

Santiago, uno de abril de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos rol N°903-2011, “Homicidio Calificado de Tito Kunze Durán y Gfell Henríquez”, por sentencia definitiva de primera instancia de diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, escrita a fojas 2.891 y siguientes, el Ministro en Visita Extraordinaria del 34° Juzgado del Crimen de Santiago, don Mario Carroza Espinosa, resolvió:

I.- Absolver a Fernando Galvarino Valenzuela Romero, de la acusación fiscal y particulares de ser cómplice del delito de homicidio calificado de Tito Guillermo Kunze Durán, perpetrado el 12 de septiembre de 1973, en la comuna de Santiago.

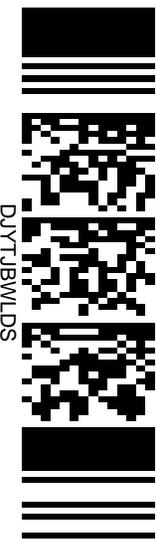
II.- Hacer lugar a las demandas de indemnización de perjuicios interpuestas por la familia de la víctima, únicamente en contra del Fisco de Chile, condenándolo a pagar, con los reajustes e intereses que allí se expresan y con costas:

a) A la cónyuge de la víctima (Luisa Antonia Núñez Tudela) y sus 4 hijos (Jorge Humberto, Guillermo Antonio, Jaime Horacio y Tito Eduardo Kunze Núñez) la suma de \$30.000.000, para cada uno de ellos, y

b) A la nieta de la víctima (Bárbara Katherine Kunze García) la suma de \$10.000.000.

En contra del referido fallo, según minuta de remisión de fojas 3.091 y siguiente del Tomo VIII, dedujeron recursos de apelación la querellante y demandante civil correspondientes a la cónyuge de la víctima y sus 4 hijos; la querellante y demandante civil que corresponde a la nieta de la víctima; la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile.

El Ministerio Público Judicial, a través del informe de la fiscal judicial doña Clara Carrasco Andonje, a fojas 3101 y siguientes, comparte la calificación jurídica



de los hechos establecidos, realizada en el considerando cuarto del fallo, como constitutivos del delito de homicidio calificado. En cuanto a la participación de Fernando Galvarino Valenzuela Romero, fue del parecer, tal como se expresa en el considerando sexto del fallo, que los antecedentes reunidos en el proceso no son suficientes para adquirir la convicción necesaria de que le ha cabido a Valenzuela Romero alguna intervención en el delito de la acusación, por lo que fue del parecer de confirmar la sentencia en alzada, por estimarla de acuerdo con el mérito de los antecedentes y arreglada a derecho.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Se reproduce la sentencia de primera instancia con las siguientes modificaciones:

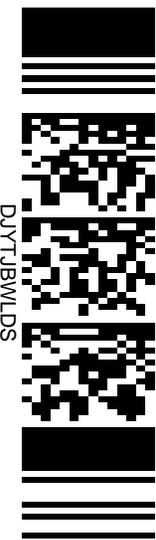
a) En el apartado a) del basamento tercero se sustituye la referencia al “Teniente Coronel Tulio Rodríguez Correa —actualmente fallecido” por “Capitán Fernando Galvarino Valenzuela Romero”, y en la parte final del apartado b) del mismo basamento, se elimina una de las expresiones repetidas “la muerte” que antecede a “según se constata en la Posta Central”.

b) Se eliminan los motivos sexto, noveno y décimo sexto.

Y se tiene en su lugar y además presente:

I.- En cuanto a la acción penal:

1º) Que, las apelaciones a la parte penal de la sentencia de primer grado lo han sido únicamente respecto de la participación que en el delito que se dio por establecido le cupo al encartado Valenzuela Romero, por lo que el contorno fundamental de los hechos establecidos en el fundamento tercero y subsumidos jurídicamente como constitutivos de un delito de homicidio calificado, en el motivo cuarto, no son objeto de cuestionamientos en esta instancia.

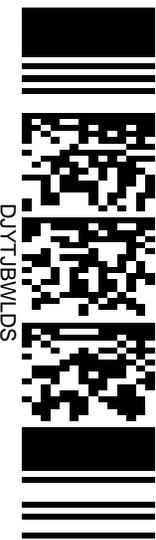


2º) Que, conforme a los antecedentes reunidos en el proceso, no caben dudas de que el allanamiento efectuado a la industria Confecciones Burguer, la tarde del 12 de septiembre de 1973, en el que resultó abatido el presidente del sindicato de esa empresa, Tito Guillermo Kunze Durán, fue llevado a cabo por efectivos de la 4º Comisaría de Carabineros de Santiago. Así se consigna en los hechos establecidos en el apartado a) del motivo tercero de la sentencia de primer grado y prácticamente la totalidad de las evidencias allegadas a estos autos coinciden en ello, incluyendo testimonios de efectivos de aquella dotación policial.

3º) Que, no obstante el establecimiento relativamente pacífico de aquella circunstancia, cabe destacar que al mando de esa dotación de la 4º Comisaría de Carabineros estaba el acusado, capitán Fernando Galvarino Valenzuela Romero, y no el ya fallecido teniente coronel Tulio Rodríguez Correa, como se consigna en el fallo impugnado.

En efecto, la adjudicación del mando en la ejecución de aquel allanamiento a Tulio Rodríguez Correa, sólo encuentra asiento –además de la dichos del propio Valenzuela Romero—en el parte policial de la época, fechado el 12 de septiembre de 1973 y emanado de la 4º Comisaría de Carabineros, en el que luego de consignar un listado de detenidos conducidos hasta dicha unidad policial, se lee: *“detenidos hoy a las 17:00 horas por el Teniente Coronel Sr. TULIO RODRIGUEZ CORREA, de dotación de la Prefectura de Carabineros Santiago Sur, 7 oficiales y personal subalterno de esta Unidad...”*

Sin embargo, la fiabilidad de la información contenida en aquel atestado policial es escasa, tomando en consideración que, en el relato de los hechos, en aquel documento se describe que esas personas fueron detenidas ya que *“se mantenían en su interior, efectuando en forma reiterada disparos con armas de fuego hacia la calle”* y que mientras se procedía al desalojo *“en forma constante se atacó al personal con armas de fuego, al parecer entre otras una ametralladora liviana, la que no fue ubicada. Para repeler la agresión, el personal empleó disuasivos químicos en cantidad suficiente y armamento automático”*. Luego agrega



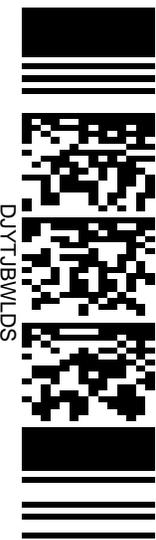
que, a consecuencia de los disparos, resultó muerto el dirigente del Sindicato de Empleados de Burguer, Tito Kunce (sic).

Pues bien, la versión de los hechos consignada en aquel parte policial ha quedado desvirtuada en el proceso no sólo por el testimonio de los trabajadores que fueron testigos presenciales del allanamiento y el de diversos efectivos policiales que participaron en él, sino también por el propio acusado Valenzuela Romero, quien en declaración indagatoria de fojas 2084, luego de modificar reiteradamente su versión de lo acontecido, admitió que *“no se trató de un enfrentamiento entre Carabineros y trabajadores, no vi a esos últimos portando armas de fuego y Carabineros en ningún momento se sintió en peligro, además en el procedimiento no se encontraron armas, por lo que no hubo incautación de especies”*.

Fuera de ese parte policial, con la falencia indicada, quienes mencionan en el proceso a Tulio Rodríguez Correa son los funcionarios de Carabineros Jairo Farías Abarca, Héctor Vergara Fuentes y Gustavo Úrrea Guzmán, en sus declaraciones judiciales de fojas 2353, 1930 y 2347, respectivamente, pero todos ellos se limitan a indicar que la Prefectura Santiago Sur de Carabineros estaba a cargo del Comandante Tulio Rodríguez Correa, y no que él hubiera participado en el allanamiento de aquel día a cargo del contingente de la 4° Comisaría que lo llevó a cabo.

4°) Que, en cambio, respecto del mando directo que sobre dicho contingente policial de la 4° Comisaría de Santiago y, concretamente, sobre el mando directo que en el allanamiento le cupo al capitán Fernando Galvarino Valenzuela Romero, sí se encuentran múltiples antecedentes en el proceso.

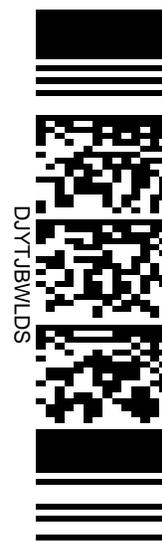
Desde luego, muchos de los funcionarios de la dotación policial de aquella época, lo sindicaron como Capitán de la 4° Comisaría de Santiago, subcomisario de dicha Unidad y como Jefe de los Servicios, que son las labores operativas. Entre ellos, es dable citar las declaraciones de Rubén Barría Igor de fojas 140, quien



agregó que existía una Comisión Civil en la 4° Comisaría que dependía del jefe de los Servicios, que era Valenzuela Romero; Raúl Gerbier Jofré de fojas 312, Luis Rivera Vega de fojas 316, Rodolfo Serrano Díaz de fojas 343, Luis Guerrero Lagos de fojas 371 y 532 que precisa que las secciones operativas de la Unidad estaban a cargo del Capitán jefe de los Servicios; Máximo Lizana Pardo de fojas 419 y 965, quien refiere que después del 11 de septiembre de 1973 se conformó un grupo de funcionarios de la 4° Comisaría, amparados por el Capitán Fernando Valenzuela Romero, que era el Jefe de los Servicios de la Comisaría, los cuales eran conocidos por realizar labores de detenciones y muerte de personas por razones políticas, lo que se comentaba mucho en el casino de la Unidad; y de Jairo Farías Abarca declaración judicial de fojas 2353 y 2872. Agrega este último que el capitán Fernando Valenzuela era subcomisario de la 4° Comisaría y quien realizaba el trabajo operativo en la calle, por los sucesos que ocurrían en septiembre de 1973, para lo cual tenía un grupo de la 4° Comisaría y salía con ellos a desarrollar sus funciones operativas.

Respecto de las labores de Valenzuela Romero en el allanamiento, dos funcionarios policiales hacen referencia directa a ello. Rafael Tapia Calderón y Lorenzo Pardo Valdivieso, en declaración policial de fojas 724 y 967, respectivamente. El primero recuerda que llegaron a la 4° Comisaria varios detenidos producto de un allanamiento a la textil Burguer, que fueron interrogados y luego derivados al Estadio Chile, allanamiento que *“estuvo a cargo del Capitán Fernando Valenzuela, funcionario que estaba al mando de los piquetes de la Unidad”*; en tanto el segundo manifestó haberse enterado en la Unidad de la concurrencia a dicho allanamiento, *“hecho que debería haber sido ordenado por el Capitán Jefe de los Servicios, que en dicho momento correspondía al Capitán Fernando Valenzuela Romero”*.

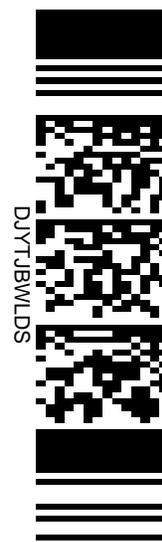
Pero, ¿qué dijo sobre este tópico el propio Valenzuela Romero? En sus declaraciones indagatorias señala que él se desempeñaba como Capitán Comisario de la 4° Comisaría de Carabineros, pues el cargo de comisario se



encontraba vacante y no había un oficial de mayor antigüedad que él, por lo que dicha unidad policial se encontraba bajo su mando. Respecto del allanamiento a la industria Textil Burguer, señaló que *“en virtud de una orden de la Prefectura Sur, junto a alrededor de 15 a 20 funcionarios de la Cuarta Comisaría concurrí a la mencionada empresa con la finalidad de desalojarla”*, e insiste en que *“el piquete de la Cuarta Comisaría que fue a allanar la textil Burger fue bajo mis órdenes, esto por orden del Prefecto de la Prefectura Sur”*. A fojas 1626 indicó que, para el 11 de septiembre de 1973 se desempeñaba como Capitán Comisario de Orden y Seguridad (Servicios) de la 4° Comisaría y se encontraba a cargo de dicha Unidad y sus unidades dependientes. A fojas 2037 reconoce haber participado en el allanamiento ocurrido en las industrias Burger, el día 12 de septiembre, a cargo del personal de la 4° Comisaría de la cual él era su Comisario, pero insiste en que concurren por orden del Prefecto de la Prefectura Sur, Tulio Rodríguez Correa, y agregó que todos los allanamientos efectuados por la 4° Comisaría durante el mes de septiembre de 1973 debían ser autorizados por él, como Comisario de la Unidad.

Como se aprecia, el acusado insiste en que la orden de efectuar aquel allanamiento a la industria textil Burguer provino de la Prefectura Santiago Sur, concretamente del Prefecto Tulio Rodríguez Correa. Lo cierto es que tal aserto no encuentra sustento en ninguna evidencia de la causa, más allá de sus propios dichos. Sin embargo, y aunque tal orden hubiera existido, lo que sí es un hecho acreditado con diversos testimonios—incluyendo en esto lo sostenido por el propio Valenzuela Romero—es que fue él quien concurreó personalmente al mando del contingente de la 4° Comisaría a ejecutar aquel procedimiento la tarde del 12 de septiembre de 1973.

Un antecedente acaso más elocuente acerca de su intervención con el mando superior directo en el allanamiento mismo, proviene de la declaración de un testigo presencial, el trabajador Daniel Torres Castro, quien a fojas 1939 señaló que, *“terminado el allanamiento, el funcionario policial de apellido Valenzuela a*

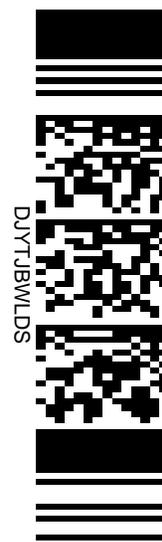


cargo del procedimiento, aparentemente del grado de capitán, me señaló que me quedaba a cargo de la empresa junto a Luis Alberto Ilabaca”. Luego agregó que le consta que ese efectivo de Carabineros de apellido Valenzuela tenía el grado de capitán “ya que así lo nombraba el resto de los efectivos policiales, además que destacaba por ser el encargado del procedimiento por cuanto él le daba las instrucciones al resto”. Por su parte, el propio acusado Valenzuela Romero, preguntado al respecto en su declaración judicial de fojas 2037, corrobora los dichos de aquel testigo pues “recuerda haberse acercado a personal de la empresa y señalado que quedaban a cargo del resguardo de la empresa para que al día siguiente fuera entregada en normalidad a sus dueños”.

Nada más cercano a la facultad de disposición propia del señorío que se ejerce sobre una cosa, que aquella decisión suya de “hacer entrega de la industria allanada” –donde se produjo la muerte de una persona— a un par de trabajadores y encima dejarlos a cargo del resguardo de la misma hasta devolverla a sus dueños. Parece evidente que una decisión así no pudo adoptarla sino quien ejercía el mando superior directo en el procedimiento que se llevó a cabo.

5°) Que, de los antecedentes que se vienen analizando, se desprende que el acusado Valenzuela Romero no sólo tuvo intervención material en el allanamiento a la industria Textil Burguer efectuado el 12 de septiembre de 1973, en cuyo contexto se provocó la muerte del dirigente sindical Tito Kunze Durán, sino también que dicha intervención fue en labores de mando directo sobre el contingente de Carabineros que ejecutó materialmente los hechos aquel día.

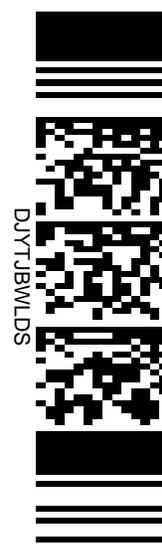
6°) Que, por otra parte, es también un hecho establecido en la causa el que, una vez controlada la instalación por los efectivos de Carabineros que llevaron a cabo el allanamiento, mientras mantenían a todos los trabajadores formados en fila con las manos en la nuca, al tiempo que preguntaban insistentemente por quién de ellos era Tito Kunze, y en cuanto este se identificó como tal, fue abatido con una ráfaga de subametralladora disparada por el único efectivo que vestía de civil.



Así lo declararon, entre otros, el testigo Francisco Antonio Arenas Aránguiz, fojas 202, 599 y 677, quien refirió que *“los formaron en fila india con las manos en alto”* y que *“Tito iba delante suyo, pero no alcanzó a avanzar ni tres pasos cuando es ametrallado de frente a una distancia no superior a un metro, por el único Carabinero que iba de civil”*, a quien describe como *“moreno, usaba bigotes, 1.75 de estatura, de 30 a 35 años”*; Francisco Arenas Aránguiz, fojas 626, 642, 665 y 1184 *“escuchó una ráfaga y casi al mismo tiempo se tropieza con un cuerpo y se dio cuenta que era Kunze Durán”* y al describir a la persona que le habría disparado, sindicó que *“era una vestida de civil y portaba una ametralladora, disparándole a un metro de distancia”*; y José San Martín Bello a fojas 2046, 2065, y 2098, señaló que cuando ya los tenían formados *“un funcionario de civil que portaba una subametralladora UZI, preguntó por Tito Kunze, quien realizó un gesto con la cabeza y en ese mismo instante éste le dispara una ráfaga en su contra, cayendo al lado suyo”*.

Pues bien, el acusado aseveró en declaración indagatoria de 20 de marzo de 2013 que *“todos los funcionarios de Carabineros debían vestir uniforme”*, por lo que negó que *“funcionarios de la unidad hayan concurrido al allanamiento vestidos de civil”*. Con todo, unos meses antes, el 29 de noviembre de 2012 había señalado *“desconocer si la Comisión Civil participó del allanamiento”*.

Sin embargo, la mayoría de los efectivos de Carabineros que prestaron testimonio en la causa reconocen la existencia de la llamada Comisión Civil. Rubén Barría, Oyarzún, Serrano, Gerbier, Rivera, Dámaso Muñoz, Máximo Lizana, Juan Daza, destacan dentro de los integrantes de la Comisión Civil a Domingo Sandoval, alias *“el guatón Sandoval”*; Rubén Barría añade que esta Comisión era dependiente del Jefe de Servicios; en tanto Oyarzún, Serrano, Sandoval, Saavedra y Cartagena refieren también que dicha Comisión Civil trabajaba en las dependencias de la 4° Comisaría; Rodolfo Serrano añade que el subcomisario Valenzuela sabía perfectamente quienes integraban la Comisión Civil; en tanto Jorge Sandoval, de

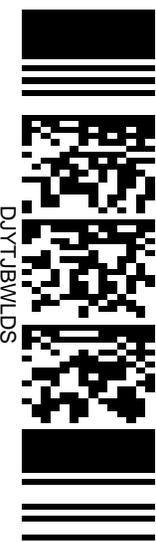


manera más precisa, enfatiza que la Comisión Civil dependía del Subcomisario de Servicios, que en esa fecha era el Capitán Fernando Valenzuela.

7°) Que, del conjunto de testimonios y circunstancias consignadas en los basamentos anteriores, fluye que la muerte del dirigente sindical Tito Kunze no fue un hecho que se desencadenó espontáneamente en el marco de un allanamiento policial a una industria, sino que fue la materialización de una decisión preestablecida, adoptada con antelación al allanamiento mismo, la cual no pudo estar ajena en cuanto a su participación o conocimiento por parte del acusado ni del efectivo que, vestido de civil, ejecutó materialmente los disparos.

En efecto, ninguna valoración razonable de los medios de prueba que se vienen analizando, podría concluir algo distinto. Los efectivos policiales, luego de controlada la situación, teniendo a los trabajadores en fila, manos en la nuca, preguntan insistentemente en voz alta por Tito Kunze. Desde luego no era para el mero propósito de identificarlo, pues para eso simplemente se lo llevan a la Comisaría, como hicieron con el resto de los trabajadores, donde cuentan con medios de apoyo para efectuar y verificar identificación de personas detenidas. Por el contrario, le dispararon allí mismo en la fila, precisamente porque no podrían haberlo ultimado en dependencias policiales—en la 4° Comisaría, donde llevaron a los detenidos—por el compromiso institucional obvio que ello acarrearía a Carabineros. La misma circunstancia parece explicar por qué el único funcionario que no vestía el uniforme institucional, es el que realizó los disparos en su contra cuando la víctima se identificó en aquella fila.

Por otra parte, resultaría poco plausible poner en dudas que el funcionario de civil que ejecutó los disparos pertenecía a Carabineros, es decir, suponer que en el bus institucional en que llegaron al lugar o al hacer el ingreso a la industria simplemente se “infiltró” entre ellos un personaje de civil, portando una subametralladora Uzi—emblemática en los cuerpos policiales de aquella época—y tras preguntar por el nombre del sindicalista junto a los demás efectivos uniformados, apenas identificado, le disparó una ráfaga, sin recibir reproches ni ser

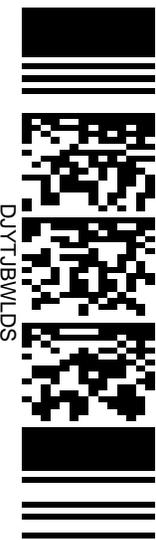


detenido por los Carabineros que había junto a él en ese lugar. Tampoco sería razonable suponer que, por el contrario, aquel sujeto sí era un efectivo de Carabineros, pero que se “excedió” en sus funciones y decidió allí mismo, por la suyas, ejecutar a balazos al dirigente por el cual preguntaban insistentemente en voz alta.

De haber sido un simple exceso del funcionario de civil el haber acribillado a esa persona que mantenían en la fila, hubiera provocado al menos un sumario interno para quien abandona las órdenes superiores por cuenta propia en tiempos de guerra, nada menos que acribillando a una persona. Nada de eso aconteció. El propio acusado, preguntado sobre el particular en su declaración indagatoria de fojas 2037, señaló que *“respecto de la persona que resultó fallecida, Carabineros no se hizo cargo, sino que los propios trabajadores, y no se realizó ningún sumario interno”*.

Todo indica que no hubo sumario interno porque aquel funcionario de civil simplemente cumplió las ordenes que previamente había recibido, para lo cual debía vestir sin uniforme institucional—decisión que no depende del gusto o comodidad de cada cual, obviamente—y que, en consecuencia, con su accionar no suscitó nada fuera de lo previsto. Por ello no había nada anómalo que investigar en su actuación de aquella tarde.

En tanto materializaba una decisión previamente adoptada el que dicho funcionario concurriera vestido de civil a ese allanamiento y ejecutara los disparos tal como lo hizo, de dicha decisión no sólo estaba enterado él, como ejecutor material, sino también Valenzuela Romero que ostentaba el mando directo del contingente policial en aquel procedimiento y a quien concierne, por lo mismo, el llevar a cabo la misión encomendada. Esta comunión subjetiva previa entre quien ejecutó los disparos y quien ejercía el mando operativo del contingente policial, no resulta modificada por la circunstancia de que la orden para efectuar aquel allanamiento hubiera sido impartida o no por el teniente coronel Tulio Rodríguez Correa, a cargo de la Prefectura Sur de Carabineros, pues no se trata aquí de

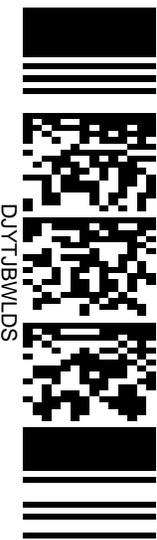


quién generó la decisión, sino del necesario conocimiento y concierto previo de quienes concurren a materializarla.

8°) Que, por lo tanto, la responsabilidad penal que le asiste al sentenciado Valenzuela Romero proviene de aquella doble circunstancia de, por una parte, haber intervenido ejerciendo el mando directo sobre los funcionarios policiales de la 4° Comisaría de Carabineros de Santiago, que efectuaron el allanamiento a la fábrica Burguer y en cuyo contexto dieron muerte a la víctima; y, por otra, el haber sido ejecutado aquel hecho producto de una decisión de mando previamente adoptada que, tanto a él como al ejecutor material de los disparos, no les podía resultar ajena o desconocida.

9°) Que, de las circunstancias recién anotadas, se desprende que la intervención punible que en el homicidio de Tito Kunze Durán le cupo al acusado no proviene de un hecho ajeno a él, como exige el principio de accesoriedad inherente a la complicidad, sino de un acontecimiento que le es propio, conforme al principio de convergencia que deriva de la coautoría, prevista en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

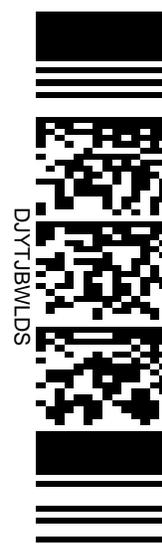
En efecto, este no es un problema de causalidad, de distinguir a los intervinientes en un delito en términos de su aportación causal a la producción del resultado —pues sabemos que quien efectuó los disparos fue un funcionario de civil—, sino un asunto normativo, que consiste en averiguar bajo qué condiciones un acontecimiento es objetiva y subjetivamente imputable a una persona que, junto a otras, realiza en la fase ejecutiva una aportación funcionalmente necesaria para la realización global de un propósito previamente acordado. Ello es lo que posibilita el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, en la medida que el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente también de su comportamiento o de su voluntad, en términos que cada individuo domina el curso global de los hechos en cooperación con los demás, lo que genera un dominio conjunto de dicho acontecer.



En los hechos de la presente causa aparece evidente que la acción del funcionario que vestía de civil y que ametralló a la víctima, no hubiera sido posible si es que el contingente policial al mando de Valenzuela Romero no hubiera controlado previamente la industria allanada y reducido a los trabajadores que mantenían formados en fila con las manos en la nuca. Por otra parte, la acción de aquel funcionario de civil no era sustituible por otro cualquiera de los que vestían uniforme institucional en ese momento. De ello deriva que la aportación funcional de cada uno –ejecutor y mando operativo—resultaba indispensable para el curso global de los acontecimientos y su resultado. A su vez, tanto el allanamiento a aquella empresa, como la concurrencia de un funcionario vistiendo ropa de civil y la acción por él desplegada en ese contexto, no podía menos que obedecer a una decisión previamente adoptada, que satisface el principio de convergencia propio de la coautoría, e impide valorar la intervención punible del acusado como accesoria al “hecho de otro”, como ocurriría con la mera complicidad.

10º) Que, en cuanto a la defensa del acusado, esta Corte comparte los fundamentos que han llevado al tribunal de primera instancia a calificar los hechos materia del juzgamiento como un crimen de lesa humanidad, en los fundamentos undécimo a décimo quinto de la sentencia que se revisa y, en consideración a ello, decidir la improcedencia de aplicar al caso de autos la prescripción de la acción penal y la amnistía como motivos de extinción de la responsabilidad penal, como fueron alegados en su oportunidad por la defensa del encartado al contestar la acusación fiscal y acusaciones particulares.

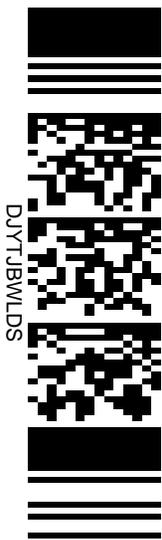
Tampoco resulta procedente hacer aplicación de la eximente prevista en el artículo 10 N°10 Código Penal, consistente en haber obrado en cumplimiento de un deber “encomendado por el Alto Mando”, según alega la defensa. Dicha causal exime de responsabilidad penal a quien ejecute una acción típica, en cuanto lo haga en cumplimiento de un deber que emana inmediata y directamente del ordenamiento jurídico. Así lo indica incluso la doctrina citada por el propio defensor en su libelo de descargos. Sin embargo, en el presente caso no ha existido



semejante obligación jurídica, pues la defensa no invoca norma alguna que lo obligara a actuar como lo hizo y pretende este amparo alegando haber recibido una orden superior—hecho no acreditado en el proceso, por lo demás—, no el haber ejecutado la acción producto de una obligación derivada directamente del ordenamiento jurídico vigente.

11º) Que, en cuanto a las circunstancias que atenuarían la responsabilidad penal del acusado, su defensa invocó las previstas en los artículos 10 N°1 en relación al 11 N°1 del Código Penal, las establecidas en los numerales 6 y 9 del artículo 11 del mismo cuerpo punitivo, además de la prevista en el artículo 211 del Código de Justicia Militar y la media prescripción establecida en el artículo 103 del Código Penal.

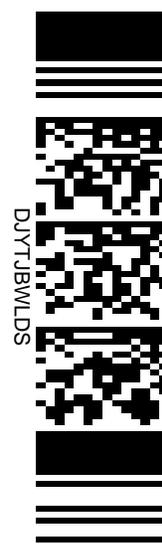
En lo referente a la primera alegación, una eximente incompleta del loco o demente cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximirlo de responsabilidad penal, no podrá prosperar en el presente caso por cuanto no se ha allegado al proceso antecedente alguno respecto a que el acusado, *a la época de cometer el delito*, tuviera sus facultades mentales perturbadas o disminuidas como para atenuar su responsabilidad en los hechos. Por el contrario, alega la defensa en su contestación que su representado no estaría *hoy* en condiciones de enfrentar el juicio producto de un estado de salud que deriva de su avanzada edad, lo que constituye una alegación totalmente distinta, al tiempo que no hay constancia en la causa que dicho estado de salud hubiera gatillado la situación prevista en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, de que el juez de la causa hubiera advertido en el procesado indicios de enajenación mental en las múltiples ocasiones en que rindió declaración indagatoria. Con todo, la atenuante invocada tampoco se desprende del Informe de Facultades Mentales agregado a fojas 2259, de fecha 12 de diciembre de 2017, en el que se concluye que el peritado presenta un deterioro cognitivo de leve a moderado, más no presenta perturbación mental que le impida distinguir entre un acto ilícito y uno lícito.



En lo concerniente a la mitigante prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal, consistente en la irreprochable conducta anterior del sentenciado, será acogida puesto que es una cuestión de amplio consenso en la doctrina y la jurisprudencia nacional el que los reproches que obstan a esta mitigante han de ser reproches de carácter penal, y previos a los hechos de cargo, por lo que al acusado le asiste dicha circunstancia atenuante, comprobada con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes agregado a fojas 2133.

En cambio deberá ser rechazada la atenuante establecida en el artículo 11 N°9 del Código Penal, consistente en haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, ya que incluso de una mirada somera de sus declaraciones policiales y judiciales se aprecia que el acusado ha mantenido constantes contradicciones y modificaciones en su versión de los hechos, además que en todas ellas ha negado alguna intervención punible en el delito investigado—desde que negó, en principio, tener conocimiento de algún delito en algún allanamiento—por lo que no es posible apreciar de su parte alguna disposición real de colaborar en el esclarecimiento de lo sucedido como exige aquella norma.

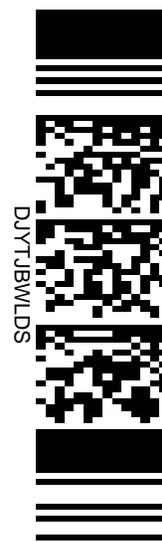
En cuanto a la atenuante establecida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, que consiste en haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, cabe también su rechazo, en la medida que—fuera de los dichos del propio acusado—no existe evidencia alguna de que éste haya recibido una orden por parte de un superior jerárquico para obrar del modo que lo hizo. En efecto, el acusado es el único que sostiene que la orden de aquel allanamiento a la empresa Burger provino del Prefecto de la Prefectura Sur de Carabineros, de lo que no hay constancia alguna en el proceso, y menos que aquella hipotética orden hubiera contemplado la eliminación del dirigente sindical, que constituye en definitiva el delito sometido a enjuiciamiento, más allá del mero allanamiento a la empresa que le sirvió de contexto, de manera que en la especie no comparece el antecedente de hecho que pudiera hacer procedente la atenuante invocada.



Finalmente, en cuanto a la llamada “media prescripción” alegada por la defensa, fundada en que ha transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción como para estimarlo una atenuante muy calificada, como previene el artículo 103 del Código Penal, también deberá ser desestimada. En efecto, para que opere tal atenuante se requiere que se haya dado inicio al cómputo del plazo, para luego concluir que ha transcurrido más de la mitad del tiempo necesario para prescribir. Ello no es posible tratándose de delitos de lesa humanidad, ya que tienen el carácter de imprescriptibles, por lo que no hay plazo alguno que se pueda contabilizar a dicho efecto. El artículo 103 del Código Penal, que contempla la atenuante invocada, tiene como presupuesto fáctico el transcurso del tiempo y supedita expresamente esta mitigante a que no haya transcurrido el plazo necesario para decretar la prescripción. Ello la hace aplicable únicamente en ilícitos cuya acción sea prescriptible, lo que no acontece en este caso, puesto que los delitos de lesa humanidad –por aplicación de los tratados internacionales—son imprescriptibles. En tal sentido, no puede observarse en la media prescripción ninguna nota de independencia: tanto la extinción de la responsabilidad penal como su atenuación, aparecen como una consecuencia jurídica del transcurso del tiempo, esencial en ambas, de manera que la imprescriptibilidad impide también la aplicabilidad de la atenuante invocada.

12°) Que, en cuanto a las circunstancias que agravarían la responsabilidad penal del acusado, la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su acusación particular de fojas 2628 y apelación de fojas 3048, estima que al encausado le perjudican las agravantes previstas en los numerales 8 y 11 del artículo 12 del Código Penal.

Respecto de la agravante del N°8 del citado artículo, que consiste en prevalerse del carácter público que tenga el culpable, es dable tener presente que esta es una circunstancia agravante de las llamadas subjetivas o “personales”, ya que se vincula a la persona del agente, y su concurrencia exige una especial subjetividad de su parte: el autor del delito debe aprovecharse o servirse, para sus



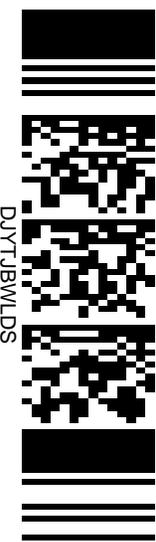
D.Y.T.J.B.W.L.D.S

propios fines, de la calidad que inviste, en el sentido de hacer uso del poder, las oportunidades o medios de que dispone en su condición de tal, para la comisión de delitos comunes. Por ello es portadora de un plus en el reproche a la conducta del culpable que comete el delito mediando dicho prevalimiento.

Sin embargo, ese mayor reproche no concurre cuando el delito se haya hecho posible exclusivamente gracias a esta circunstancia, pues en tal caso sería inherente al delito mismo y no podría surtir efecto agravante. Eso es precisamente lo que se observa en este caso, puesto que aquella condición de empleado público, en la especie, aparece ligada de manera indisoluble al delito cometido, en la medida en que se trata de un homicidio cometido por funcionarios de Carabineros en servicio activo, actuando como tales en el marco de un allanamiento a las dependencias de una industria. Además, no resultaría exacto hablar en este caso de prevalimiento, por cuanto el culpable no se ha aprovechado de esa condición para cometer un delito común, para llevar a cabo un designio propio o particular, sino para ejecutar un delito que proviene precisamente de dicho aparato estatal del que forma parte.

Con todo, no es ocioso observar, además, que la condición de agentes del Estado por parte de quienes perpetraron los hechos ha sido ya considerada para la cualificación del ilícito como una violación a los Derechos Humanos, esto es, como aquellos atentados que constituyen delitos contra la humanidad—condición de la que derivan sus notas de imprescriptible e inamnistiable, consideradas en los basamentos undécimo a décimo quinto del fallo de primer grado—por lo que no puede esa misma condición ser utilizada como circunstancia agravante, ya que lo impide el principio non bis in idem que se encuentra en la base del artículo 63 del Código Penal.

Por otra parte, en lo concerniente a la circunstancia agravante prevista en el número 11 del artículo 12 del citado Código, que consiste en que el ilícito haya sido ejecutado con auxilio de gente armada o de personas que proporcionen su impunidad, ocurre algo semejante. En efecto, el aseguramiento de la impunidad—



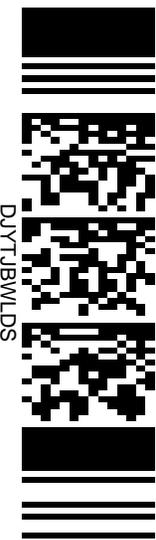
que es lo que aumenta el reproche penal en la agravante invocada—es una nota característica de la alevosía, con la que ya se calificó el homicidio cometido, de manera que no es posible contemplar nuevamente esos aspectos inherentes al hecho, esta vez para agravar la pena.

De lo que se viene razonando deriva que, al constituir las circunstancias de hecho que se invocan para configurar ambas agravantes, aspectos que ya se han tenido en consideración para incrementar el desvalor del acto, reflejado tanto en su imprescriptibilidad como delito contra la humanidad ejecutado por agentes del Estado, cuanto para la magnitud de la pena, en tanto homicidio calificado por la alevosía empleada en su ejecución, es que ambas agravantes deberán ser desestimadas.

13°) Que, a la época de comisión del homicidio calificado que se ha dado por establecido en la causa, dicho ilícito se encontraba sancionado en el artículo 391 N°1 del Código punitivo, con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Al encausado no le perjudican circunstancias agravantes—además de la alevosía, que califica el homicidio—y le beneficia una circunstancia atenuante, por lo que se impondrá la pena en el grado inferior de los previstos en la ley para este ilícito, conforme a lo establecido en el artículo 68 del citado ordenamiento.

II.- En cuanto a la acción civil:

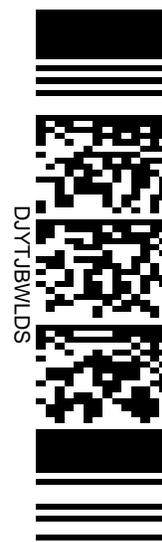
14°) Que, esta Corte comparte los razonamientos del fallo en alzada respecto de los fundamentos que tornan procedente la indemnización del daño moral irrogado por el delito a las demandantes civiles integrantes de su núcleo familiar directo, incluyendo la incorporación y a la vez la diferenciación que cabe hacer respecto de la nieta de la víctima, quien ha invocado sufrimientos propios naturalmente emanados del delito, pero también secuelas más bien derivadas del padecimiento de su padre, como se advierte en los fundamentos de su propia demanda.



15°) Que, sin embargo, y más aún en lo referente a su núcleo familiar directo, cree indispensable esta Corte tomar también en consideración que, conforme a los antecedentes reunidos en el proceso y ponderando los hechos y sus circunstancias de una forma que no se aleje del sentido común, aparece cierto el que los demandantes sufrieron un dolor inconmensurable por la pérdida del esposo y padre, que provocó un abrupto quiebre del entorno familiar, el que nunca volvió a ser el mismo tras el homicidio de la víctima a manos de agentes del Estado. Ello obviamente ocasionó la destrucción del proyecto de vida familiar cimentado con su presencia y, seguramente, con un rol central en el mismo atendida su condición de padre y esposo, afectando de manera ineludible y a la vez indeleble el desarrollo personal y el normal desenvolvimiento de los planes de vida que cada uno de los actores han podido forjar a lo largo del tiempo, arrastrando dicha carencia con el consiguiente impacto y afectación, que solo admite una mitigación con la indemnización otorgada, pero jamás una reparación integral del daño injustamente producido en sus vidas.

Para aquel propósito, aparecen insuficientes los montos indemnizatorios otorgados en la sentencia impugnada respecto del núcleo familiar directo, explicable en parte por el hecho de que, en torno a la acción penal, no se había establecido allí participación criminal de ningún tipo. Pues bien, dicha condición se modifica radicalmente con una decisión que en aquella materia da por establecida coautoría directa de los agentes del Estado involucrados en los eventos sometidos a juicio, lo que trae aparejado un incremento o intensificación de la responsabilidad civil del Fisco en la reparación de los resultados dañosos, que ha de reflejarse en los montos que se fijen respecto de esas indemnizaciones.

De este modo, habiéndose demostrado la existencia del perjuicio, se hace necesario acudir a la entidad y gravedad del hecho ilícito que constituyó la causa del daño para proceder a la estimación del mismo, cuantificación que ha de efectuarse prudencialmente, habida consideración de su naturaleza, entidad y extensión, teniendo especialmente presente las circunstancias de los hechos en

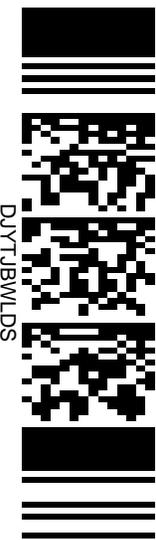


que resultó asesinada la víctima y el tiempo transcurrido desde su perpetración, que no ha hecho más que prolongar de manera excesiva el padecimiento de su núcleo familiar directo a lo largo de los años, y acorde a lo que esta Corte ha resuelto en casos similares, es que se estima más condigno a ese daño una indemnización que, en el caso de la familia directa demandante de fojas 2583, se elevará a la suma que se señala en lo resolutive, manteniendo respecto de la nieta demandante de fojas 2543 bis la suma establecida en la sentencia de primera instancia.

16°) Que, aún cuando las partes del juicio, en sus alegatos vertidos en la vista de la causa, no hicieron mención alguna al hecho de que la cónyuge querellante y demandante civil falleció durante el proceso, previo a la dictación de la sentencia de primera instancia –hecho que consta en los documentos aparejados en esta segunda instancia previos a la vista—cabe a ese respecto efectuar algunas consideraciones generales.

Durante el desarrollo del proceso, puede ocurrir que el demandante o el demandado sea reemplazado por otro sujeto que pasa a ocupar su sitio en el litigio, lo que se conoce como sucesión procesal o cambio de partes. Cuando dicha sustitución deviene producto de que una de las partes durante la tramitación del juicio fallece, dicha sustitución opera como una proyección, en el proceso, de la sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, el impacto que la muerte de una de las partes acarrea en el proceso, exige distinguir si el fallecido tenía o no constituido un mandato judicial. De no ser así, es decir, si se trataba de alguien que litigaba por sí mismo—cuestión muy excepcional en nuestro derecho—cabe aplicar la regla prevista en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, y se debe comunicar a sus herederos el estado del proceso para que comparezcan a hacer uso de su derecho en el término de emplazamiento, originándose de este modo una sucesión procesal o cambio de partes. Pero si el fallecido tenía constituido un mandato judicial no se produce aquella sustitución, puesto que aquel mandato no termina con la muerte del



mandante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 529 del Código Orgánico de Tribunales, por lo que éste puede continuar tramitando el juicio hasta su conclusión. Esto resuelve indirectamente el problema de la sustitución de partes—la torna innecesaria—aunque si en estos casos se requiere la comparecencia personal del difunto, para alguna audiencia de conciliación o de prueba, por ejemplo, no quedará otra opción que provocar la sucesión procesal de los herederos.

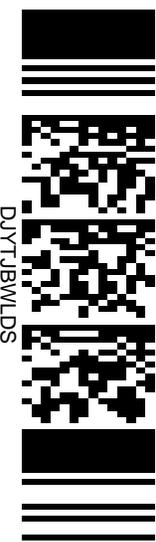
Ahora bien, para una parte de la doctrina surge la duda de si es factible provocar la sucesión procesal en juicios pendientes, cuando el derecho reclamado tiene un contenido extrapatrimonial. El problema se podría presentar, por ejemplo, en los juicios donde el actor reclama una indemnización por daño moral, como ocurre en la especie. En esos casos, la solución dependerá de si se estima que se trata o no de derechos transmisibles.

Con todo, como en la especie la demandante fallecida tiene mandato judicial vigente en la cusa, por lo que ha de aplicarse el artículo 529 del Código Orgánico de Tribunales—y no se ha requerido su intervención personal posterior para alguna gestión dentro del juicio—no se ha producido en este caso sustitución procesal alguna que amerite adentrarse en aquellas reflexiones en torno a la naturaleza de los derechos en disputa, y desatender la regla de continuidad procesal prevista en la disposición legal citada.

Por estas consideraciones, disintiendo parcialmente del parecer de la señora Fiscal Judicial, expresado en su dictamen de fojas 3101 y siguientes, y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 593 y 600 del Código Orgánico de Tribunales, 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se declara:

En cuanto a la acción penal.

I.- Que **se revoca** la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, escrita a fojas 2.891 y siguientes, en cuanto por su decisión I.- absuelve a Fernando Galvarino Valenzuela Romero, de la acusación fiscal y particulares



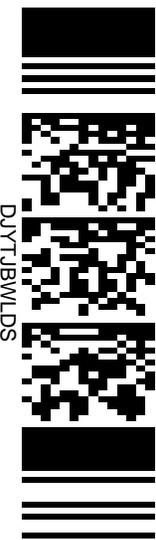
dirigidas en su contra, y en su lugar se decide que se **condena** al mencionado **Fernando Galvarino Valenzuela Romero**, cédula nacional de identidad N°3.344.681-0, ya individualizado, a la pena de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad de **coautor del delito de homicidio calificado** de Tito Guillermo Kunze Durán, perpetrado el 12 de septiembre de 1973, en la comuna de Santiago de esta ciudad.

II.- Que, atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, no se le concede ninguna de las medidas alternativas que establece la ley N°18.216 y, en consecuencia, deberá dar cumplimiento efectivo a la pena impuesta, la que se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono a dicho cumplimiento los tres días que estuvo privado de libertad por esta causa, desde el 9 hasta el 11 de mayo de 2017, según consta de los certificados de fojas 2132 y 2170, respectivamente.

III.- Que al sentenciado no se le condena al pago de las costas de la causa en atención a que deberá dar cumplimiento efectivo a la pena impuesta, de lo que se desprende su condición de pobreza, de acuerdo a lo previsto en los artículos 593 y 600 del Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a las acciones civiles.

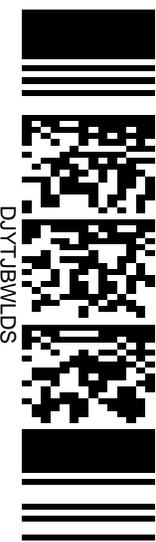
IV.- Que **se confirma** en lo demás apelado la referida sentencia, **con declaración** que se aumenta la indemnización del daño moral que el Fisco de Chile deberá pagar a las demandantes civiles de fojas 2583, esto es, a la cónyuge de la víctima, doña Luisa Antonia Núñez Tudela o a sus sucesores; y a sus 4 hijos Jorge Humberto, Guillermo Antonio, Jaime Horacio y Tito Eduardo Kunze Núñez, a la suma de \$50.000.000 para cada uno de ellos, con los reajustes e intereses establecidos en el citado fallo.



Se previene que la Ministra señora Jenny Book Reyes estuvo por **acoger la prescripción gradual** alegada por la defensa del acusado, en razón a las siguientes consideraciones:

a) Que en palabras que ha empleado la Corte Suprema y que esta preveniente hace suyas, cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que el instituto de la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal y que es independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo profundamente insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, aunque resulta de su reconocimiento una pena menor.

b) Que, de este modo, en los casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. Y de hecho es precisamente al revés: sancionar un delito de hace más de cuarenta años como si se hubiese cometido hace poco tiempo constituye un castigo cruel que las normas del derecho internacional humanitario proscriben. En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo. Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de



Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal.

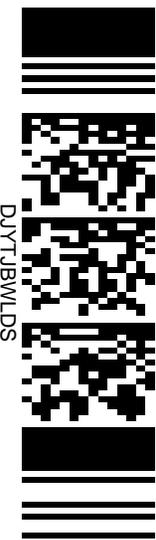
c) Que entonces no se divisa razón que obstaculice el considerar el larguísimo tiempo transcurrido para a lo menos mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, teniendo en cuenta para ello que el delito indagado quedó consumado el 12 de septiembre de 1973, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. Del estudio de los autos fluye que el lapso requerido para la procedencia de la institución de la prescripción gradual de la pena ha transcurrido con creces, de suerte que ha debido aplicarse al ser claramente favorable al sentenciado, por lo que, en opinión de la que previene, procedía hacer uso de lo que dispone el artículo 103 del Código Penal.

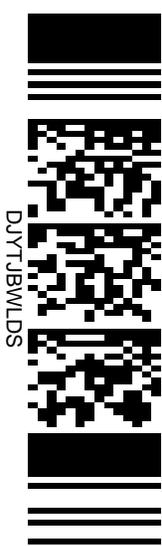
Regístrese, comuníquese y devuélvase la competencia, con sus tomos y documento en custodia.

Redacción del Ministro (S) Sr. Iturra.

No firma la Ministra (s) señora Rodríguez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y del acuerdo, por encontrarse con feriado legal.

Criminal Rol N° 6.437-2019.





DYTIJBWLDS

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Jenny Book R. y Ministro Suplente Carlos J. Iturra L. Santiago, uno de abril de dos mil veintiuno.

En Santiago, a uno de abril de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>