

Santiago, once de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 1.901.133.327-6, RIT 52-2022, condenó a [REDACTED] a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo y, a las accesorias legales, como autor del delito consumado de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, perpetrado el 20 de octubre de 2019, en la comuna de Colina.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado recurrió de nulidad, arbitrio que se conoció en la audiencia pública de veintidós de agosto del año en curso, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que, como capítulo primordial de impugnación, el arbitrio recursivo se construye sobre la reiteración de tres causales de invalidación, propuestas de manera conjunta, en lo que guarda relación con el motivo de nulidad contenido en la letra b), del artículo 373 del código adjetivo.

En primer lugar, la defensa invoca la referida causal de nulidad respecto de la calificación jurídica —y la pena impuesta a su defendido— por el hecho establecido por los sentenciadores del fondo como constitutivo del delito de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, toda vez que, en su concepto, tales hechos debieron calificarse como constitutivos del delito de violencia innecesaria, con resultado de lesiones, ilícito contemplado en el Código de Justicia Militar.



Explica que, resulta ser determinante para la configuración de la causal, que el tribunal no se haya pronunciado sobre los hechos probados que le permitiesen afirmar la presencia de este elemento del tipo penal, sino que sólo recurre a la diferenciación, entre el tipo de torturas y apremios ilegítimos, indicando que no se precisa ninguna intencionalidad específica, para luego afirmar que, el resultado de lesiones graves gravísimas constituye el “dolor o sufrimiento grave” a que alude el tipo penal y que, además, le sirve para calificar la conducta por el resultado conforme se desprende de la parte resolutive del fallo, en cuanto condena a su defendido por el tipo penal previsto en los artículos 150 D y 150 E, en relación con el artículo 397, N° 1, todos del Código Penal. El tribunal estimó que los hechos acreditados eran constitutivos del delito de apremios ilegítimos cometidos por empleado público, ilícito previsto y sancionado en el artículo 150 D del compendio punitivo, resultando aplicable el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Agrega que el tribunal entendió que las situaciones de emergencia interna no habilitan para la suspensión, en modo alguno, de las garantías fundamentales, entre los que se cuentan la prohibición de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. A partir de tal premisa, el tribunal razonó jurídicamente indicando que este fue el motivo por el cual se introdujeron, con la Ley 20.968, de 22 de noviembre de 2016, los delitos de tortura (artículos 150 A y 150 B del Código Penal), además, de tipificarse de manera separada y específica, el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 150 C, 150 D, 150 E y 150 F).

Sostiene que el tribunal construyó los elementos del contenido del injusto, sin lograr una definición o concepto, sino que recurre simplemente a la distinción entre la tortura y los apremios ilegítimos u otros tratos crueles,



inhumanos o degradantes, apelando a la definición de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que no definen, sino que más bien establecen únicamente la prohibición de la aplicación por parte de los Estados de la tortura, los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. A partir de ahí, el tribunal del grado entendió que los apremios ilegítimos constituyen la forma básica de atentado contra la dignidad humana para, de esa forma, establecer que los hechos constituyen el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes calificado por el resultado de lesiones graves gravísimas, al concurrir todos los elementos de dicha figura, tipificada en los artículos 150 letras D y E, N° 2 del Código Penal, en relación con el artículo 397, N° 1 del mismo cuerpo legal.

Por lo anterior, solicita invalidar la sentencia y dictar sentencia de reemplazo calificando los hechos probados como constitutivos de un delito de violencia innecesaria, ilícito previsto y sancionado en el artículo 330, N° 2 del Código de Justicia Militar, aplicando en particular una pena en el quantum del presidio menor en su grado medio, o bien, en una menor al rebajar en un grado la pena del mínimo señalado por la ley al delito, imponiéndose la de presidio menor en su grado mínimo; y, se le sustituya la pena por la de remisión condicional, prevista en el artículo 4° de la Ley 18.216, u otra pena sustitutiva.

En segundo lugar, conjuntamente, invoca la misma causal pero ahora respecto de la calificación jurídica y la pena aplicable al hecho probado como apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, toda vez que debió haberse calificado como un resultado de lesiones simplemente graves.

Expone que el tribunal descartó la subsunción del resultado dentro del delito de lesiones simplemente graves, contenido en el artículo 397, N° 2 del



Código Penal. La errónea calificación jurídica de los hechos, que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo tiene lugar, además, en el momento en que el tribunal subsume los hechos acreditados en el resultado de lesiones graves gravísimas del artículo 397, N° 1 del Código Penal, al considerar que todo impedimento —físico o funcional— de un miembro importante importantísimo —cualquiera que esta sea y sin estimación de su entidad— debe calificarse como un delito de lesiones graves gravísimas, en circunstancias que solo pueden ser constitutivos de este tipo de lesiones aquellos resultados que dejen al afectado en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba y que, además, sean de tal entidad que supongan un resultado equiparable a las otras hipótesis del artículo 397, N° 1 del Código Penal, esto es, demencia, impotencia, inutilidad para el trabajo, notable deformidad, tal como expresamente lo dispone dicha norma.

Explica que, la lesión sufrida por la víctima en este caso y en la forma en que se ha tenido por acreditada por el tribunal no puede ser considerada equivalente al resultado de “pérdida total de la vista, del sentido del olfato y el gusto que nunca se podrán recuperar”; no es equiparable el resultado probado al caso de la pérdida completa e irreversible de la vista producto de la extracción de los ojos. Tampoco, es equiparable al caso en que la víctima pierde por completo la funcionalidad sin posibilidad alguna de recuperación de un solo miembro, como ocurre con la lesión que supone la pérdida de un ojo, porque aquí como el mismo tribunal del fondo reconoce, la víctima experimentó una recuperación, logrando caminar con el apoyo de muletas y se encuentra, debido a las intervenciones, en un proceso de regeneración del nervio femoral,



por lo que ha podido volver a usar la pierna y no puede calificarse la lesión sufrida por la víctima como irrecuperable.

Por lo anterior, solicita invalidar la sentencia y dictar sentencia de reemplazo imponiéndole al acusado una pena en el quantum del presidio menor en su grado medio a máximo; o bien, en virtud, de la consideración de la concurrencia de las atenuantes reconocidas por el tribunal, se rebaje la pena en un grado desde el mínimo del marco legal señalado por la ley para el delito, imponiéndose una pena de presidio menor en su grado mínimo y se le sustituya, en el primer caso, la pena por la de libertad vigilada, o bien, por la libertad vigilada intensiva; y, en el segundo supuesto, para el evento que se baje un grado la pena del mínimo señalado por la ley al delito, imponiéndose la de presidio menor en su grado mínimo y se le sustituya la pena por la de remisión condicional, prevista en el artículo 4º de la Ley 18.216, u otra pena sustitutiva.

En tercer lugar, y también de manera conjunta, invoca la causal en estudio respecto del elemento “agresión ilegítima” de la legítima defensa de terceros del artículo 10, Nº 4 del Código Penal, en relación con el exceso intensivo y su tratamiento en relación con los artículos 10, Nº 1 y 73 del mismo cuerpo legal.

Expone que el tribunal tomó, como elemento central para descartar la calificación de los hechos probados como una “agresión ilegítima”, la intensidad o capacidad de daño de ésta y no la existencia de la agresión ni su ilicitud, entendiendo que no concurre, pese a que cita doctrina señalando que la agresión ilegítima consiste en una “conducta humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico defendible”, para luego afirmar que aquella “agresión debe cumplir con algunas condiciones para efectos de su consideración, así,



como ser real, actual o inminente, y además no haber sido provocada”. Finalmente, el tribunal sostiene que no hubo agresión ilegítima, pero afirma que la acción —aun reprochable— de la víctima, no alcanza a constituir una agresión inminente, que justifique la actuación del encartado. En otros términos, el tribunal no niega la existencia de una agresión real ni tampoco descarta su ilicitud, solo señala que no es inminente en relación con los hechos probados, porque en el momento en que se produce el disparo, el furgón de Carabineros ya iba en marcha retirándose del lugar. Lo anterior, le sirve al tribunal para descartar derechamente las causales de justificación de legítima defensa incompleta del artículo 10, N° 4 del Código Penal alegada por la defensa en el juicio oral, esto es, la aplicación de la atenuante del artículo 11, N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 73 del mismo cuerpo legal, por no haber concurrido, conforme a los hechos acreditados, la exigencia de la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, tal como lo dispone el requisito segundo del artículo 10, N° 4 del Código Penal.

Solicita invalidar la sentencia y dictar sentencia de reemplazo que estime concurrente el requisito esencial de la legítima defensa de terceros, previsto en el artículo 10, N° 4 circunstancia primera del Código Penal, esto es, “agresión ilegítima” y no concurrente el requisito previsto en la circunstancia segunda del mismo precepto, es decir, la “necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla” y, por ende, apreciar una legítima defensa incompleta por exceso intensivo en la respuesta o falta de proporcionalidad. Solicita considerar el hecho probado como constitutivo de un error de prohibición sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causal de justificación y, en consecuencia, considerar concurrentes respecto del hecho y la calificación jurídica realizada, la eximente o justificante incompleta prevista en el artículo



11, N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 73 del Código Penal, rebajando la pena de presidio mayor en su grado medio en uno, dos o tres grados del mínimo señalado por la ley al delito y, en virtud de la valoración de la concurrencia de las atenuantes de los números 6° y 9° del artículo 11 del Código Penal, que fueron consideradas por el tribunal a quo, se imponga una pena en el rango del presidio menor en su grado mínimo a medio y, se le imponga la pena sustitutiva de libertad vigilada del artículo 15 de la Ley 18.216, o bien, se le sustituya la pena por la de remisión condicional, según sea el caso u otra pena sustitutiva.

Durante sus alegatos en estrado, y dentro del capítulo principal de su arbitrio, el abogado don Gustavo Balmaceda Hoyos invocó la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 21.560, por ser más favorables a su defendido.

Segundo: Que, como capítulo subsidiario, el recurso invoca el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e), del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342, letra c), 297 y 340 del mismo cuerpo legal, afirmando que el tribunal no se hizo cargo, en su fundamentación, de la totalidad de la prueba producida en juicio, omitiendo referirse a aspectos fundamentales tanto de la prueba de cargo como de descargo y no otorgando razón alguna para desestimar gran parte de la prueba como exige el artículo 297 del código adjetivo, además de denunciar como vulnerados los principios de la lógica y conocimientos científicamente afianzados. Afirma que la sentencia vulneró el deber de fundamentación y las reglas de la lógica, en relación al principio del tercero excluido y la razón suficiente en cuanto al hecho que dio por acreditado.



Explica que el fallo no cumple con el estándar exigido por la ley procesal penal, en concreto, con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en relación a los principios de la lógica, en especial, la razón suficiente. Lo anterior debido a que el conjunto de los elementos probatorios no permite arribar a la convicción probatoria necesaria en relación con los hechos que imputa el Ministerio Público, como tampoco, con la acreditación del hecho mediante prueba fundada en los conocimientos científicamente afianzados, dado que no se incorporó durante el juicio oral, prueba científica balística, química, biológica, documental, audiovisual, testimonial, ni pericial médica que permita acreditar, más allá de toda duda razonable, en el estándar exigido por el artículo 340 del Código Procesal Penal, con la finalidad de demostrar el delito de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves-gravísimas.

En consecuencia, el ejercicio que debió haber hecho el tribunal fue excluir la confesión del acusado y ponderar si la prueba, por sí misma, permite acreditar el hecho que se imputa en el estándar de “más allá de toda duda razonable”, por lo que solicita invalidar la sentencia y el juicio oral, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral.

Tercero: Que, en lo concerniente a los hechos que sirven de sustento a la decisión del tribunal del fondo, la sentencia impugnada en su motivo decimotercero tuvo por acreditado que, *“...encontrándose vigente el Estado de Excepción Constitucional de emergencia en las provincias de Santiago y Chacabuco, siendo a esta última a la que pertenece la comuna de Colina y en el marco de las operaciones dispuestas por la Jefatura de la Defensa Nacional, mediante las cuales se instruye al Ejército de Chile, organizar y desplegar un pelotón para ejecutar patrullajes y otorgar protección al Edificio de la Gobernación Provincial de Chacabuco, ubicado en General San Martín N° 253,*



frente a la plaza de la misma comuna, labor ejecutada por personal de la Brigada de Operaciones Especiales (BOE), durante la tarde del día 20 de octubre de 2019, esto es, las 14:00 horas en adelante, diversos grupos de personas desarrollaron manifestaciones en las inmediaciones de la Plaza De Colina, especialmente en las intersecciones de las calles General San Martín con calle Fontt, General San Martín con calle Chacabuco, y calle Chacabuco con calle Fontt de esta comuna.

A eso de las 16:00 horas aproximadamente, varios de los manifestantes lanzaron objetos contundentes hacia las dependencias de la gobernación donde se encontraba el citado contingente militar (patrulla de la BOE), quiénes se replegaron dentro del inmueble, y solicitaron apoyo de otra patrulla del ejército y de carabineros. seguidamente, alrededor de las 17:00 a 17:30 horas, un vehículo de carabineros tipo furgón o carro z, a cargo del Capitán Patricio Garrido Chamorro, de dotación de la 8ª Comisaría de Colina, llega al lugar, estacionándose en la calzada de Avenida San Martín, esquina de calle Chacabuco, frente al Supermercado Mayorista.

Junto a su personal, algunos de los cuales portaban escudos, el Capitán Patricio Garrido Chamorro desciende del vehículo y avanza por calle Chacabuco, haciendo uso de bombas lacrimógenas y escopeta antidisturbios, por lo que los manifestantes se desplazan hacia la esquina de las calles Chacabuco y Fontt.

Mientras esto ocurre, personal del Ejército, entre ellos el Cabo Primero XXXXXXXXXX de dotación de la Brigada De Operaciones Especiales Lautaro, encontrándose de servicio, portando un fusil de guerra m-4 marca Colt calibre 5.56 mm, y premunido de municiones de fogueo y letal, se desplaza a



las afueras de la Gobernación Provincial de Chacabuco, y avanzan por calle San Martín hacia Chacabuco, por la calzada y ambas veredas.

En ese momento, un grupo de manifestantes avanza por calle Chacabuco desde la intersección con calle Fontt, hacia Avenida General San Martín, lanzando elementos contundentes a carabineros, por lo que el Capitán Garrido Chamorro, ordena la retirada del piquete a su mando, de modo que la totalidad de los carabineros suben al furgón el que inicia su marcha por Avenida General San Martín al Norte, sin lesionados.

Por su parte, [REDACTED], se contaba entre las personas que ese día se encontraba manifestándose en la plaza de Colina.

Desde esa intersección y estando sobre la calzada, sin que a su alrededor hubiera muchedumbre y una vez que el furgón de carabineros ya había iniciado su marcha, [REDACTED] tomó desde la calle un objeto contundente que lanzó en dirección al furgón, momento en el cual, el Cabo Primero del Ejército de Chile [REDACTED] al margen de las "REGLAS DE USO DE LA FUERZA (RUF) PARA LAS FUERZAS MILITARES DESPLEGADAS EN ZONAS DECLARADAS EN ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE EMERGENCIA Y CATÁSTROFE", en adelante RUF, abusando de su cargo, disparó con su fusil m-4 marca colt calibre 5.56, una munición letal calibre 5.56 mm, apuntando a la pierna derecha de [REDACTED] [REDACTED] impactando en el fémur derecho, cayendo al suelo y perdiendo el conocimiento de manera inmediata.

La acción desplegada por [REDACTED] provocó a [REDACTED] [REDACTED] una herida en la región femoral derecha, fractura en fémur derecho expuesta, shock hemorrágico, lesión de arteria y vena femoral, lesión de nervio femoral con pérdida de sustancia, síndrome compartimental tratado



con fasciotomía de muslo y pierna, trombosis de bypass de vena femoral derecha y de vena femoral distal, trauma por proyectil en muslo derecho con entrada y salida de proyectil, lesión neurovascular femoral derecha. La lesión producida por el proyectil generó una cicatriz permanente.

A nivel de sistema nervioso, [REDACTED] presenta pérdida de la sensibilidad de la cara anterior del muslo derecho, de la cara lateral de la pierna derecha y del maléolo externo del tobillo izquierdo, además de parestesias en todo el pie derecho, lo que le impide desplazarse sin uso de muletas o silla de ruedas.

Las lesiones dejaron secuelas funcionales permanentes, además de deformación estética deformante, y sanan, previo múltiples tratamientos quirúrgicos especializados, entre 450 y 500 días y hubieran resultado mortales, de no mediar socorros médicos oportunos, los que fueron prestados inmediatamente por funcionarios del Ejército de Chile”.

Estos hechos fueron calificados por los sentenciadores del grado como constitutivos del delito de apremios ilegítimos, al concurrir todos los elementos de dicha figura, tipificada en los artículos 150 letras D y E N° 2, en relación al artículo 397, N° 1, todos del Código Penal.

En lo que respecta a los fundamentos del recurso de nulidad, el fallo impugnado en su motivación décima estableció que, “a la luz de los hechos que han resultado establecidos, como se estipuló en el veredicto, constituyen el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes calificado por el resultado de lesiones graves gravísimas, al concurrir todos los elementos de dicha figura, tipificada en los artículos 150 letras D y E N° 2 del Código Penal, en relación con el artículo 397 N° 1 del mismo cuerpo legal, vale decir, en lo que concierne al presente caso: a) que el



sujeto activo sea un funcionario público, b) que cometa el hecho con abuso del cargo o sus funciones, c) que ejecute un acto por el cual infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o psíquicos, que no alcancen a constituir tortura y d) que con ocasión de la acción del agente se cometieren además lesiones graves gravísimas.

Sobre el bien jurídico protegido, a propósito de la implementación de la Ley N° 20.968 (2016), tanto por la separación que realiza entre los tipos de tortura y el de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, como por los conceptos legales que establece para distinguir ambas figuras, sus elementos subjetivos y teleológicos, sus tipos agravados y calificados, así como por las demás figuras especiales incorporadas en otras normas, han superado la antigua tesis mayoritaria que establecía que lo que se protegía aquí era sólo la seguridad de las personas como presupuesto de la libertad (en este sentido Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, 2007, p. 217). Estimándose en la doctrina comparada (España) que el Bien Jurídico Protegido en esta clase de delitos era la integridad moral. Tesis originalmente presentada, y seguida mayoritariamente hasta hoy, por Díaz Pita, 1997). Valor de carácter autónomo e independiente de los antiguos y tradicionales bienes jurídicos. (M. Durán M. Rev de derecho, Coquimbo, 2020.)

La defensa ha objetado en forma principal, la calificación de los acusadores de los hechos acreditados en el tipo penal previsto en el artículo 150 E del código penal, argumentando que dichos hechos resultan constitutivos de violencias innecesarias, sancionadas en el artículo 330 Código de Justicia Militar y que el actuar de ██████ fue motivado —como causal de justificación— frente a la errónea interpretación de un acto hostil que lo motivó a actuar en defensa de un tercero.



Valga decir en esta parte que ninguno de los intervinientes propuso que se esté en presencia de un delito de torturas del artículo 150 A del sustantivo, pero su consideración, descarte y comparativa resultan relevantes a propósito de dar cuenta de la calificación jurídica que el tribunal dio a los hechos que estimó concurrentes.

En el análisis de lo que se viene explicando, si se comparan las hipótesis típicas de los literales A y D del artículo 150 del Código Penal, es posible advertir a priori que la tortura posee una configuración que se hace cargo con detalles de la tipicidad objetiva y subjetiva, en tanto los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes se construyen en forma residual a la tortura, al amparo de un vínculo de gravedad, siendo el literal D, el injusto que soporta una menor intensidad respecto al de tortura. Diferencias que por lo demás, se ven reflejadas en la sanción asignada respecto de una y otra conducta, presidio menor en su grado medio en un caso y mayor en su grado mínimo en el otro.

La decisión legislativa de no entregar mayores elementos que permitan definir con precisión qué actos son constitutivos del delito de apremios ilegítimos, dejando su calificación a la hipótesis negativa 'que no alcancen a constituir tortura', es lo que sostiene Matus y Ramírez, cuando proponen una distinción bajo el amparo de la capacidad de los actos que se ejecuten para provocar sentimientos de humillación y degradación en las víctimas.

Mientras en el marco del Derecho Internacional, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos o degradantes, dispone en el inciso segundo del artículo 1, que 'la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante'. Es la gravedad, por una parte, el criterio



diferenciador entre las dos figuras en procedencia, y conforme lo ya adelantado sobre la tipificación residual de los apremios ilegítimos la que torna en forzoso este razonamiento previo de descarte.

Así, al tenor de lo dispuesto en los art. 150 A y 150 D, sólo es posible desprender que la gravedad en los términos en cómo es planteado por el legislador, es un concepto gradual y comparativo, en donde la menor gravedad de los apremios ilegítimos se configura de manera más vaga en comparación a la mayor intensidad característica de la tortura.

En el derecho comparado, se han propuesto diversos criterios para determinar la frontera entre una y otra intensidad del comportamiento típico, pero la tendencia es valorar casuísticamente.

Así, 'Grima Lizandra por ejemplo, sugiere ciertos criterios como la tolerancia de la víctima, las circunstancias en que se inflige la conducta y los valores imperantes en el contexto socio-cultural; pero reconoce que no puede haber un criterio general para todos los casos.

Desde la perspectiva jurisprudencial el Tribunal Supremo Español, ha dispuesto de cinco parámetros para estimar la gravedad de una conducta típica lesiva de la integridad moral: la duración, el uso de instrumentos hirientes, el lugar de comisión, la situación de indefensión de la víctima y la exhibición de partes del cuerpo que ameritan recato'.

En tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso Luis Lizardo Cabrera, la cual, en el párrafo relativo a la violación al art. 5 de la Convención Americana, dispone que: La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental



experimentado por la víctima. Los criterios que establece dicha Convención para calificar un hecho como tortura son:

a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero. La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima.

De lo que se lleva dicho, deviene sin dificultad, que los distintos criterios doctrinales como jurisprudenciales en torno al elemento gravedad y su incidencia en la diferenciación entre la tortura y los apremios ilegítimos, no solo reflexionan en relación a la intensidad como criterio cuantitativo, sino también existen criterios extensivos como la duración de los sufrimientos, la afectación de determinadas partes del cuerpo de la víctima, o la referencia a los medios empleados, todos los que deben integrar la valoración del tribunal par subsumir los hechos atribuidos en el caso concreto.

De esta reflexión se desprende que la relación de gravedad que existe entre ambos tipos penales, —150 A y 150 D— es una relación que está determinada por la especialidad, contexto en el cual, la tortura es un caso especial de apremios ilegítimos.



La exigencia de finalidades en el agente, como elemento integrante de la tipicidad de dicha figura, solo es tributaria de la tortura como tipo penal, y no de los apremios ilegítimos, pudiendo configurarse en la medida que el sujeto activo corresponda a un funcionario público, que en abuso de sus funciones ordene, consienta o aplique apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura.

Vale consignar en esta parte también, a propósito de las objeciones de la defensa, que el elemento gravedad de las lesiones, no integra la tipicidad de ninguna de dichas figuras, sino que es un elemento extra típico, que solo permite esa diferenciación entre los injustos en concurso.

Así, ‘aun cuando es posible afirmar que la tortura es una hipótesis especial porque incluye la referencia a las finalidades del agente que no están en el delito de apremios ilegítimos, cabe advertir que fuera de ellas, los demás elementos típicos son comunes a los apremios ilegítimos con la sola particularidad de que en el caso de la tortura la intensidad de los sufrimientos es mayor. Esa distinción entre la intensidad de los sufrimientos es lo que está precisamente demarcado por la gravedad en una función diferenciadora y que excluye así, su comprensión además como elemento del tipo’.

Así las cosas, si se comparte la idea que la gravedad es un concepto externo a los tipos penales del 150 A y 150 D, y que es posible de ser completado con diversos criterios como la intensidad del dolor, la duración de los actos, los medios utilizados, entre otros, entonces, la diferenciación entre ambas hipótesis típicas puede y debe ser resuelta, sobre la base de mayores recursos tal como ha sido representado por la doctrina y jurisprudencia comparada.



Se debe tener presente en esta parte, que resulta pacífico ya, en jurisprudencia y doctrina nacional que, los tratados internacionales sobre derechos humanos han sido reconocidos como normas que priman por sobre la legislación interna, en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, en cuanto dispone: ‘el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’. En palabras de nuestro máximo tribunal: ‘en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos como, asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos’.

De tal suerte que la figura del artículo 150 D, y las acciones típicas, las conductas y los elementos que permitan determinar qué tipo debe aplicarse en cada situación, está gobernado en primer término por la gravedad del hecho, así si se sostiene que el bien jurídico protegido es el mismo, es posible considerar, como ya se dijo que de acuerdo con la pena impuesta a cada uno de estos delitos, la figura de torturas es más grave que el de apremios ilegítimos y que éste, a su vez, es más grave que el de vejaciones injustas.

En otro orden de ideas si se trata de dolores o sufrimientos graves o se trata de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión. La ley define lo que el



Código Penal entiende por torturas, utilizando para ello, al menos un criterio objetivo y uno subjetivo. En el plano objetivo requiere que se trate: (i) de la causación de dolores o sufrimientos graves; o, (ii) de la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad, o su capacidad de discernimiento o decisión.

Respecto a cuándo los dolores o sufrimientos pueden ser calificados como 'graves', puede recurrirse a criterios de valoración jurídico-sociales, o criterios como la duración, método o modo en que se infligió el dolor o sufrimiento, o los efectos que se pretendía causar, y las características de la víctima".

Por su parte, el fundamento decimocuarto consignó que, "los hechos descritos en el considerando precedente constituyen el delito de apremios ilegítimos por el cual este tribunal ha decidido condenar al acusado, al concurrir todos los elementos de dicha figura, tipificada en los artículos 150 letras D y E N° 2, en relación al artículo 397 N° 1 todos del Código Penal.

Que los hechos relacionados en el motivo que precede, en cuanto importan que un funcionario público (Cabo 1^o [REDACTED], abusando de su cargo o su función, aplicó apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcanzan a constituir tortura, resultan constitutivos de un delito de apremios ilegítimos en la persona de [REDACTED] perpetrado el 20 de octubre 2019 en esta comuna.

La calificación jurídica que se ha determinado respecto de los hechos acreditados resulta posible conforme a los argumentos expuestos en forma precedente, tanto al hacer referencia al bien jurídico protegido por la figura como de la estructura típica del mismo.



En el caso de marras, disparar a una distancia de aproximadamente 25 a 30 m, en la zona formal de una persona, con un fusil de guerra calibre 5.56 y posteriormente con la finalidad de justificar su actuar, imputa la comisión de una acción ilegítima, consistente en una agresión de tal magnitud que pudo ocasionar la muerte o un grave daño para un funcionario de carabineros, dista dramáticamente de la preferencia del tipo penal especial que propone la defensa, en cambio coincide plenamente con las acciones típicas contenidas en el injusto del artículo 150 D, en relación con la figura agravada del artículo 150 E.

Si bien al analizar los elementos del tipo se razonó sobre la distinción entre tortura y los apremios ilegítimos, es menester traer a colación lo sostenido por el CIDH siendo su tesis dominante que estos casos deben ser resueltos caso a caso, según ya se explicará.

Resulta claro, que en esta línea de argumentaciones para la defensa, los actos ejecutados por su defendido no corresponden a un apremio ilegítimo u otro trato cruel inhumano o degradante, pero esa apreciación subjetiva, nada tiene que ver, con los presupuestos fácticos del caso concreto ni con la mayor intensidad del sufrimiento que significaron para [REDACTED], las acciones ejecutadas por este agente en su persona y que al día de hoy aún mantiene secuelas que limitan su movilidad.

En el caso que nos ocupa y tal como lo señalará [REDACTED] los hechos en la forma en que se desarrollaron y ejecutaron, lo llenaron de inseguridades, miedos y afectaciones psíquicas de largo aliento, de las cuales demoró o ha demorado mucho en recuperarse, sin perjuicio que además sus padres y hermanas tuvieron graves consecuencias emocionales, psicológicas y



económicas que se mantienen tres años después de la acción abusiva de Pedro [REDACTED]

Ahora bien, sobre la tesis de la defensa se debe tener en consideración que los hechos acreditados no pueden soportar la calificación jurídica de la figura de violencias innecesarias contemplada en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, cuya estructura descansa sobre la base de una figura simple, contenida en numeral 4 primera parte de la regla en mención, y tres hipótesis calificadas, descritas en los numerales 1, 2 y 3 de la misma norma. Se trataría de delitos complejos formados por un delito doloso (el empleo de violencias innecesarias) y un resultado más grave atribuible al menos a culpa del militar.

De acuerdo a lo anterior entonces, se puede sostener que el delito simple de violencias innecesarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 330 N° 4 primera parte del Código de Justicia Militar, lo comete el militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, sin causarle lesiones al ofendido. (Bascañán, Antonio: Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución -Materiales de Estudio, Curso de Derecho Penal II, 2ª. Versión, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio 1998 p. 67.-)

¿Para resolver la controversia, resulta atingente despejar cuál era la orden que debía cumplir la patrulla de la BOE el 20 de octubre? Sin excepción se declaró que la orden era proteger el edificio de la Gobernación que había sido siniestrada el día anterior. La orden era mantenerse en el interior del edificio, hubo orden de resguardo perimetral, también se confirmó una orden de salida pero en horario de toque de queda (después de las 22.00 horas) Pero



no se acreditó que hubiera una orden de salir a la plaza a contener a la población civil, y si se realizó de forma espontánea, sin orden, pero como declararon los funcionarios de la BOE, en apoyo de Carabineros, debió realizarse este despliegue de acuerdo a la normativa vigente en relación al uso de la fuerza y del uso del armamento letal, esto es, respetando el protocolo dispuesto para tales fines, el que fue cumplido por todos los militares desplegados en el lugar, salvo el acusado [REDACTED]

Entonces, ningún acto debía realizar conforme su calidad de agente del Estado [REDACTED] en contra de [REDACTED] salvo usar sus elementos disuasivos para mantener a resguardo la infraestructura crítica que se encontraban custodiando, tal como lo hicieron todos sus compañeros de patrulla, sin excepción, pues [REDACTED] ninguna actuación lesiva presumiblemente mortal en contra un tercero había ejecutado al momento de que este agente del estado miembro del Ejército de Chile acometiera en su contra, eso quedó asentado en este procedimiento, desde que todos los funcionarios de carabineros y todos sus compañeros de Patrulla de la BOE afirmaron en estrado que no vieron cuando [REDACTED] estaba realizado la acción que [REDACTED] le imputaba.

Entonces, en la especie, no han resultado los elementos fácticos acreditados coincidentes con los elementos del tipo contenido en el artículo 330 del Código de Justicia Militar.

En cambio, ha quedado acreditado sobre los elementos del tipo penal por el cual fue acusado [REDACTED] a saber: i. Que el sujeto activo sea un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. toda vez que, además de no ser un hecho controvertido, resultó acreditado que la acción antes descrita, fue realizada por [REDACTED] en virtud del cargo que ejercía como



funcionario del Ejército de Chile, miembro de la BOE y de acuerdo al FARGO N° 3 denominado 'Patrullajes Colina' cuya misión fue contar con dos pelotones para ejecutar patrullajes de protección y seguridad a instalaciones públicas de la provincia de Chacabuco, en apoyo de tareas de seguridad y patrullaje, para mantener el resguardo y las necesidades del jefe de la Defensa Nacional en dicha provincia. ii. Sobre la circunstancia de cometer el hecho con abuso del cargo. Se estima que se configura el abuso debido a que la circunstancia anteriormente descrita, no se encuentra amparada en el ejercicio legítimo de la fuerza, que el Estado confió a [REDACTED] en virtud del cargo que ejercía como funcionario del Ejército de Chile, por cuanto efectuó un disparo con un arma de fuego con munición letal, desatendiendo las reglas del Uso de la Fuerza, para el estado de excepción, de emergencia o catástrofe, incluidas en el anexo N° 3 del plan de Gestión del riesgo de desastres del Ministerio de Defensa Nacional aprobadas en febrero del año 2019, reiteradas a través de la orden del jefe de la Defensa Nacional, impartida el 19 de octubre de 2019, denominada orden para el empleo de la fuerza en estado de excepción constitucional de emergencia, motivada por la resolución número 472 del 18 de octubre del 2019 que declaró el estado de excepción constitucional de emergencia en las provincias de Santiago y Chacabuco y las comunas de puente alto y San Bernardo, reforzadas por el jefe de la unidad jurídica de la BOE y por el jefe de patrulla, antes de salir a cumplir la misión que les había sido encomendada.

En este sentido, [REDACTED] atendió el propósito de la intervención de militares, que fue definido como el de restablecer el orden y el estado de normalidad en la región metropolitana, asegurando la infraestructura crítica susceptible de ser atacada por elementos antisociales, cuyas tareas



claves entre otras fueron definidas como: demostrar una presencia disuasiva a la población civil y actuar ante delito flagrante en coordinación con los medios de las fuerzas de orden y seguridad.

Quedó demostrado que las Reglas Del Uso De La Fuerza fueron previamente instruidas a la patrulla y entregadas en una cartilla plastificada a cada uno de los miembros del equipo.

En particular, no respetó las reglas sobre el nivel de fuerza autorizado, las que únicamente autorizan el uso de la fuerza letal para defenderse y defender al personal civil o militar contra actos hostiles.

No respetó la regla segunda sobre el uso de armas, las que prohíben apuntar con arma de fuego en dirección de cualquier persona o en caso de que no sea necesario para el cumplimiento de la misión o tarea.

No respetó el procedimiento de advertencia que establece que el uso de la Fuerza Armada es habitualmente una medida de último recurso, en respuesta a un acto hostil o la intención de cometer un acto hostil, por lo que, si existe amenaza de una posible confrontación dirigida contra el personal militar el objetivo de la fuerza debe ser disuadir.

En efecto, la acción desplegada por ██████████ no observó la graduación a la que debe alinearse el uso de la fuerza, incumplió el procedimiento de negociación verbal o visual previo, el procedimiento de despliegue de fuerza no armada mínima, no contó con la autorización del comandante a cargo, no realizó disparos de advertencia previamente autorizados por el comandante, y finalmente su decisión de disparar no fue adoptada por el comandante, y tampoco cumplió con la advertencia verbal o visual mediante señas o iluminación ni con el mínimo de 3 veces establecidos para garantizar la comprensión de la advertencia referida.



La acción que se tuvo por acreditada, y en el contexto en que ésta se desarrolló, llevó además a la convicción, que el encartado no acató el principio incorporado en las RUF, que contemplan el uso racional y proporcional del empleo de las fuerzas, necesario para garantizar la autodefensa, bajo el concepto de legítima defensa, toda vez que su actuar se realizó al margen de las circunstancias en que se puede entender justificado el uso de la fuerza y el empleo de las armas por parte del componente militar conjunto, ya que no se demostró la existencia de un acto hostil, entendiendo por tal como una acción que tenga como propósito o intención causar la muerte o daño físico importante hacia quien va dirigido. Por el contrario, quedó acreditado que en el momento en que [REDACTED] se agachó para recoger un objeto desde el suelo a fin de ser lanzado contra el furgón de carabineros que trasladaba al piquete, este se encontraba en marcha, con todos los funcionarios de la octava comisaría en su interior y a una distancia tal que resultaba físicamente imposible, incluso causar daños al vehículo. iii. Que ejecute un acto por el cual infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, que no alcancen a constituir tortura. Valga lo ya razonado extensamente en cuanto al marco jurídico, a los elementos del tipo y a la primera parte de la calificación jurídica de los hechos acreditados. iv. Finalmente, siendo uno de los puntos controvertidos por la defensa además de la calificación jurídica, el último elemento a analizar dice relación a que con ocasión de la acción del agente se cometiere además lesiones graves gravísimas. Que a consecuencia de la acción del encausado, [REDACTED] sufrió un trauma de la región femoral derecha, consistente en una fractura expuesta del fémur derecho, en la unión de la diáfisis con la metáfisis proximal, lesión completa de la arteria y de la



vena femoral y una pérdida de sustancia en el nervio femoral derecho, de cuatro centímetros, lesiones explicables por la acción de un proyectil de arma de fuego de pronóstico médico legal grave, que sanan previo múltiples tratamientos quirúrgicos especializados, en 450 a 500 días y, que se encuentran aún en curación y que van a dejar secuelas funcionales que van a influir en su capacidad laboral importantemente y secuelas estéticas en áreas no expuestas habitualmente, conforme a lo informado por la médico legista en su pericia.

Diagnóstico que tiene correlato con la prueba documental, fotográfica y con lo declarado por la misma víctima y por sus familiares, especialmente por su madre quien ha sido quien lo ha asistido desde el primer día y que se ha reunido con los médicos y kinesiólogos que han atendido, intervenido y controlado a ██████████ desde el día de los hechos.

Que la sistemática de las lesiones en el Código Penal son básicamente tres, por un lado las lesiones comprendidas en el artículo 397 del Código Penal, en que la doctrina diferencia en el numeral 1° las lesiones gravísimas o lesiones agravadas por sus efectos en la vida del ofendido, esto es, el que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro... si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, y lesiones simplemente graves a las del numeral 2° o lesiones agravadas por la duración de sus efectos 'enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días', comprendiéndose en estos el artículo 398 del Código Penal que describe medios comisivos penados en relación a la intensidad de los resultados descritos en el 397 del Código punitivo; ambas categorías definidas en función de la magnitud de los resultados.



En efecto, en este caso, atendida la conducta acreditada, esto es, disparar con un fusil de guerra Colt M4 calibre 5.56 un proyectil balístico del mismo calibre, percutado en la zona femoral derecha de la víctima, se tuvo por acreditada la acción desplegada por el sujeto que colma el verbo rector herir a otro establecido en el tipo previsto en el artículo 397 del Código Penal. El resultado de dicha acción, según se probó en juicio, produjo al ofendido 'fractura en fémur derecho expuesta, shock hemorrágico, lesión de arteria y vena femoral, lesión de nervio femoral con pérdida de sustancia, síndrome compartimental tratado con fasciotomía de muslo y pierna, trombosis de bypass de vena femoral derecha y de vena femoral distal, trauma por proyectil en muslo derecho con entrada y salida de proyectil, lesión neurovascular femoral derecha. Además, la lesión producida por el proyectil generó una cicatriz permanente'.

'A nivel de sistema nervioso, presenta pérdida de la sensibilidad de la cara anterior del muslo derecho, de la cara lateral de la pierna derecha y del maléolo externo del tobillo izquierdo, además de parestesias en todo el pie derecho, lo que le impide desplazarse sin uso de muletas o silla de ruedas' las que conforme el informe médico forense practicado por la perito del Servicio Médico Legal, Patricia Negretti, dejaron secuelas funcionales permanentes, además de deformación estética deformante, y sanan, previo múltiples tratamientos quirúrgicos especializados, entre 450 y 500 días las que hubieran resultado mortales, de no mediar socorros médicos oportunos, los que fueron prestados inmediatamente por los miembros de la Brigada de Operaciones Especiales Lautaro.

A través de esta prueba pericial, además de la abundante prueba documental incorporada en juicio con los números 5 y 6 correspondiente a los



datos de Atención de Urgencias en el SAR de Colina y posteriormente en la Clínica las Condes dando cuenta del ingreso de [REDACTED] a las 18:09 horas con una herida de bala de alto calibre, en la región femoral derecha con fractura de fémur. Con el N° 4 el oficio ordinario del departamento de clínica forense, el que contiene 8 fotografías que fueron exhibidas en juicio a través del N° 5 de los otros medios de prueba en donde se apreciaron las cicatrices producto de las intervenciones las que ha debido someterse el señor [REDACTED] así como se evidencia una deformidad en la zona femoral derecha, concordante con las diversas intervenciones quirúrgicas que se realizó.

Resultó relevante sobre las lesiones a nivel neurológico producidas por el impacto, la aclaración que hizo al tribunal la perito médico forense en el sentido de las lesiones neurológicas las que describió como complejas y que, para definir en su pronóstico de recuperación, a modo de ilustrar al Tribunal, indicó que el nervio regenera, en general, un centímetro al mes si es que lo hace, por lo que no hay cómo saber si va a regenerar o no completamente su nervio sensitivo hasta el pie. El nervio femoral fue perforado a nivel inguinal, tiene todo el largo de la extremidad a regenerar, así, los días 450 a 500 días no se refieren a la recuperación de la sensibilidad, sino a que a ese tiempo pueda trabajar y apoyar la extremidad y deambular.

Que contrario a lo sostenido por la defensa, no obsta a tal tipificación de las lesiones, la mejoría que afortunadamente pudo lograr en cuando a su movilidad, la que sigue siendo reducida, y conforme lo que se ha acreditado, luego de haber estado postrado por más de un mes y luego de estar con hospitalización domiciliaria por más de tres meses, sin que pudiera levantarse, caminar, sentarse, bañarse u orinar sin asistencia, y luego además, de haber



sido intervenido quirúrgicamente en 14 oportunidades lo que se tradujo en que a la fecha, más de tres años de lo ocurrido aún debe desplazarse con muletas.

Así las cosas, las lesiones sufridas por ██████████ a constituyen para el Tribunal lesiones graves gravísimas, por cuanto la herida por impacto de bala padecida por la víctima trajo para su salud consecuencias irreversibles en el tiempo, esto es pérdida de sensibilidad de la cara anterior del muslo derecho, de la cara lateral de la pierna derecha y del maléolo externo del tobillo izquierdo, además de parestesias en todo el pie derecho y movilidad en su extremidad inferior derecha, la que además quedó con cicatrices y una evidenciable deformidad, lo que actualmente le impide caminar sin apoyo de muletas, todo lo que puede enmarcarse en las figura de impedido de algún miembro importante, por cuanto, es precisamente la pérdida de la funcionalidad de una extremidad inferior al no poder caminar si apoyo de muletas o silla de ruedas configura la existencia de este ilícito.

De esta forma se rechazará la petición de la defensa de calificar las lesiones sufridas por el ofendido a simplemente graves del artículo 397 N°2 del Código Punitivo, por cuanto tal como lo indica la doctrina “el considerar como miembro importante, para los efectos del art. 397 N°1, aquellos cuya impedición no sólo ‘deje al paciente ante la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba,’ sino que además , sea ‘parangonable en trascendencia a los otros resultados abrumadores que en este concepto se han previsto: demencia, impotencia, inutilidad para el trabajo, notable deformidad,’ plus este último que —a pesar de la impropiedad en el lenguaje— permite calificar tales miembros no sólo como importantes, sino como importante-importantísimos. En nuestra jurisprudencia, el caso más común de impedición de miembro importante que



pueda admitirse entre los comprendidos en el art. 397 N° 1 como importante-importantísimo —con plena aprobación de la doctrina—, es el de la pérdida de uno o ambos ojos.

En consecuencia, toda impedición (física o funcional) de un miembro importante-importantísimo, ha de calificarse como lesiones graves del art. 397 N°1. (“Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial.” S. Politoff, J.P. Matus, M.C. Ramírez, Ed. Jurídica, p.146-147).

Por lo tanto, para determinar si la lesión producida en este juicio afectó un miembro importante-importantísimo se debe ponderar que, tal como se estableció por la prueba rendida, la herida de bala produjo una lesión en el nervio femoral, venas, arterias y fémur, lo que condujo a una pérdida de sensibilidad y movilidad reducida de su pierna derecha, encontrándose impedido de caminar sin apoyo debiendo desplazarse con apoyo de muletas. Es decir, la herida causada al ofendido lo ha dejado en términos dependiente de muletas para poder desplazarse y sin sensibilidad, lo cual para estas juezas es claramente la pérdida de la funcionalidad de un miembro importante, cuáles son las piernas, con un diagnóstico improbable en relación a la recuperabilidad del daño a nivel nervioso como lo informó el perito del servicio médico legal.

De esta manera y no obrando prueba en contrario, no existe ninguna duda de que la lesión afectó un miembro importante importantísimo, debiendo calificarse en consecuencia las lesiones ocasionadas a [REDACTED] como graves-gravísimas”.

Cuarto: Que, en lo que respecta a las tres causales primordiales que se invocan, de forma conjunta, correspondientes todas ellas al artículo 373, letra b) del código adjetivo, el arbitrio propugna tres calificaciones jurídicas diferentes respecto a los hechos establecidos, de manera soberana, por parte



de los sentenciadores del fondo. En primer lugar, que los hechos sean calificados como constitutivos del delito de violencia innecesaria, ilícito previsto y sancionado en el artículo 330, N° 2 del Código de Justicia Militar; en segundo lugar, solicita calificar los hechos como constitutivos del delito de lesiones simplemente graves, ilícito previsto en el artículo 397, N° 2 del Código Penal; y, en tercer lugar, mantener la calificación establecida por los sentenciadores del grado —apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, establecida en el artículo 150 E, numeral 2° del Código Penal—, pero invocando, como circunstancia minorante, una eximente incompleta y, dada la vigencia posterior de la Ley 21.560, su aplicación al considerarla más beneficiosa según explicitó en estrado.

Quinto: Que entonces y dada la manera conjunta en que se dedujeron las primeras tres causales de nulidad, aparece que el articulista incurre en un error insalvable en el modo de proponer el arbitrio, pues no resulta dable que, respecto a los hechos asentados por los sentenciadores, exista más de una interpretación jurídica posible.

Dado lo anterior, se advierte que es el recurrente, quien entrega la decisión de optar, a esta Corte y sin un orden de prelación específico por alguna de las tres interpretaciones propugnadas, lo cual no resulta propio de un recurso de derecho estricto, como lo es el arbitrio de marras, en que es el impugnante quien debe señalar, con precisión, la tesis jurídica sostenida o, a lo menos, establecer un orden correlativo y excluyente de aquellas que considera probables, a través de modalidades subsidiarias, lo que lleva necesariamente a desestimar las tres primeras causales de nulidad propuestas.

Sexto: Que, a mayor abundamiento, la calificación jurídica establecida por los sentenciadores del grado, respecto a la dinámica de los hechos



establecidos en el motivo decimotercero transcrito *ut supra*, se aprecia del todo coherente, no solo con las disposiciones introducidas en el Código Penal con ocasión de la dictación de la Ley 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, sino que con el extenso catálogo contenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que resulta de aplicación imperativa para el Estado, conforme la regla contenida en el inciso 2º, del artículo 5º de la Carta Fundamental.

En primer lugar, el fallo descarta correctamente la calificación invocada por la defensa, en torno a subsumir los hechos como constitutivos del delito de violencia innecesaria pues, aquellos perpetrados no formaron parte ni de una orden superior ni del ejercicio de funciones militares, no respetándose las reglas sobre el nivel de fuerza autorizado ni el procedimiento de advertencia, causándose lesiones graves gravísimas a la víctima.

En torno a las lesiones ocasionadas a [REDACTED], el fallo estableció que sufrió una fractura en el fémur derecho expuesta, shock hemorrágico, lesión de arteria y vena femoral, lesión de nervio femoral con pérdida de sustancia, síndrome compartimental tratado con fasciotomía de muslo y pierna, trombosis de bypass de vena femoral derecha y de vena femoral distal, trauma por proyectil en muslo derecho con entrada y salida de proyectil, lesión neurovascular femoral derecha. Además, la lesión producida por el proyectil generó una cicatriz permanente, dejando como resultado una pérdida de la sensibilidad de la cara anterior del muslo derecho, de la cara lateral de la pierna derecha y del maléolo externo del tobillo izquierdo, además de parestesias en todo el pie derecho, lo que le impide desplazarse sin uso de muletas o silla de ruedas, secuelas funcionales permanentes, además de



deformación estética, no resultando relevante para la calificación jurídica establecida una afortunada mejoría parcial de los graves daños causados.

Séptimo: Que, en torno a lo argumentado para la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, y aquellas expuestas en estrado en torno al estatuto de legítima defensa privilegiada contenido en la Ley 21.560, ello no resulta coherente con los hechos asentados soberanamente por el tribunal del grado, dado que se desestimaron todos y cada uno de los elementos fácticos para atribuir a la conducta del acusado, la presencia de la legítima defensa invocada. Es así como se estableció que se disparó hacia la víctima; con un fusil de guerra, a una distancia de a lo menos 25 metros, no existiendo un acto hostil a su respecto y, lo único advertido fue el haber lanzado un objeto contra un vehículo policial en marcha, desde una distancia en que resultaba imposible causarle un daño, no advirtiéndose por tal, el yerro atribuido por el articulista.

Octavo: Que, en lo que respecta a la primera causal de invalidación subsidiaria formulada por la defensa, y que se hace consistir en una inaplicación de los principios fundamentación, del tercero excluido y de la razón suficiente, acorde a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, esta Corte ya ha señalado que toda sentencia criminal debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable.

Sobre el particular, se ha dicho en la doctrina que *“...se entiende por fundar la sentencia, o por motivarla, como también se enuncia esa exigencia para su validez, no tan solo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, como alguna vez se ha entendido en sentido muy estricto, sino, antes bien, la*



exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión. Esto es, en lenguaje vulgar, la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de Derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso: se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido válidamente incorporados al proceso y son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración), y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del por qué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común” (Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 481-482).

Luego, el cumplimiento de la obligación de motivación de la decisión significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos hechos como probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos en la litis, con las garantías inherentes al juicio oral. Tal deber apunta no solo a permitir la comprensión de la decisión, sino además a garantizar la actuación racional en el terreno de la determinación de las premisas fácticas del fallo (entre otras, SCS N° 92.094-2020, de 14 de septiembre de 2020; y, 41.192-2021, de 24 de diciembre de 2021).

La satisfacción de esta carga posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por parte de los tribunales superiores, mediante el ejercicio de los recursos procesales. Si el tribunal explica las razones de su resolución, es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha desarrollado dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, es el



resultado de la arbitrariedad. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre las razones de la decisión de una determinada manera —y no de otra—, explicación que deberá ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.

Tal comprensión se ajusta a la concepción racionalista o cognoscitivista, que entiende la valoración de la prueba como el proceso de determinación de la verdad o falsedad de las proposiciones sobre hechos conforme a las relaciones inferenciales que existen entre ellas y las pruebas disponibles (Cortés-Monroy, Jorge. “La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Ius et Praxis*, v. 24, N° 1, 2018, p. 663).

Noveno: Que, en este entendido, cabe destacar que la causal invocada por la defensa faculta al tribunal que conoce del recurso de nulidad para controlar si los jueces del grado, al valorar libremente las probanzas aportadas por los intervinientes, han contradicho los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Es decir, debe cautelarse que en el proceso de apreciación y valoración probatoria —efectuado por el tribunal *a quo* conforme a las reglas de la sana crítica—, no se sobrepasen los parámetros de ponderación que son inherentes a dichas reglas, no siendo suficiente en consecuencia, para anular un razonamiento, el solo hecho de disentir del mismo.

Conforme a lo precedentemente dicho, en el conocimiento del recurso de marras queda vedado en sede de nulidad efectuar una nueva valoración de



los medios de prueba, facultad que se encuentra radicada exclusivamente en el tribunal de la instancia.

Décimo: Que de la lectura del fallo en revisión, se advierte que los jueces del fondo dieron estricto cumplimiento al deber de fundamentar su pronunciamiento, en cuanto se hicieron cargo de toda la prueba rendida; explicaron cuáles fueron las razones por las que arribaron a su decisión, haciendo un análisis pormenorizado de los medios de prueba aportados por los intervinientes, explicitando los motivos por los que prefirieron unas probanzas por sobre otras y, finalmente, dieron razón acerca del porqué le restaron valor probatorio a ciertos y determinados antecedentes de cargo.

En efecto, lo razonado para desvirtuar la prueba y las argumentaciones de la defensa, en desmedro de su teoría del caso, no se traduce por sí solo, en una contravención a las reglas procesales penales sobre valoración de la prueba, pues el fallo aportó los motivos y expresó con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.

En suma, sobre el tenor del recurso puede concluirse que lo que se intenta impugnar es la valoración de la prueba que hizo el tribunal y en base a la cual fijó los hechos conforme a los cuales calificó la participación del encartado en el delito de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, así como las razones que lo llevaron a desestimar las propuestas de la defensa. De esta forma, lo que destaca del libelo son ciertas contradicciones o insuficiencias que surgirían de un análisis individual de las probanzas; pero esas protestas sobre la apreciación, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad como la intentada.



Undécimo: Que, en todo caso, en lo que dice relación con supuestas falencias que presentó la prueba de cargo, es conveniente recordar que el artículo 340 del Código Procesal Penal, constituye una regla que reduce notablemente los requerimientos del antiguo sistema penal basado en la prueba legal o tasada, a la que expresamente se refería el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal y donde la exigencia de reconstrucción de la verdad histórica requería para el juez que investigaba suprimir cualquier forma de duda por medio de pruebas que, previamente enumeradas y reguladas, fueran capaces de lograr un estado de absoluta certeza, pudiendo entonces decretar las diligencias que estimare necesarias para ello.

Hoy, en cambio, se ha pretendido establecer lo que debiera ser el estándar de convicción de un sistema procesal penal en un genuino Estado democrático de derecho. Pero no se trata de una cuestión resuelta legislativamente, y no podría serlo, por más que el código introdujera el patrón anglo-sajón de la duda razonable, como quedó constancia en la historia de la ley, pues el nuevo estándar no exige esa certeza absoluta ni promueve fórmula alguna de plena prueba que suprima por completo cualquier otra versión de aquella por la que se condena. Tal conclusión viene dada como natural derivación de la protección de la persona y derechos del imputado que se consagra en el actual sistema, desde el inicio del procedimiento y por la propia dinámica del juicio oral, de acuerdo a la cual se persigue que las controversias sean expresadas, debatidas y resueltas en un ámbito de lógica adversarial con información limitada y de calidad para cada decisión.

Así, el planteamiento de la supresión de toda duda resulta inaplicable, pues hay dudas posibles que son aceptables, es decir, aquellas que no



impiden la condena, a diferencia de otras que por su importancia y magnitud impiden tal decisión y dan lugar a una absolución.

En tal entendido, los cuestionamientos efectuados por la defensa, aparecen plenamente explicados por los sentenciadores, por lo que la prueba de cargo logró producir, al decir de Julio Maier, “la certeza positiva del tribunal” acerca de la existencia del delito y la participación del acusado en el mismo, a la que el tribunal llegó una vez descartada la probabilidad o la duda razonable.

Duodécimo: Que respecto de la corroboración como principio lógico, deriva del enunciado de la lógica formal de “razón suficiente” (que como se sabe, fue precisado por Leibniz durante la Ilustración) *“...para dilucidar el fundamento de las ‘verdades de hecho’ o contingentes (a posteriori), en relación con las denominadas ‘verdades de razón’, es decir, aquellas verdades necesarias (a priori). La razón no puede alcanzar un nivel de conocimiento tal como para determinar a priori la sucesión y ordenación lógica y causal de las ‘verdades de hecho’, a diferencia de lo que acontece con las entidades matemáticas, cuyas propiedades pueden ser deducidas al margen de la experiencia...si bien no es posible conocer a priori aquello que ha de suceder, sí es posible afirmar que ‘nada acontece sin razón’, es decir, a posteriori es posible dar razón de las verdades de hecho, las cuales descansan no sobre la necesidad, sino sobre la posibilidad”* (S. CA de San Miguel, N° 3.095-2019, de 30 de diciembre de 2019, citada en Revista de Ciencias Penales, Sexta Época, Vol. XLVII, 1er Semestre (2020), pp. 321-344. <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2020/12/Revista-CP-Primer-Semestre-2020-correcta-329-352.pdf>).

Aun cuando también se sostiene que aquel principio no forma parte de la lógica formal, dado que el legislador no distinguió en el artículo 297 del cuerpo



procesal penal, debe aceptarse también como parte de dichos principios. Ahora bien, conforme a los enunciados anteriores, de seguir la tesis de la defensa no puede afirmarse que los yerros en torno a las supuestas falencias en la fundamentación del fallo se hubiesen verificado. En efecto, el mismo contiene elementos que, apreciados en conjunto y en forma contextual, permitieron a los sentenciadores de la instancia reconstruir la dinámica y el contexto en el cual se verificaron los hechos y, de los mismos constatar lo ilegítimo del acometimiento perpetrado por el acusado, funcionario a ese entonces del Ejército de Chile, en contra de un manifestante que resultó seriamente lesionado en su pierna, el cual hasta el día de hoy mantiene graves secuelas por dicho actuar desproporcionado y ajeno a la legalidad sobre el empleo del uso de la fuerza.

No debe perderse de vista, que el juicio reconstruye una verdad histórica, formulada en la acusación (hipótesis fáctica de imputación, que debe probar el acusador). El resultado del juicio —la sentencia— es condenatoria cuando esa hipótesis es demostrada, en el parecer de los jueces, apreciando las pruebas conforme a los principios, máximas y conocimientos de la ciencia antes expresados. Sin embargo, esta contiene una verdad procesal, como quiera que la verdad histórica no es posible alcanzarla en forma absoluta, es solo una aproximación a ella, que resulta plausible y que no es posible descartarla si no existen dudas razonables (no a base de apreciaciones subjetivas, intuiciones o incluso prejuicios, sino fundadas en el mérito de juicio). De la lectura del fallo atacado no es posible concluir que la verdad procesal alcanzada en él, carezca de racionalidad en el análisis probatorio para arribar a aquella, única forma de descartarla si dicho análisis o estructura racional de discurso valorativo —aunque se discrepe del mismo—, porque en ese aspecto



los jueces gozan de libertad —siempre que no se aparten de los principios, máximas y conocimientos arriba señalados—, a fin de fundamentar debidamente el fallo para así controlar su razonabilidad, lo cual acaecería si el tribunal a quo determina su convicción sobre la base de criterios manifiestamente arbitrarios o carentes de racionalidad (entre otras, SCS N° 7.874-2022, de 1 de julio de 2022), lo cual, claramente, no acontece en la especie. En consecuencia y por las razones antes expuestas, la causal propuesta a título subsidiario será desestimada.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra b), 374 letra e), 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado [REDACTED], en contra de la sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, y en contra del juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 52-2022, RUC 1.901.133.327-6, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

N° 1.103-2023.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y la Ministra Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por subrogar al Sr. Presidente.





NXXXXHRMwxR

En Santiago, a once de septiembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

