuanto a “*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 circulasen sin autorización por la vía pública en el horario previamente fijado por la autoridad*”.

A mayor abundamiento, el Abogado Integrante señor Jaime Rodríguez hace presente que a la fecha se encontraba vigente el estado o tiempo de guerra según decreto N° 5 de 12 de septiembre de 1973 y que se extendió hasta el 12 de septiembre del año siguiente, lo que hacía aplicable los Convenios de Ginebra sobre el trato de prisioneros de guerra ratificados por Chile y vigentes a la sazón, y que suministran protección tanto a las fuerzas combatientes organizadas como a la población civil en el contexto de un conflicto armado interno o internacional, lo cual era el caso.

La discusión de fondo queda todavía más clara al tener a la vista el voto de minoría del Ministro señor Dolmetsch, quien le niega a los hechos descritos el carácter de delito de lesa humanidad entendiendo que el toque de queda –y las facultades de control, incluida la de uso de fuerza letal– constituye “*un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción (...), y que es ordenado por la autoridad (...) que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad, como se constata en las numerosas causas de derechos humanos que se conocen por la judicatura*”. En otras palabras, la opinión del voto disidente plantea que se trataría de un caso aislado, de mero ejercicio (desafortunado, por cierto) de facultades de control – excepcionales, también es cierto, pero no contrarias a derecho, aún cuando se trate de un régimen especial aplicable a los hechos de la causa – y no una manifestación de una práctica sistemática y/o generalizada de eliminación de contrarios a un régimen o enemigos internos.

Una consecuencia especialmente simbólica de la argumentación detrás del respaldo a los argumentos del requirente es el hecho de que permite concluir que, en un sentido amplio, muchas de las actuaciones de agentes del Estado que involucren violencia hacia civiles (y militares) con o sin resultado de muerte pueden, desde el punto de vista planteado por la mayoría, reconducirse al alero de los delitos de lesa humanidad, teniendo en cuenta que el criterio de contexto (estado de excepción como fundamento ideológico de persecución política) cubre la mayor parte del período comprendido entre 1973 y 1988, atendida la aplicación que le dio el gobierno militar a estas figuras. Será cuestión de tiempo verificar si este detalle será recogido en otros fallos, convirtiendo este antecedente en elemento parte de la doctrina nacional.

#### I. SENTENCIA DE CASACIÓN

Santiago, veintiséis de enero de dos mil dieciséis.

Vistos:

Ante el 34° Juzgado del Crimen de Santiago, con fecha 12 de agosto de 2013, se inició la causa rol N° 161-2013, por querrela presentada por don Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, por el delito consumado de homicidio calificado cometido en la persona de Hugo Octavio Huerta Salinas, quien fuera calificado como víctima por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y dirigida en contra de quienes resulten responsables de las heridas a bala cráneo encefálicas que le ocasionaron la muerte el 23 de enero de 1974.

Encontrándose en curso la investigación, la parte querellante solicitó se dictara auto de procesamiento respecto de Carlos Arturo Abatte Gago, lo que fue negado por el tribunal que dispuso, asimismo, el cierre del sumario. La negativa a procesar fue apelada y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, tribunal que tuvo además presente, en

especial, el tiempo transcurrido y la naturaleza del delito investigado.

Dictado el cúmplase de la referida resolución, el señor Ministro en Visita Extraordinaria, don Mario Carroza Espinoza, sobreseyó definitivamente esta causa en favor del inculpado Carlos Arturo Abatte Gago por prescripción de la acción penal.

Apelada esta resolución por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha uno de junio de dos mil quince.

En contra de esta última resolución, la parte querellante ha deducido recurso de casación en el fondo, ordenándose traer los autos en relación por resolución de fojas 369.

Con lo relacionado y considerando:

*Primero:* Que la querellante denuncia en el recurso la configuración de la causal de invalidación contemplada en el numeral 6° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es “en haberse decretado el sobreseimiento incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas

en los números 2, 4, 5 y 7 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal”. Indica al efecto que el fallo nada dice sobre si los hechos son homicidio calificado, señalando sólo que no son delitos de lesa humanidad, conclusión con la que discrepa ya que ocurrieron bajo toque de queda, mecanismo de control del orden público contrario a los derechos humanos, en que la muerte de la víctima fue parte de la política de Estado vigente a la época de los hechos y constituyó un ataque generalizado en contra de la población civil, lo que se erige como un elemento constitutivo de un crimen contra la humanidad.

Hace presente que estima infringido específicamente el número 5 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 93 N° 6 del Código Penal, norma que considera imposible de aplicar porque supone la existencia de una instrucción sumarial avanzada, en que se encuentra justificada la existencia del delito y con presunciones de participación respecto de una persona. Además, el renvío a la segunda norma señalada procede en delitos comunes, lo que en este caso no es posible, ya que al concurrir elementos de contexto propios de un delito de lesa humanidad, la prescripción es inaplicable.

En la sentencia se descartó, equivocadamente, considerar el homicidio de Hugo Huerta Salinas como de lesa humanidad, omitiendo estimar que éste se sitúa en el conocido contexto generalizado o sistemático de múltiples actos violentos en contra de la población civil por parte del Gobierno Militar, según refiere la propia sentencia, elemento que cons-

tituye un crimen de lesa humanidad, de acuerdo a los estatutos que consagran la categoría, los que cita. Así, entonces, uno de los elementos que determinan tal calidad es el contexto, esto es, que constituya un ataque generalizado o sistemático, que obedece a una política de Estado, sin que sea exigible que exista persecución por motivos políticos. Hace presente que en la época regía el estado de sitio conforme el D.L. N° 3 de 11 de septiembre de 1973, régimen de excepción que, con modificaciones sistemáticas, se mantuvo bajo diversas denominaciones que aludían a su calidad de estatutos de emergencia. Durante el mismo, los agentes del Estado estaban autorizados a privar del derecho a la vida a los ciudadanos si circulaban por la vía pública entre determinadas horas, lo que siempre será contrario al derecho internacional de los Derechos Humanos y constituye una política de Estado destinada a controlar el orden público, que tiene por destinatarios a toda la población civil, de manera que es generalizada o indiscriminada. Por eso, todo secuestro, homicidio, perpetrado en ejecución de la referida política de Estado constituye un crimen contra la humanidad.

Termina describiendo la influencia que estos errores han tenido en lo dispositivo del fallo y solicita se acoja el recurso, se invalide el fallo impugnado y dicte se sentencia de reemplazo mediante la cual se reabra la investigación y se dicte auto de procesamiento respecto de Carlos Abatte, como autor del delito de homicidio calificado de Hugo Huerta, delito de lesa humanidad.

*Segundo:* Que la resolución dictada por el señor Ministro Instructor y que fuera confirmada por la Corte de Apelaciones establece que el día 23 de enero de 1974 y en horas de la madrugada, en circunstancias que Hugo Octavo Huerta Salinas, cabo segundo de la Fuerza Aérea de Chile que se desempeñaba como escolta de Sergio Figueroa Gutiérrez, ex Ministro de Obras Públicas, volvía durante la vigencia del toque de queda de cumplir sus funciones en un vehículo fiscal que se desplazaba por Avenida Irarrázaval hacia el poniente, antes de llegar a la intersección con Vicuña Mackenna sufrió heridas cráneo encefálicas causadas por proyectiles de arma de fuego que le causaron la muerte, las que fueron disparadas por integrantes de una patrulla militar que procedieron sin haber dado previamente la voz de alto.

*Tercero:* Que el tribunal de primera instancia consideró que los antecedentes del proceso resultaban insuficientes para formar convicción, en los términos exigidos por la ley, que los hechos denunciados sean constitutivos de algún delito, ya que si bien revisten características de un cuasidelito por negligencia o imprudencia temeraria, no pueden ser considerados como un delito de lesa humanidad, toda vez que esta clase de crímenes se estructuran en base a circunstancias o condiciones exteriores que hacen que las conductas pasen de crímenes comunes a tener una connotación especial de atentado contra la humanidad por la naturaleza de los hechos, lo que no se advierte en este caso concreto, donde aparece como un acto aislado y no dentro de

un contexto generalizado o sistemático de actos violentos contra la población civil, por lo que no cabe para ellos la imprescriptibilidad que indica la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad. Por lo expresado y considerando que los hechos tienen como fecha de ocurrencia el 23 de enero de 1974, habiendo transcurrido a la fecha 41 años y 95 días, por aparecer que el inculcado no cometió nuevos delitos y que en este caso se ha doblado el plazo de prescripción, sobreseyó definitivamente la causa, por prescripción de la acción penal, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

*Cuarto:* Que, sin embargo, 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.

*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 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 recurrente reseña en su libelo, 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 (en el mismo sentido, SCS rol N° 21177-14 de 10 de noviembre de 2014, rol N° 2931-14 de 13 de noviembre de 2014, rol N° 11983-14 de 23 de diciembre de 2014, rol N° 25657-14 de 11 de mayo de 2015).

*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 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”).

*Séptimo:* Que en ese orden de ideas, cabe reiterar 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 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 2º Juzgado Militar de Santiago, rol N° 217-74, en que los agentes estatales no fueron considerados responsables de delito alguno, ya que fueron sobreesidos con fecha 14 de septiembre de 1974, en razón de lo dispuesto en el artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, lo cual pone de manifiesto que su actuar al menos contó con el beneplácito o tolerancia de los responsables de diseñar e implementar esta política estatal de control del orden público.

*Octavo:* Que en este contexto, los hechos que causaron la muerte de Huerta Salinas a causa de los disparos que hicieron los funcionarios estatales pueden constituir un delito de lesa humanidad, pues es incuestionable, no sólo en atención a los hechos del pro-

ceso 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, pretendiendo la seguridad interna 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, sobre todo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, entre otras actuaciones.

*Noveno:* 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 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 tenían conciencia los involucrados, 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.

*Décimo:* Que, dado el vínculo existente entre la muerte de Hugo Huerta Salinas y el elemento de contexto invocado por el recurrente, concurrente en la especie como se ha desarrollado en

las reflexiones anteriores, al calificar los jueces del fondo el hecho como un ilícito común y declararlo prescrito, han aplicado erróneamente las normas del derecho interno contenidas los artículos 93 y siguientes del Código Penal y 408 N° 4 del Código de Procedimiento Penal. En estas condiciones, se configura el vicio denunciado por el recurso, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que ha servido de base a un improcedente sobreseimiento definitivo de la causa, impidiéndose la investigación, por lo que el arbitrio impetrado, fundado en la causal 6ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, será acogido.

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 acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 341 en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en contra de la sentencia de uno de junio de dos mil quince, que corre a fojas 360, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez concurre a la invalidación dispuesta, teniendo únicamente presente:

a) Que la acción penal derivada de las circunstancias en que se produjo la muerte de Hugo Octavio Huerta Salinas durante la madrugada del 23 de enero de 1974, resulta imprescriptible en razón que estos hechos se verificaron

bajo la vigencia del estado o tiempo de guerra impuesto en esa época por el decreto ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, y que se extendió hasta el 11 de septiembre del año siguiente, declaración que jurídicamente hizo aplicables los Convenios de Ginebra, sobre trato de los prisioneros de guerra, ratificados por Chile y plenamente vigentes a la sazón, los que brindan protección no sólo a los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas, sino que también a la población civil afectada dentro de una situación material creada por un conflicto armado que puede ser interno o internacional, y que es exactamente lo acontecido; y

b) El sobreseimiento temporal decretado en los autos N° 277-1974, rol del Segundo Juzgado Militar de Santiago, con fecha 14 de septiembre de 1974, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 409, N° 1, del Código de Procedimiento Penal.

Acordada la decisión con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo, manteniendo el sobreseimiento definitivo de la causa por prescripción de la acción penal.

Para resolver de esta forma tiene presente lo que sigue:

1.- Que el concepto de delito de lesa humanidad –conforme aparece del examen de la evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia– implica, por exigencia de su núcleo esencial, que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder –usualmente el Estado o el gobierno que tiene el mando del mismo–, tendiente a

la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquél considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin.

2.- Que en el caso de autos se investigó la muerte de una persona ocurrida durante el período posterior al 11 de septiembre de 1973, en que regía el toque de queda, en circunstancias que no habría obedecido la orden de alto dada, lo que motivó que el soldado que integraba la patrulla a cargo del control del sector disparara al aire, luego de la orden de detenerse, haciéndolo finalmente al vehículo frente al desobediencia, produciéndose su deceso en el centro hospitalario donde recibía atención médica.

3.- Que el toque de queda es un mecanismo de control de todo o parte de la población del país, de uso en determinados estados de excepción constitucional, como el de sitio, que regía a la época de ocurrencia de los hechos; mecanismo que ciertamente importa una limitación a derechos fundamentales, pero que se encuentra autorizado en las situaciones excepcionales dichas y es de aplicación general, sin perjuicio que pueda tener extensión local o regional.

4.- Que, en tales condiciones, no cabe asignar a lo ocurrido con motivo de los hechos investigados en esta causa las características señaladas en el razonamiento primero de este disidente, lo que impide considerar que la muerte

de la víctima –del todo lamentable, por cierto– sea resultado de un delito de lesa humanidad y que, por lo mismo, las acciones respectivas que de allí emanan sean imprescriptibles.

5.- Que, dicho de otro modo y en forma más concreta, el mérito de autos no permite concluir que el toque de queda y su control, en los hechos aquí investigados, sean medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente –o de agentes determinados del Estado o de este mismo– encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad –jefe de plaza– que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad, como se constata en las numerosas causas de derechos humanos que se conocen por la judicatura.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito; la prevención y el voto en contra, de sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.

Rol N° 8704-2015.

## II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiséis de enero de dos mil dieciséis.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo penal por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la resolución apelada, con excepción de sus considerandos 3°, 4°, 5° y 6°, que se eliminan;

Se reproducen, asimismo, los motivos cuarto a noveno de la sentencia de casación que precede y se tiene en su lugar y, además, presente:

Que los hechos indagados se han producido durante la vigencia del toque de queda imperante en la época, que se constituyó como expresión de una política estatal de aseguramiento al margen de toda consideración por la persona humana, amedrentando a la población y otorgando una garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, de manera que ellos no pueden ser calificados en modo alguno como un comportamiento negligente y menos de carácter común; se revoca la resolución de veintinueve de abril de dos mil quince, que rola a fojas 346 y siguientes de autos que sobreseyó definitivamente esta causa por prescripción de la acción penal y, en su lugar, se declara que se repone la causa al estado de sumario para los fines que se dirá a continuación.

Vistos y teniendo presente:

1° El mérito de la querrela de fojas 1, copia de lo pertinente del informe de

la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de fojas 14, certificado de defunción de fojas 24, informe de autopsia de fojas 26, investigación sumaria administrativa realizada por la Dirección de Instrucción de la Fuerza Aérea de Chile de fojas 52 y siguientes, orden de investigar de fojas 111 y siguientes; compulsas de la causa rol N° 217-1974 del Segundo Juzgado Militar de Santiago de fojas 131 y siguientes, declaración judicial de Luis Jorge Acevedo Aros de fojas 163, de Gilda Madrid Reyes de fojas 167, de Dragomir Kovacevic Madrid de fojas 219 y 254, de Dionisio Martínez Castillo de fojas 227 y 276, de Antonio Cabañas Concha de fojas 242 y 279, diligencias de careos de fojas 320 y 323 se encuentra justificado en autos que el día 23 de enero de 1974, durante la vigencia del toque de queda imperante y en horas de la madrugada, en circunstancias que Hugo Octavo Huerta Salinas, cabo segundo de la Fuerza Aérea de Chile que se desempeñaba como escolta de Sergio Figueroa Gutiérrez, ex Ministro de Obras Públicas, volvía de cumplir sus funciones en un vehículo fiscal que se desplazaba por Avenida Irrazával hacia el poniente, antes de llegar a la intersección con Vicuña Mackenna, recibió en su cráneo el impacto de proyectiles disparados con arma de fuego, heridas que le causaron la muerte.

2° Que los hechos antes descritos constituyen el delito de homicidio simple de Hugo Octavio Huerta Salinas, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en el contexto de violaciones a los derechos humanos masivas y sistemáticas, al haberse pro-

ducido durante de la vigencia del toque de queda dispuesto por el estado de excepción imperante en la época.

3° Que los antecedentes referidos en los razonamientos que preceden, así como de las propias declaraciones de Carlos Abatte Gago de fojas 76, 138 y 248, y los que emanan de las diligencias que rolan a fojas 53, 71, 163 y 227 aparecen presunciones fundadas referidas a que a Carlos Abatte Gago le ha cabido responsabilidad en calidad de autor ejecutor, en los términos que prescribe el artículo 15 N° 1 del Código Penal en los hechos indicados precedentemente.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Penal, se declara que se somete a proceso a Carlos Abatte Gago en calidad de autor de homicidio simple en la persona de Hugo Salinas Huerta, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, perpetrado el día 23 de enero de 1974, en la ciudad de Santiago.

No se da cumplimiento, por ahora, con lo previsto en el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, por no constar que el procesado tenga bienes.

El tribunal de primer grado ordenará la aprehensión del procesado para los efectos de asegurar su persona y disponer lo pertinente en su calidad de procesado.

Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez comparte lo resuelto precedentemente, sólo en virtud de los mismos fundamentos contenidos en su anterior prevención realizada en este proceso.

Acordado lo resuelto con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien fue de la opinión de no emitir el procesamiento que se ha dispuesto, en base a lo manifestado en la disidencia contenida en la sentencia de casación que precede.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito; la prevención y voto en contra, de sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.

Rol N° 8704-2015.