

Santiago, veintiuno de agosto de dos mil trece.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 702-2009 del Tercer Juzgado Militar de Valdivia, por sentencia de catorce de noviembre de dos mil once se condenó a **Miguel Patricio Jara Muñoz** a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena como autor del delito de violencia innecesaria causando la muerte de Jaime Faundo Mendoza Collío, ilícito descrito y sancionado en el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar, acaecido en la comuna de Ercilla el 12 de agosto de 2009.

Luego de apelada esa decisión por la parte del sentenciado y por el Consejo de Defensa del Estado, la Corte Marcial la revocó, absolviendo al enjuiciado del cargo formulado.

Contra esta última sentencia la Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado dedujo recurso de casación en el fondo que se trajo en relación por decreto de fojas 1678.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de casación deducido se funda en las causales 4ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba afirma el recurso que a propósito de la testimonial se vulneraron las normas de los artículos 459 y 460 N° 8 del Código de Procedimiento Penal, porque el fallo restó todo valor probatorio al relato de once testigos contestes en los hechos y que dieron razón suficiente de sus dichos respecto de la ocupación pacífica del predio por parte de comuneros mapuches que no tenían en su poder armas de fuego. Tales dichos son desestimados por el fallo argumentándose que

ninguno de ellos puede ser oído porque se demostró que al menos uno -Luis Mendoza Millape- disparó un arma, por lo que todos carecerían de la imparcialidad necesaria para formar convicción, y porque, además, sus relatos se enfrentan al hecho demostrado de que el casco, visor y chaleco del Cabo 1° Jara Muñoz presentaban disparos de escopeta.

Cuestiona que se conceda mérito probatorio a las versiones policiales porque a los detenidos no se les imputó participación en el delito de porte ilegal de arma de fuego y porque ninguna se incautó en el lugar; de manera que ante dicha contradicción no pudieron descartarse los relatos de los comuneros, dado que la versión de los uniformados no tenía fuerza suficiente para formar convicción.

Enseguida se sostiene que la inexistencia de armas de fuego en poder de los ocupantes del predio desvanece la eximente de legítima defensa y la de haber desobedecido una orden judicial, lo que es consecuencia de que la versión de los civiles se haya calificado equivocadamente como carente de imparcialidad, fundada sólo en su condición de ocupantes ilegales del inmueble o simpatizantes de los mismos, no obstante que tres de ellos no intervinieron en la toma del terreno, por lo que se trataba de testigos hábiles que el fallo desconoce.

El siguiente error de derecho que el recurso desarrolla dice relación con la infracción a la norma del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, porque se habría desconocido valor probatorio al peritaje planimétrico del sitio del suceso evacuado por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Temuco, al informe de autopsia de la víctima, al acta de rastreo de la Policía de Investigaciones y a la minuta del equipo multidisciplinario de la Policía de Investigaciones de Chile y del Laboratorio de Criminalística Central. De estos elementos de convicción se concluye que la

distancia existente entre el imputado y el comunero fallecido era de 30 metros, antecedente de relevancia a los efectos de resolver la inminencia del peligro que podría legitimar la conducta policial. Se informó que la herida penetrante torácica por proyectil de arma de fuego es de tipo homicida; que no se encontraron en el sitio del suceso restos de cartuchos, balas o municiones que pudieran haber dejado las armas percutidas por los ocupantes del predio; y que las muestras tomadas en los dorsos y palmas de la mano de Mendoza Collío dieron cuenta que las cantidades de plomo, bario y antimonio no eran características de residuos de disparos de arma de fuego. Adicionalmente se critica que el fallo no otorgue valor al informe médico legal que analiza las eventuales lesiones que podría haber sufrido el imputado a raíz de los impactos de perdigones que figuran en las prendas que portaba, concluyendo que ninguna era hipotéticamente capaz de provocar la muerte.

Asegura que estos antecedentes, vinculados a las propias declaraciones del imputado recogidas en el fallo, permiten concluir que la defensa del policía carece de la proporcionalidad necesaria para configurar la eximente que la sentencia reconoce a quien no puso su vida en peligro.

En relación a la prueba de presunciones el recurso estima infringidas las normas de los artículos 485 y 488 Nros. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, porque se razona sobre la base de meras conjeturas carentes de todo valor a fin de justificar la inexistente legitimidad del actuar del acusado.

Respecto de la causal cuarta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal el recurso denuncia vulneración a las normas de los artículos 1°, 10 N° 4, 15 N° 1, 28, 50 y 68 inciso 2° del Código Penal, 158, 330 N° 1, 410 y 412 del Código de Justicia Militar y 20 del Código Civil como consecuencia de estimar legítima la conducta del imputado, en circunstancias que atendiendo al lugar del hallazgo del cadáver -a 30 metros del imputado-, y

al hecho que la bala penetró por la espalda del comunero fallecido, se descarta la supuesta agresión inminente que reconoce el fallo, máxime si ningún arma de fuego fue incautada, por lo que sólo se puede colegir que el carabinero no repelía ninguna agresión, sino que se hincó y apuntó a un comunero que huía.

Con estos antecedentes el recurso sostiene que se dio falsa aplicación a los artículos 410 y 412 del Código de Justicia Militar, porque la versión del imputado de haber sido emboscado por sujetos con escopetas no tiene sustento fáctico, toda vez que ningún arma fue incautada, y porque no existe prueba que la orden judicial de desalojo -si es que reviste esa condición la impartida por el fiscal regional del Ministerio Público-, haya sido intimada a algún ocupante del predio.

Finaliza señalando que las normas de los artículos 15 N° 1, 28, 50 y 68 inciso 2° del Código Penal, 330 N° 1 del Código de Justicia Militar y 20 del Código Civil resultaron infringidas por falta de aplicación como consecuencia de la absolución del imputado al otorgar a la eximente del artículo 412 del Código de Justicia Militar un sentido y alcance que no corresponde al caso de autos.

Con estos argumentos solicita que se anule el fallo de alzada y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que confirme la decisión condenatoria de primer grado, con declaración que se eleva la pena privativa de libertad impuesta a diez años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales pertinentes.

**SEGUNDO:** Que a fojas 1684 la Fiscalía Judicial de esta Corte informa que en su opinión la sentencia impugnada infringe las normas reguladoras de la prueba que el recurso menciona, lo que permitió fundar una situación de agresión inminente y la consiguiente eximente de responsabilidad del Cabo 1° Jara Muñoz en oposición a los hechos demostrados, pues los hechos no prueban que haya sido racionalmente necesario hacer un disparo a la espalda

de la víctima. En tal entendimiento considera que no es posible encuadrar los hechos en la situación prevista en el artículo 410 del Código de Justicia Militar, ni en el artículo 10 N° 4 del Código Penal, porque falta especialmente la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, de manera tal que corresponde comprender tales hechos en el ilícito penal de violencia innecesaria causando la muerte de un tercero contemplado en el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar.

**TERCERO:** Que, como ya se dijo, la primera parte del recurso plantea infracción a las leyes reguladoras de la prueba, lo que se hace denunciando como infringidas las normas de los artículos 459, 460 N° 8, 472, 485 y 488 Nros. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal. La nulidad fundada en los dos primeros preceptos debe desecharse porque estos carecen de la calidad requerida para sustentar el motivo de nulidad en examen. En efecto, mientras el artículo 459 sólo faculta al tribunal para otorgar a la declaración de testigos el valor de demostración suficiente del hecho sobre el cual deponen, es decir, no constituye un imperativo de valoración, porque sólo tiene por objeto indicar un criterio determinado para ponderar los dichos aportados por los deponentes y en cuya valoración los jueces obran con facultades privativas; el artículo 460 N° 8, por su parte, no contiene ninguna restricción en cuanto a la apreciación de los dichos de los testigos a quienes pudiere afectar la causal de inhabilidad que la disposición contempla, estando autorizado el tribunal discrecionalmente para considerar o no esos relatos como base de una presunción judicial. El artículo 472 del Código de Procedimiento Penal tampoco contiene una norma reguladora de la prueba, pues al estar redactado en términos facultativos permite a los jueces del grado apreciar con libertad la fuerza de convicción de los informes periciales, lo que impide controlar su aplicación por esta vía. Por último, a propósito de la prueba de presunciones, el artículo 485 del Código de

Procedimiento Penal contiene un concepto de presunción, no una regla de valoración, de manera que no se advierte de qué manera podría habersele vulnerado ni cómo podría conducir a la declaración de hechos diversos de los asentados en el fallo.

En el caso del artículo 488 reiteradamente se ha sostenido por la doctrina y la jurisprudencia que sólo los presupuestos descritos en los Nros. 1° -atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales- y 2° -en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples- envuelven restricciones a la facultad de apreciación del juez, y que los demás elementos insertos en los restantes numerales, por sus características -por el contrario-, atañen a las prerrogativas exclusivas de los jueces de la instancia, por lo que su aplicación excede por completo los márgenes del recurso de casación. En este entendimiento, la prueba de presunciones o indicios sólo puede configurar infracción de ley que conduzca a la nulidad del fallo cuando se ha ignorado que la conclusión debe fundarse en hechos reales y probados, no en otras presunciones, y que es necesaria la multiplicidad de antecedentes. En la especie, la falta que el recurso atribuye a la sentencia únicamente importa una alegación relativa al análisis de los medios de prueba y las conclusiones que de ellos se extraen, proceso intelectual de convicción íntima que, como es sabido, es privativo de los tribunales de instancia y, por lo mismo, ajeno a este recurso que no controla tal apreciación, sino sólo que ésta se desarrolle dentro de los márgenes que la ley prevé, los cuales en la especie no han sido vulnerados.

En tales circunstancias debe desestimarse esta parte del recurso.

**CUARTO:** Que el rechazo de la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba trae como consecuencia que los hechos declarados en el fallo se mantienen inamovibles, de lo que deriva que el estudio de la

causal cuarta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal debe ajustarse a ellos.

En el caso de autos se tuvo por acreditado que el 12 de agosto de 2009 se produjo una ocupación de terrenos en el fundo San Sebastián de la comuna de Ercilla, IX Región de la Araucanía, por parte de un número indeterminado de comuneros mapuches, por lo que Carabineros concurrió al lugar cumpliendo la orden impartida por la Fiscalía Local de Angol de desalojar el predio y proceder a la detención de los responsables en caso de flagrancia. Es así como personal de Fuerzas Especiales de la Prefectura de Malleco, más personal especialista del GOPE de Santiago que prestaba apoyo circunstancial a los procedimientos policiales realizados en la zona, se trasladaron hasta dicho predio alrededor de las 14:30 horas. Al llegar los funcionarios de la patrulla del Gope compuesto por el Teniente Raúl Alejandro Sáez Pezo y otros seis hombres que detentaban grados de Sargento y Cabo se separaron en dos grupos, uno compuesto por 4 hombres y el otro por 3. En este último, uno de sus integrantes de grado Cabo 1° se adelantó a los demás y persiguió a unos sujetos que al decir de los funcionarios les habrían disparado con armas de fuego, persecución que se llevó a efecto hasta las cercanías de un canal, donde conforme lo señala el funcionario policial persecutor fue atacado con una escopeta de perdigones, lo que lo motivó a efectuar disparos al aire de intimidación y advertencia con la pistola fiscal marca Jericho calibre 9 mm. serie 97304417, para luego y al ser objeto de un nuevo ataque de las mismas características realizar un quinto y último disparo en contra de uno de sus presuntos atacantes, el que se hallaba a una distancia aproximada de 30 metros, el cual le impacta en la región torácica, cara posterior del hemitórax derecho -espalda-, saliendo el proyectil por el hemitórax anterior izquierdo -región precordial-, causando su deceso a raíz de dicha lesión por arma de fuego.

**QUINTO:** Que tales acontecimientos no se avienen con la eximente de responsabilidad que reconoce la sentencia a favor del acusado.

En efecto, en lo que dice relación con la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, el fallo únicamente estableció como hecho que la distancia existente entre el presunto atacante y el policía que le dispara era de 30 metros, ingresando el proyectil que causó la muerte de la víctima por la espalda, en el tercio medio de la cara posterior del hemitórax derecho. El fallo no declara el hecho que conduciría a la eximente, esto es los disparos de escopeta que el agente dijo repeler, ni determina con precisión quiénes son sus atacantes y, más aún, con las pericias no se estableció que la víctima haya portado arma de fuego, siendo insuficiente a estos efectos la circunstancia que se haya encontrado un cartucho sin percutir en uno de sus bolsillos. En tales condiciones no es posible sostener que el acusado, integrante del Grupo de Operaciones Especiales de Carabineros cuya especialidad es de tirador escogido, haya estado enfrentado a una situación que efectivamente puso en riesgo actual o inminente su vida o integridad, la de alguno de sus acompañantes o de un tercero extraño.

Por otro lado, no está demás recordar que, como consta de fojas 1552, el presunto delito de homicidio frustrado a carabinero en ejercicio de funciones del que habría sido víctima el acusado Jara Muñoz fue sobreseído, por cuanto no se logró establecer el origen de los impactos de perdigones en su casco, visor y chaleco antibalas.

Estos mismos antecedentes descartan la necesidad racional de usar el armamento que portaba en términos de apuntar al cuerpo de un supuesto atacante porque, como se dijo, no está establecida la circunstancia de la agresión ilegítima. Además quedó establecido que el disparo del carabinero procesado no fue dirigido a quien lo atacaba, como se ha sostenido, por que el



occiso recibió el impacto de bala cuando huía, puesto que el proyectil ingresó por su espalda.

**SEXTO:** Que como se ha razonado, por no concurrir en los hechos declarados en el fallo el presupuesto de agresión ilegítima, real, actual o inminente que integra la eximente reconocida en el fallo, ha de concluirse que hubo un exceso de violencia consistente en disparar al cuerpo de la víctima, y que ha tenido lugar la transgresión denunciada por falsa aplicación de la norma del artículo 410 del Código de Justicia Militar, que constituye la causal de invalidación contenida en el ordinal cuarto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 546 Nros. 4° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal, **SE ACOGE** el recurso de casación en el fondo formalizado en lo principal de fojas 1620 por la Abogado Procurador Fiscal de Santiago doña Irma Soto Rodríguez, por el Consejo de Defensa del Estado y, en consecuencia, se anula la sentencia del tribunal de alzada de dieciséis de agosto de dos mil doce, escrita a fojas 1607 y siguientes la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente, y sin nueva vista.

**Acordada con el voto en contra del abogado integrante Sr. Baraona** quien estuvo por desestimar el recurso porque, en su concepto, los hechos declarados en el fallo recogen todas las exigencias legales de la eximente de responsabilidad que el fallo consideró que favorecía al acusado, tanto la agresión ilegítima como la necesidad racional del medio empleado para repelerla. En su concepto no hay dudas del hecho cierto y comprobado que entre los ocupantes del predio y los funcionarios a cargo del procedimiento hubo intercambio de disparos y que el acusado recibió impactos de perdigones que dañaron tanto el visor del casco como el chaleco táctico que utilizaba

provenientes de una escopeta que portaba alguna persona de aquellas que participaban de la ocupación ilegal, entre las que se encontraba el occiso Mendoza Collío, quien mantenía entre sus vestimentas un cartucho de escopeta calibre 12 sin percutir. Tales hechos de violencia analizados en concreto desde la perspectiva del agredido y agotadas las medidas disuasivas previas consistentes en cuatro disparos al aire configuraron una situación real de peligro en que no existió para el afectado otro medio idóneo a su alcance que fuera suficiente para repeler el ataque, pues como asienta la sentencia impugnada, una espera mayor pudo efectivamente frustrar toda posibilidad de defensa. En tales condiciones sólo cabe reconocer, como lo hace el fallo, que beneficia al encausado la eximente de responsabilidad del artículo 410 del Código de Justicia Militar.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito y de la disidencia su autor.

Rol N° 6735-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., el abogado integrante Sr. Jorge Baraona G. y el Auditor General del Ejército Subrogante Sr. Roberto Reveco D. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

**SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Santiago, veintiuno de agosto de dos mil trece.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo:

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia apelada con excepción de sus fundamentos Décimo y Décimo Cuarto que se suprimen.

**Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que las circunstancias fácticas que rodearon los hechos demostrados y la escalada de violencia que tornó ineficaz las medidas disuasivas adoptadas en el procedimiento policial, naturalmente constituyeron estímulos poderosos en términos de causar subjetivamente una alteración en el estado emocional del agente llevándolo a representarse, en un disminuido estado de autodeterminación, la necesidad de disparar contra los comuneros ilegales del predio, lo que permite a este tribunal reconocer, de oficio, la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 5 de Código Penal en su variable de obcecación.

**SEGUNDO:** Que el delito previsto en el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar lleva aparejada la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, por lo que de conformidad con lo prescrito en el artículo 68 inciso tercero del Código Penal al concurrir dos circunstancias atenuantes de responsabilidad, sin agravantes, la pena a imponer puede reducirse en uno, dos o tres grados al mínimo, de manera que en ejercicio de esa prerrogativa este tribunal disminuirá en dos grado el castigo, quedando así determinado en el de presidio menor en su grado medio, y atendiendo, además a la extensión

del daño producido y las circunstancias en que se verificaron los hechos delictuosos, se impondrá dentro de dicho tramo la sanción máxima.

**TERCERO:** Que en los términos que se ha decidido se disiente parcialmente de la opinión de la Fiscalía Judicial.

Y visto lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Código de Justicia Militar y 20 del Código Penal, se decide:

Se rechazan las tachas interpuestas en contra del testigo Leonel Esteban Neculpán Huentecol y del perito Juan Antonio Rivera Martínez.

**Se confirma la sentencia apelada de fojas 1556 con declaración** que se reduce la sanción impuesta a Miguel Patricio Jara Muñoz por su participación de autor en el delito de violencia innecesaria causando la muerte de Jaime Faundo Mendoza Collío a tres años de presidio menor en su grado medio, y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y pérdida del estado militar.

Por reunirse en la especie los requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de remisión condicional de la pena, para lo cual quedará sujeto al control del Juez Militar que corresponda mientras se encuentre en servicio activo y, en su oportunidad, al de Gendarmería de Chile por el mismo que faltare, debiendo cumplir las exigencias del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

En el evento que dicho beneficio le fuere revocado, deberá cumplir efectivamente la sanción impuesta para lo cual le servirá de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa el tiempo y que le reconoce el fallo que se revisa.

**Se previene que el Ministro Sr. Brito** no comparte la decisión de reconocer la circunstancia atenuante del número 5 del artículo 11 del Código Penal porque en su concepto respecto de un policía especializado en labores

de inteligencia y operaciones especiales, como ocurre en la especie, no es aceptable proceder como consecuencia de obcecación dada su especial calificación y entrenamiento para superar cualquier situación de riesgo que pueda intervenir sus facultades intelectivas; y, porque, además, no se hallan establecidas las circunstancias de hecho que den cuenta que el estado psicológico del acusado se haya visto alterado al extremo de persistir en su actuación no obstante su ilegitimidad, todo lo cual debió ser demostrado, lo que en este caso no ha sucedido. Lo mismo puede decirse de la atenuante de arrebató. En tales condiciones y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2° del Código Penal, estuvo por imponer al sentenciado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

El Ministro Sr. Künsemüller concurre a esta prevención, teniendo además en cuenta que esta atenuante representa un caso de exigibilidad de otra conducta disminuida y, por ende, un caso de culpabilidad menguada, fenómeno subjetivo que debe ser consecuencia de “estímulos poderosos”. A su juicio, la inexistencia de un riesgo actual o inminente para la persona del inculcado –declarada en el fallo de casación- excluye la aceptación de una presión psicológica que haya determinado al agente a obrar como lo hizo, disparando por la espalda a la víctima.

**Acordada con el voto en contra del abogado integrante Sr. Baraona** quien estuvo por revocar la sentencia impugnada por los mismos argumentos expresados en su disidencia al fallo de casación que antecede y por compartir, además, los motivos expresados en la decisión invalidada de la Corte Marcial de dieciséis de agosto de dos mil doce.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 6735-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., el abogado integrante Sr. Jorge Baraona G. y el Auditor General del Ejército Subrogante Sr. Roberto Reveco D. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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