

C.A. de Temuco

Temuco, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

A folio 16: téngase presente.

**Vistos:**

Comparece **JORGE CALDERARA GONZALEZ**, abogado, Fiscal Adjunto, domiciliado en calle Dieciocho N° 415 de Angol; en causa RUC 1701008346-k, RIT 4-2020; interponiendo recurso de nulidad, para ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco en contra de la sentencia definitiva de fecha 25 de octubre de 2021, la cual decide condenar al acusado Marco Aurelio Treuer Heysen, por el delito de homicidio simple, ilícito contemplado en el artículo 391 numero 2° del Código Penal, en su redacción previa a la modificación establecida por la ley 20.779, condenándolo a una pena inferior a la solicitada, ello en atención a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho.

El presente recurso es procedente conforme lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal, atendido que se interpone en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario a fin de anular ésta y el juicio oral en que ella se dictó, fundándose el presente recurso de nulidad en la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 342 letra c) y 297 del Código procesal Penal, al haber valorado con infracción al principio de la lógica de la razón suficiente la prueba mediante la cual se establece la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal; causal que se interpone conjuntamente con la causal del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del mismo texto legal, al haber valorado con infracción al principio de la lógica de la razón suficiente la prueba mediante la cual se da por concurrente la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N°4 del Código Penal lo que lleva indebidamente a condenar al acusado a una pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN**



SU GRADO MEDIO y a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Ambas causales se deducen de manera conjunta toda vez que de conformidad a los artículos 68 y 73 del código Penal y la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 °6 del Código Penal reconocida por este Fiscal en la acusación, para que el vicio tenga la sustancialidad necesaria, se requiere que tanto la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 9 como la establecida en el artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 4 del Código Penal, no sean consideradas por el Tribunal.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los días 27, 28, 29 y 30 de septiembre, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 15 y 16 de octubre del presente año, se llevó a efecto audiencia de juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, en la cual se conoció de la acusación formulada por el Ministerio Público en contra del imputado Marco Aurelio Treuer Heysen.

2.- Los hechos por los cuales se acusó al imputado Treuer Heysen, contenidos en el respectivo auto de apertura, son los siguientes: “El día 07 de noviembre del año 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurren hasta el fundo Santa Alicia, ubicado en la comuna de Angol, cuatro funcionarios de Carabineros pertenecientes a la 1° Comisaria de Angol bajo el mando del imputado, Mayor (R) Marco Aurelio Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de la comunidad mapuche “Aguas Buenas”. Al llegar al lugar, los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados. Posteriormente, al encontrarse el imputado MARCO AURELIO TREUER HEYSEN en una loma del mismo sector, cambió la munición de su arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X,



la cual contenía 5 postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada uno, estando a una distancia aproximada entre 70 o 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra de 17 años de edad, teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del adolescente impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Producto de la acción deliberada del imputado, la víctima fallece el día 12 de noviembre de 2002, estableciéndose como causa de muerte “traumatismo encéfalo craneano abierto, por proyectil de arma de fuego, sin salida de este.”

3.- Los hechos descritos a juicio del Ministerio Público son constitutivos del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado y en los que se atribuyó al acusado participación en calidad de autor conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal.

4.- El acusado fue condenado de como AUTOR del delito CONSUMADO de homicidio simple, a la pena de TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO y a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. En la determinación de la pena el sentenciador reconoce tres circunstancias atenuantes, la establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal que ya venía reconocida por el ministerio Público, y la contempladas en el artículo 11 N° 9 y 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°4 del mismo cuerpo legal

5.- Luego de rendida la prueba de cargo, en el considerando Vigésimo de la sentencia recurrida, el Tribunal, luego de rechazar el reconocimiento de la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°7 del Código Penal, pedida por la defensa, señala lo siguiente: “Respecto a la atenuante del art. 11 N°9 del código penal, se estima concurrente por cuanto el acusado ha demostrado durante el proceso una actitud colaborativa con el esclarecimiento de los hechos...”. Luego de aquello, en el considerando Vigésimo Primero de la sentencia recurrida se reconoce la concurrencia de la legítima defensa incompleta



alegada por la defensa y se da por configurada la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación a artículo 10 N°4 del Código Penal, a saber: “Así las cosas, se considera que estamos ante un caso de legítima defensa imperfecta o incompleta, por no concurrir unos de los tres requisitos que el artículo 10 N°4 del código procesal penal establece, al efecto, no concurre la necesidad racional del medio empleado, como se señaló en las motivaciones anteriores, a las cuales nos remitiremos desde ya para los fines pertinentes. De esta forma, se da también por configurada la atenuante del artículo 11 N°1 del código penal”.

6.- No obstante, lo anterior, tanto la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, como la establecida en el artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°4 del mismo cuerpo legal, se dieron por concurrentes infraccionando el principio de la lógica de la razón suficiente toda vez que en la valoración de los hechos que las configuran se comete el vicio denunciado.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A.- CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA: MOTIVO ABSOLUTO DE NULIDAD PREVISTO ARTICULO 374 LETRA E) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 352 LETRA C) Y 297 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

A.1 El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece como sustancial la colaboración del acusado otorgando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°9 del Código Penal.

Según Schopenhauer el principio de la razón suficiente de conocer, es aquel en virtud del cual: “Toda afirmación cognoscitiva, debe ser justificada”; para Leibniz: “Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”. En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia Rol 342-2016 de fecha 06 de mayo de 2016: “7°.- Que respecto del principio de la lógica de la



DVN1LXCXFK

razón suficiente que se denuncia afectado por la decisión del tribunal recurrido, éste consiste en que todo juicio o enunciación requiere para ser verdadero de una razón suficiente, un fundamento objetivo que dé fuerza, solidez o permanencia por sí mismo al juicio. En otras palabras, consiste en considerar que una proposición es cierta cuando se conocen suficientes fundamentos objetivos que le dan esa fuerza o permanencia o solidez, y en virtud de los cuales se tiene por verdadera, lo que conlleva que los hechos probados den sustento probatorio, de manera que cada pieza esté sostenida por otras.”

## **A.2 DESARROLLO DE LA CAUSAL.**

La sentencia recurrida ha dado por establecida la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, funda su concurrencia en la actitud colaborativa del acusado. De esta manera, en el considerando Vigésimo señala lo siguiente, a saber: “Respecto a la atenuante del art. 11 N°9 del código penal, se estima concurrente por cuanto el acusado ha demostrado durante el proceso una actitud colaborativa con el esclarecimiento de los hechos, si bien, como lo ha dicho el INDH sólo estaba cumpliendo con su deber al prestar las primeras declaraciones, ya que no podía negarse dado el cargo que desempeñaba y la institución a la que pertenecía, sin embargo, al parecer de estos jueces esa actitud colaborativa la ha mantenido durante el tiempo, no solo al principio de la investigación, al efecto, a lo largo de todas las investigaciones prestó muchas declaraciones, declarando incluso ante el juez de garantía de Angol con fecha 28 de septiembre de 2018, en audiencia de formalización, según da cuenta parte de registro de audio incorporado, de esta forma, se situó en el sitio del suceso, reconoció portar la escopeta marca Winchester modelo 1200, admitió haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, indicó desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió también conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, al igual que el efecto de dispersión que se produce en ese tipo de proyectiles, por otra parte, la



circunstancia de que en el legítimo ejercicio de su derecho a defensa haya planteado teorías alternativas, a las que finalmente renunció en este juicio, no son óbice de una colaboración sustancial, sino que una manifestación de los derechos y garantías que como imputado se le reconocen, hasta la terminación del proceso, para el caso, la del artículo 93 letra c) del código procesal penal, asimismo tampoco es requisito para la procedencia de esta minorante confesar el delito que se le imputa. De esta manera, se estima concurre en la especie esta circunstancia atenuante.”

Sin perjuicio que la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia Rol 138.220-2020 de fecha 16 de abril de 2021 ha señalado que es facultad privativa de los jueces de la instancia determinar si la colaboración del acusado ha sido sustancial o no, luego, aquello no podría ser impugnado mediante un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, lo cierto es que resulta perfectamente posible cuestionar que la valoración de la prueba para llegar a tal conclusión ha infraccionado el artículo 297 del Código Procesal Penal, y para el caso concreto, el principio de la lógica de la razón suficiente.

El artículo 11 N°9 del Código Penal señala: “Son circunstancias atenuantes: 9. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.”

De lo transcrito se desprende que para que se dé por configurada la mencionada circunstancia atenuante se requiere la concurrencia de dos elementos copulativos: - Colaboración del acusado. - Que la colaboración del acusado sea sustancial.

Respecto de la sustancialidad, nuestra jurisprudencia ha señalado que para que se configure es necesario que el acusado contribuya de una manera determinante o decisiva al esclarecimiento del delito y que además sea oportuna en términos tales que aporte antecedentes nuevos o desconocidos para la investigación y no cuestiones a las que el Tribunal pudo llegar por otros medios probatorios. En este sentido sentencia Rol 462-2019 de fecha 26 de junio de 2019, pronunciada por



la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la que en el considerando CUARTO de su parte resolutive señala lo siguiente: “Que, sin perjuicio de lo anterior, y en relación a la atenuante del artículo 11 N 9 Código Penal invocada por la defensa en favor del imputado RODRIGO ALEJANDRO LEONARD VEGA debe considerarse que la redacción actual de esta minorante requiere la existencia de un aporte a la investigación por parte del imputado, que contribuya de manera determinante o decisiva al esclarecimiento del delito lo que supone constatar la veracidad de la información, sin que sea posible reconocerla en casos de declaraciones puramente distractoras o irrelevantes. En efecto la sustancialidad de la colaboración requiere que ella modo considerable, sino decisivo, aporte a la aclaración del delito que se investiga. Así por lo demás lo deja claro la Comisión de Legislación y Justicia del Senado, lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal austriaco del año 1.974, que concibe como atenuante, también con un alto estándar de procedencia: “cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad”. Además, esa colaboración debe ser oportuna, en términos de referir antecedentes nuevos o desconocidos para la investigación.”

En similares términos se ha manifestado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol 3445-2016 de fecha 18 de noviembre de 2016, la que en su considerando OCTAVO señala, saber: “OCTAVO: Que de igual forma no se evidencia alguna vulneración al artículo 11 N° 9 del Código Penal, pues tal como lo señala la sentencia en su considerando vigésimo primero, no basta con que un imputado declare para acceder a esta atenuante. Si se analiza la sentencia en su conjunto, como la declaración del imputado, es evidente que aquella no constituyó una colaboración oportuna para el esclarecimiento del delito y menos alguna que pudiese calificarse sustancial, por el contrario, a lo más se logra un reconocimiento de una cuestión a la que el tribunal pudo llegar por otros antecedentes, como



fue el hecho de que conducía el vehículo. De esta forma no cabe sino desestimar también el recurso por esta causal.”

La sentencia recurrida en el considerando VIGESIMO establece que el acusado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, principalmente por su actitud colaborativa, por las declaraciones prestadas durante el proceso, porque se situó en el lugar de los hechos, porque reconoció portar la escopeta, cambiar la munición y percutar cuatro cartuchos con postas de plomo, porque indico desde donde disparo y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió conocer el funcionamiento del arma que utilizaba y por último el efecto de dispersión que produce ese tipo de proyectiles.

Concordamos que, en base a estas afirmaciones, a nuestro juicio, el sentenciador puede concluir que existió una colaboración de parte del acusado, en otros términos, tales razones o antecedentes son razón suficiente para concluir el hecho de una colaboración, pero de los mismos y únicos fundamentos no existe razón suficiente para concluir que esta colaboración fue sustancial en los términos exigidos por la norma y tal como la jurisprudencia ha entendido el alcance de dicha sustancialidad. El Tribunal infringe el principio lógico de la razón suficiente al concluir la sustancialidad de la colaboración y ello porque su justificación carece de sustentos objetivos para llegar a esa conclusión.

De esta manera, el Tribunal pudo llegar a todas esas conclusiones fácticas referidas anteriormente, con otros antecedentes aportados al juicio por el Ministerio Público, de tal manera que no existe razón suficiente para determinar que la colaboración del acusado Treuer Heysen ha sido sustancial toda vez que nada nuevo ha aportado. A mayor abundamiento es el propio considerando DECIMO CUARTO de la sentencia recurrida quien lo establece de esa forma al señalar que la ocurrencia de los hechos se acredita con la numerosa prueba rendida y que dicha prueba consiste en testifical, documental,





pericial, material y otros medios de prueba, a saber, considerando DECIMO CUARTO de la sentencia recurrida: “Que, la ocurrencia de todos los hechos referidos en la motivación precedente fue acreditada con la numerosa prueba rendida en juicio, pormenorizada en motivaciones anteriores, consistente en testifical, pericial, documental, material y otros medios de prueba. De esta forma, ha quedado suficientemente asentado que el día 7 de noviembre de 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurrieron al fundo Santa Alicia, cuatro funcionarios de carabineros, pertenecientes a la 1° Comisaría de Angol, bajo el mando del mayor Marco Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de las comunidades Mapuche del sector. Al efecto, consta lo anterior principalmente de las declaraciones de los testigos presenciales, Domingo Rozas Arias, Ariela Melian Sanhueza, Miguel Ángel Castillo Díaz. Lo que se ve además refrendado con las declaraciones de los funcionarios Roberto Castro Cuellar y Ángel Marey Maffey, ambos pertenecientes a la unidad de DDHH de la PDI y la documental 7 y 10 del considerando décimo de esta sentencia, que corroboran lo anterior. A lo que se suma el relato de Marcelo Contreras Navarro. Además de prueba de descargo, como los testimonios de Héctor Muñoz, Juan Valenzuela y Luis Robinson, que ratifican lo anterior, junto a la declaración del propio acusado, Marco Treuer Heysen. También ha quedado suficientemente acreditado, que, al llegar al lugar, los funcionarios de carabineros sin provocación fueron atacados por los comuneros con piedras lanzadas con boleadoras y resorteras u hondas o tirapiedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados. Este hecho queda acreditado también con las declaraciones de Ariela Melian, Miguel Ángel Castillo y del propio acusado Marco Treuer Heysen. Lo que fue corroborado, con las declaraciones de los funcionarios investigadores de la PDI Roberto Castro Cuellar y Ángel Marey Maffey y con la documental de cargo, consistente en la relación de funcionarios de carabineros que



participaron en el procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, suscrito por Alberto Galleguillos Urbano, de fecha 13 de noviembre de 2002, de la relación de armamento utilizado por personal de carabineros en el mismo procedimiento junto al acta circunstanciada de gasto de munición en procedimiento de fecha 07 de noviembre del año 2002, entre otros antecedentes probatorios. Estas declaraciones fueron además coincidentes con la prueba de descargo, específicamente con las declaraciones de los carabineros Héctor Muñoz Sepúlveda (r) y Juan Valenzuela Soto.

Asimismo, se estableció que posteriormente, al encontrarse el acusado Treuer Heysen, en una loma del mismo sector, cambió la munición del arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una. Que lo antes señalado, queda primeramente acreditado, con la declaraciones de los testigos presenciales, la carabinera Ariela Melian, que estaba al lado del acusado cuando hizo el cambio de munición y de Armando Lemun, quien se encontraba cerca de su hermano Alex y pudo advertir el cambio de munición, por el sonido y también al ver los perdigones impactar en el suelo, al efecto en su declaración judicial señala: "...y le dice, se nota que están disparando balas de verdad, se tira (al suelo) y al lado del hombro, poco más allá, llegó un impacto en la tierra y saltó como tierra hacia arriba". Consta el cambio de munición también con las declaraciones de otros testigos, como Roberto Castro Cuellar, oficial investigador de la PDI y de su compañero investigador Angelo Marey Maffey, y de las declaraciones prestadas por los testigos, funcionarios activos de carabineros en aquella época, Alberto Galleguillos y Gustavo Castro, superioridad en aquel entonces del acusado, a quienes éste les relató la dinámica de los hechos, el mismo día que ocurrieron. Se suma a lo relatado por el oficial de la PDI, Marcelo Contreras, quien formó parte del equipo investigador el año 2002. Además, este hecho, es



decir, el cambio de munición de goma a plomo también fue reconocido por el acusado es sus declaraciones. En cuanto al hecho que el arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente, quedó suficientemente asentado con la declaración del perito balístico, Leonardo Rebolledo Contreras, quien perició el arma el año 2019, en virtud de incautación autorizada con fecha 1 de junio de 2018, del juzgado de garantía de Angol, según da cuenta la documental de cargo, consistente en copia de la referida resolución-, quien señaló al efecto como una de sus conclusiones que: “dentro de las pericias, la primera fue la determinación de operatividad del arma, al examen dicha arma y sus seguros se encontraban funcionando de manera adecuada y convencional, presentando a la observación externa, desgaste superficial, se efectuaron pruebas de disparo, determinando que se encontraba apta para realizar procesos de disparos” exhibiendo además materialmente el arma durante el juicio. Lo anterior se encuentra corroborado con la declaración del perito José Soto Contreras, quien analizó la misma escopeta el año 2002 y concluyó que había sido disparada y estaba buena. Reafirma lo anterior, la documental, consistente en la relación de armamento utilizado por personal de carabineros en procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, acta circunstanciada de gasto de munición en procedimiento de la misma fecha y copias certificadas de tres constancias estampadas en el libro de novedades de la población de fecha 07 de noviembre del año 2002 y de la entrega de armamento del acusado y sus acompañantes, entre otros antecedentes. En cuanto al tipo de munición que utiliza esta escopeta, también quedó asentado con las pericias balísticas ya señaladas, al efecto los peritos José Soto y Leonardo Rebolledo, coinciden que corresponde a munición del calibre 12, que se condice con la Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente. Respecto al hecho que estando a



una distancia aproximada entre 70 a 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra, de 17 años y teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del adolescente impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Al efecto, primeramente con las declaraciones prestadas en juicio por parte de los testigos presenciales, Ariela Melian, Miguel Castillo, Armando Lemun, sumado a las declaraciones de los funcionarios investigadores Roberto Castro, Ángelo Marey Maffey y Marcelo Contreras, junto a los informes periciales de los peritos Eduardo Herrera, planimetrista, Carlos Fernández, perito geógrafo, a lo que se suman las pericias de Carlos López y Washington Apablaza, ambos peritos fotógrafos, quedando de esta forma suficientemente acreditada la distancia que existía entre acusado y víctima al momento de disparo, la que es coincidente con las declaraciones prestadas por diversos testigos en este juicio y con la investigación la llevada por fiscalía militar, al efecto la defensa incorporó numerosas piezas de ese expediente, que dan cuenta de numerosas declaraciones al efecto-, de esta forma se ha logrado determinar que efectivamente la distancia que había mediado entre tirador y víctima era de aproximadamente 100 metros.

Por otra parte, la edad de la víctima al momento de los hechos resultó suficientemente acreditada con su certificado de nacimiento.

En cuanto a la preparación en el uso del arma y el conocimiento de su letalidad, si bien se podría considerar un hecho de pública notoriedad, a razón del cargo y función que desempeñaba el acusado, sin embargo, se incorporó su hoja de vida donde constan los cursos de perfeccionamiento que ha realizado, sumado a lo declarado por él mismo en estrados donde refiere que como carabinero reciben permanente entrenamiento en el uso de armas, lo cual fue reafirmado por algunos testigos que pertenecen o pertenecían a dicha institución.

El hecho de haber disparado impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza, ha quedado acreditado, con las declaraciones de



los testigos presenciales Ariela Melian y Miguel Castillo, quienes al efecto señalan, que el acusado disparó hacia el grupo donde estaba el joven Lemun, utilizando la escopeta que portaba, dando cuenta además la testigo Melian de este cambio de munición, lo que se refrendado con las declaraciones de los funcionarios policiales que investigaron los hechos en aquella época y en la actualidad, Contreras Navarro, Castro Cuellar y Marey Maffei. También consta la declaración de otro testigo presencial, Arturo Lemun Saavedra, quien ve a su hermano caer cuando estaban disparando, justo cuando habían cambiado de munición, lo que advirtió por el cambio de sonido y por los terrones de tierra que se levantaban. Lo que coincide con lo declarado por el testigo Ángelo Marey Maffey, quien refiere que durante la investigación tomó declaración a otro testigo presencial, Esteban Neculpan Huentecol, quien participaba del grupo de comuneros y le describe las acciones que realizó cuando Alex Lemun cayó al suelo, señalando que lo vio caer, describiendo también las participaciones del hermano menor de Alex, Armando Arturo Lemun, a quien sitúa en el lugar, refiriendo que de manera conjunta, en compañía de otros presentes, ven que cae y lo sacan a un costado, a un predio colindante. Menciona también las distancias y habla más o menos de 80 metros y sitúa al tirador en una loma, también se refiere a este cambio de sonido en los disparos, -del que asimismo habla Arturo Lemun-, que atribuye al cambio de cartuchería y que a raíz de este sonido él mismo incita a tirarse al suelo a todos los presentes. Estos dos testigos, Arturo Lemun y Esteban Neculpan, dan cuenta de que estando con el grupo de comuneros Alex cae producto de este impacto. Al efecto, Arturo señala que: "... lo arrastró hacia el cerco, le puso sus manos atrás y le vio la herida en la cabeza, ya estaba desvanecido. Esa herida era como medio amarilla, salió como grasita, salió una cosa blanca, él pensó que solo se había desmallado...". Se reafirma científicamente el impacto de la posta en la parte frontal derecha de la víctima, primeramente, con la pericial de la perita tanatóloga Nubia



Riquelme, quien refiere al exhibirse la fotografía N°1 de su informe que: “se observa en la región frontal derecha, una lesión que corresponde a la herida u orificio de entrada del proyectil de arma de fuego...”. Lo anterior se ve además ratificado por la declaración de varios testigos que vieron la herida en la frente del joven, como el paramédico de la ambulancia que lo va a buscar, Alex Lermada, quien en su declaración describe la herida que presentaba el joven Lemun, también el relato del médico Oscar Soto, especialista en cirugía, quien estando de turno en el Hospital de Angol recibe al joven herido y advierte la herida que presentaba en su frente, de lo cual da cuenta también en la hoja de atención urgencia del Hospital de Angol, que él confeccionó y que corresponde al Joven Alex Lemun. Al respecto, también advierten la herida sus familiares directos, su madre Blanca Saavedra y sus hermanos Juan y Loreto Lemun, quienes declaran en cuanto a la forma y momento en que se enteraron de lo sucedido y las acciones que cada uno ejecutó al enterarse de lo sucedido, a lo que suma lo declarado por el padre, Edmundo Lemun Necul, quien también declara sobre la forma en que tomó conocimiento de lo que le había sucedido a su hijo y de las acciones realizadas por su mujer y su hija Lotero.

Finalmente, que a consecuencia de la acción del imputado, la víctima fallece el día 12 de noviembre de 2002, estableciéndose como causa de muerte “traumatismo encéfalo craneano abierto, por proyectil de arma de fuego, sin salida del mismo”, queda establecido con el correspondiente protocolo de autopsia, al efecto, la perito Nubia Riquelme, que practicó la necropsia al cuerpo de la víctima concluye: “se trataba del cadáver de don Edmundo Alex Lemun Saavedra, peso 75 kilos, medía 1.74 metros, cuya causa de muerte fue un traumatismo encéfalo craneano abierto grave por proyectil de arma de fuego. Que con los antecedentes que se tenía, hasta ese momento la lesión era atribuible a la acción de terceras personas, que desde el punto de vista médico legal la muerte se consideró de tipo homicida, que la lesión era



reciente, vital y necesariamente mortal”. A lo que se suma, el informe pericial fotográfico N°444-2002 realizado por el perito Washington Apablaza- que expuso en juicio doña Ana Luisa Pizarro-, correspondiente a la fijación del protocolo de autopsia del joven Lemun Saavedra, realizado en dependencias del SML de Temuco, el día 12 de noviembre de 2002 y el certificado de defunción de Edmundo Alex Lemun Saavedra, extendido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, donde se indica como causa de muerte traumatismo encéfalo craneano abierto por herida a bala/homicidio.

También ha quedado demostrado, con los resultados negativos de los informes toxicológicos y de alcoholemia practicados a la víctima, por el perito químico farmacéutico, Eduardo Torres, que no había consumido alcohol ni drogas el día de los hechos. Es del caso agregar que la totalidad de la prueba referida, en su contenido, no ha sido desvirtuada durante la secuela de este juicio, siendo además concordante entre sí en sus aspectos fundamentales.”

De esta manera, queda da manifiesto que, situarse en el lugar de los hechos, reconocer portar la escopeta, cambiar la munición y percutar cuatro cartuchos con postas de plomo, indicar desde donde disparó, y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitir conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, y por último, el efecto de dispersión que produce ese tipo de proyectiles, no son una información a la cual el Tribunal no hubiera podido acceder sin su colaboración, el acusado nada nuevo ha aportado, y por lo mismo carece de razón suficiente el razonamiento del Tribunal que establece como sustancial la colaboración del acusado. Como consecuencia de aquello no puede estimarse como concurrente a su respecto la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

**B.- CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA  
CONJUNTAMENTE: MOTIVO ABSOLUTO DE  
NULIDAD PREVISTO ARTICULO 374 LETRA E) EN**



## **RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 352 LETRA C) Y 297 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

B.1 El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente como base en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

Según Schopenhauer el principio de la razón suficiente de conocer, es aquel en virtud del cual: “Toda afirmación cognoscitiva, debe ser justificada”; para Leibniz: “Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”.

B.2 Desarrollo de la causal.

La sentencia recurrida, en su considerando DECIMO TERCERO da por acreditado los siguientes hechos: “El día 07 de noviembre del año 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurrieron hasta el fundo Santa Alicia, ubicado en la comuna de Angol, cuatro funcionarios de Carabineros pertenecientes a la 1° Comisaria de Angol bajo el mando del imputado, Mayor (R) Marco Aurelio Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de las comunidades mapuches del sector. Al llegar al lugar, los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados. Posteriormente, al encontrarse el imputado MARCO AURELIO TREUER HEYSEN en una loma del mismo sector, cambió la munición de su arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una, estando a una distancia aproximada entre 70 o 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra de 17 años de edad, teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara





en contra del grupo impactando al adolescente Lemún Saavedra una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Producto de la acción del imputado, la víctima fallece el día 12 de noviembre de 2002, estableciéndose como causa de muerte “traumatismo encéfalo craneano abierto, por proyectil de arma de fuego, sin salida de este”

Respecto de la circunstancia atenuante de legítima defensa incompleta, en principio la defensa solicita el reconocimiento de la legítima defensa como causal de justificación, no obstante, aquello, la sentencia recurrida establece que respecto de la causal de justificación alegada concurren solo dos de los tres requisitos, esto es, la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Sin embargo, señala que no hay proporcionalidad en el medio empleado para impedirle o repelerla, lo que en definitiva lleva al sentenciador a otorgar solo la atenuante de legítima defensa incompleta.

En cuanto a los requisitos, la doctrina ha señalado que para que una eximente se transforme en atenuante: “es indispensable la concurrencia, por lo menos, del requisito básico o esencial de aquella. Así, la legítima defensa incompleta solo puede construirse si ha existido una agresión ilegítima...”<sup>1</sup>.

Respecto al requisito básico, agresión ilegítima, la sentencia recurrida lo establece y fundamenta en el considerando VIGESIMO PRIMERO, a saber: “Al efecto, ha quedado acreditado, fundamentalmente con prueba testifical, específicamente las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, que efectivamente el acusado y los carabineros que lo acompañaban al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por un grupo de comuneros, situación que se describe en todas las acusaciones. También es un hecho demostrado, que la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, -que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras. Señala también: “ese día sí se usaron



boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”. Sin perjuicio de lo anterior, se descarta que la víctima haya disparado un arma de fuego, así queda demostrado con la pericia realizada por doña Sylvia Figueroa. También, con esas mismas declaraciones se acreditó que la agresión fue también real y actual, en el sentido que objetivamente existió y que el ataque que se estaba desarrollando podía menoscabar la integridad de un bien jurídico, -integridad física-, y, que, de no detenerse, su detrimento podría ser mayor. Respecto a que no consta que la víctima haya agredido al acusado, necesario es señalar que la jurisprudencia mayoritaria es del parecer que en caso de riñas o peleas faltaría el requisito de la agresión ilegítima, por no poderse determinar quién inició la agresión, sin embargo, este no es el caso, no estamos ante una riña o pelea, al efecto la RAE (Real Academia Española) define riña tumultuaria como aquella en que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una. Pero en este caso, no hubo un acometimiento entre el grupo de comuneros y los carabineros, es más, siempre medió una distancia de a lo menos 70 metros, quedó asentado también que quién inició la agresión fue el grupo de comuneros, también las acusaciones así lo señalan y por otra parte es posible distinguir en este caso, las acciones desarrolladas de manera independiente por el acusado y las efectuadas por este grupo, respecto del cual, ya se señaló, quedó acreditado que la víctima formaba parte, que llevaba piedras y lanza piedras.”

A su respecto la doctrina ha señalado que la agresión, para ser considerada como generadora de la causal de justificación o de la eximente incompleta, debe cumplir con diversos requisitos:

- Debe ser ilegítima. Definida como aquella acción antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente defendido.
- La agresión ha de ser real, esto es, ha de existir como tal.



- Debe ser actual o inminente, no se admite una reacción defensiva en contra de amenazas remotas, puesto que en tal caso existe la posibilidad de evitar la materialización del daño solicitando el ejercicio de las facultades policiales preventivas. Del mismo modo, no cabe hablar de una legítima defensa cuando ya la agresión alcanzo su objetivo, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico. Aquí se habla de exceso extensivo en la defensa.

- La agresión no ha de ser provocada por el defensor.

De los requisitos mencionados anteriormente, a cuya concurrencia la doctrina supedita la existencia de una agresión ilegítima, el sentenciador los desarrolla parcialmente sin establecer la razón suficiente para dar por acreditado que la agresión sufrida por el imputado fue actual o inminente. A mayor abundamiento, el considerando VIGESIMO PRIMERO señala que mediante las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, se puede establecer que la agresión es real y actual, no obstante aquello, en el considerando DECIMO OCTAVO, cuando se analiza la legítima defensa solicitada por la defensa del acusado como causal de justificación, el sentenciador señala que de las declaraciones de los testigos se puede desprender que la acción de repeler el ataque con armas de fuego ocurre cuando los atacantes ya estaban más alejados, e incluso podían esquivar las piedras, a saber: “Es del caso que quedó demostrado durante este juicio que efectivamente el acusado y los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por parte de un grupo de comuneros, de los cuales formaba parte la víctima, sin embargo, aun cuando se ha señalado en estrados por estos tres funcionarios policiales, que estando en el lugar, escucharon el silbido de un proyectil pasar por su costado, sin embargo, en este punto no existió el necesario correlato con la prueba rendida en juicio, de esta manera, repeler un ataque con piedras, utilizando un arma de fuego, cargada con proyectiles de



plomo, potencialmente letales, en momentos en que ya estaban más alejados del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por la testigo Melian, no resulta para estos jueces, el racionalmente necesario para impedir o repeler ese ataque. De esta manera, no concurriendo todos los requisitos de la legítima defensa, sólo resta rechazarla, siendo en este punto innecesario analizar los restantes requisitos.”

De esta manera, el considerando DECIMO OCTAVO deja claro que las personas que en un principio agredían al acusado y demás funcionarios de Carabineros, se encontraban a una considerable distancia, no representado un riesgo actual para su integridad ni la del resto de su personal. Entonces el sentenciador no da una razón que justifique la conclusión cuestionada, que la agresión que recibió el acusado al momento de repelerla fuera actual, y en ese entendido no podría entonces señalar que a su respecto concurre la eximente incompleta toda vez que el requisito base de la misma, esto es, la agresión ilegítima, no concurre y no concurriendo aquella no puede hablarse de legítima defensa como causal de justificación, ni de legítima defensa incompleta como circunstancia atenuante.

### **III.- Vicio influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo y causa agravio.**

Los vicios de nulidad alegados conjuntamente y fundamentados anteriormente, influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, toda vez que de haberse valorado la prueba producida como lo ordena la ley, permitía establecer que no concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°9 y del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal. Así entonces el vicio reclamado condujo a que la sentencia recurrida impusiera al acusado una pena inferior a la solicitada por el Ministerio Público.

### **IV.- PREPARACIÓN DEL RECURSO. -**



Las causales invocadas conjuntamente no requieren de preparación, por cuanto no se refieren a alguna ley que regule el procedimiento, sino que son vicios que se contienen y se producen en la dictación de la sentencia, al no valorar la prueba conforme a las reglas de la lógica.

-

#### V.- PETICIONES CONCRETAS. -

1.- Tener por interpuesto recurso de nulidad en contra la sentencia pronunciada en causa RUC 1701008346-k, RIT 4-2020, de fecha 25 de octubre de 2021 del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, que condenó al acusado Marco Aurelio Treuer Heysen, por delito de homicidio simple, previsto en el artículo 391 N°2 del Código Penal, a una pena inferior a la solicitada por el Ministerio Público;

2.- Declararlo admisible en atención a lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal;

3.- Remitir al Tribunal ad quem, en este caso la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, los antecedentes pertinentes conforme al artículo 381 del Código Procesal Penal, para que éste a su vez lo declare admisible y en definitiva lo acoja, anulando en consecuencia la sentencia recurrida y el juicio oral desarrollado en esta causa, ordenando la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

También, comparece **MARCOS RABANAL TORO**, abogado, por el querellante **INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**, en causa sobre homicidio de Edmundo Alex Lemún Saavedra RUC 1701008346-K; RIT 4 – 2020, del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, interponiendo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, integrada por los/as Jueces titulares Solange Sufan Arias, Presidente de Sala, Etienne Fellay Bertholet y Karina Rubio Solís, con fecha 25 de octubre de 2021, en virtud de la cual, **SE CONDENA** al acusado **MARCO AURELIO TREUER HEYSEN**, cédula nacional de identidad N°9.241.267-9, en lo demás ya



individualizado, como AUTOR del del delito CONSUMADO de homicidio simple, a la pena de TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO y a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; delito cometido en contra del adolescente EDMUNDO ALEX LEMÚN SAAVEDRA, a fin de que US., acogiéndolo a tramitación, lo conceda para ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Temuco, remitiendo copia de la sentencia definitiva, del registro de audio del juicio oral y copia del presente escrito, con el objeto de que dicho Tribunal, conociendo del mismo, acoja el recurso anulando la sentencia y el juicio oral, determine el estado en que ha de quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

#### I. CAUSAL QUE HACE PROCEDENTE EL RECURSO

El recurso de nulidad que se propone en lo sucesivo se funda la causal del artículo 374 letra

e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del mismo texto legal, al haber valorado con infracción al principio de la lógica de la razón suficiente la prueba mediante la cual se da por concurrente la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N°4 del Código Penal y, de manera conjunta la misma causal, por cuanto se establece la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal; además se interpone de manera subsidiaria el presente recurso de nulidad, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en tanto, en el pronunciamiento de la sentencia se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto se rechazó la calificación jurídica de homicidio “calificado” propuesta por este querellante en su acusación particular y de manera conjunta como causal de error de derecho, por cuanto la sentencia, rechazó la agravante del artículo 12 N° 8, también invocada por este querellante en su acusación particular.



## II. LOS HECHOS ACREDITADOS

De conformidad a lo establecido en el considerando Décimo Tercero de la sentencia recurrida el Tribunal fijó los siguientes como hechos acreditados: “El día 07 de noviembre del año 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurrieron hasta el fundo Santa Alicia, ubicado en la comuna de Angol, cuatro funcionarios de Carabineros pertenecientes a la 1º Comisaria de Angol bajo el mando del imputado, Mayor (R) Marco Aurelio Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de la comunidades mapuches del sector. Al llegar al lugar, los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados. Posteriormente, al encontrarse el imputado MARCO AURELIO TREUER HEYSEN en una loma del mismo sector, cambió la munición de su arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una, estando a una distancia aproximada entre 70 o 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra de 17 años de edad, teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del grupo impactando al adolescente Lemún Saavedra una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Producto de la acción del imputado, la víctima fallece el día 12 de noviembre de 2002, estableciéndose como causa de muerte “traumatismo encéfalo craneano abierto, por proyectil de arma de fuego, sin salida de este”.

La calificación jurídica otorgada por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol a dichos hechos fue la de homicidio simple, sin embargo, de acuerdo a la reseñado, estimó concurrente a favor del acusado la atenuante del art. 11 N° 1, como legítima defensa



imperfecta o incompleta, y la atenuante del art. 11 N° 9 del Código Penal, y adicionalmente dejó de aplicar el art. 391 N° 1 circunstancia primera del Código Penal, descartando la calificación jurídica de homicidio calificado que solicitó el INDH, y, la agravante de responsabilidad penal del artículo 12 N° 8 del Código Penal. De este modo es que finalmente se condena al acusado Marco Treuer Heysen a la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, dándose ésta por cumplida, atendido el mayor tiempo que el sentenciado estuvo privado de libertad con motivo de esta causa.

## II. A.- CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA: MOTIVO ABSOLUTO DE NULIDAD PREVISTO ARTICULO 374 LETRA E) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 342 LETRA C) Y 297 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

II.A.1 El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente como base en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

Según Schopenauer el principio de la razón suficiente de conocer, es aquel en virtud del cual: “Toda afirmación cognoscitiva, debe ser justificada”; para Leibniz: “Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”.

### II. A.2 Desarrollo de la causal.

El contenido de la norma infringida, el artículo 11 N° 1 del Código Penal, dispone lo siguiente: “Son circunstancias atenuantes: 1. ° Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

En el presente caso, se debe relacionar al artículo 10 número 4 del Código Penal, el cual por su parte prescribe: Están exentos de





responsabilidad criminal: “El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. - Agresión Ilegítima. Segunda.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera.- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

En el caso de marras, llegar a establecer si concurrían o no los antecedentes de prueba necesarios para dar por establecida una eventual legítima defensa del acusado fue una cuestión que cruzó el juicio situándose como uno de los puntos centrales del litigio. Esta cuestión comienza a ser abordada en la sentencia recurrida en el considerando Décimo Octavo, en los siguientes términos: “...Sobre la legítima defensa, de la fuente legal se advierten sus requisitos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Como se adelantó en el veredicto, este tribunal ha estimado que no concurre en este caso la segunda circunstancia, -necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla-, la cual requiere para su concurrencia que exista una necesidad de defenderse y ésta lo será mientras es el medio imprescindible para repeler la agresión y además que el medio empleado haya sido el racionalmente necesario, lo que importa que entre los adecuados sea el menos lesivo de los que están al alcance del que defiende. Es del caso que quedó demostrado durante este juicio que efectivamente el acusado y los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo Santa Alicia fueron agredidos con piedras por parte de un grupo de comuneros, de los cuales formaba parte la víctima, sin embargo, aun cuando se ha señalado en estrados por estos tres funcionarios policiales, que estando en el lugar, escucharon el silbido de un proyectil pasar por su costado, sin embargo, en este punto no existió el necesario correlato con la prueba rendida en juicio, de esta manera, repeler un ataque con piedras, utilizando un arma de fuego, cargada con proyectiles de plomo, potencialmente letales, en momentos en que ya estaban más alejados



del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por la testigo Melian, no resulta para estos jueces, el racionalmente necesario para impedir o repeler ese ataque. De esta manera, no concurriendo todos los requisitos de la legítima defensa, sólo resta rechazarla, siendo en este punto innecesario analizar los restantes requisitos. En cuanto a la eximente del art. 10 N°4 del código penal, uno de sus requisitos es que, quien cumple el deber lo haga dentro de los límites que corresponden y empleando el medio necesario, el que concreta ese cumplimiento debe además atenerse a los límites que ese deber le impone, sin extralimitarse, es del caso que, quedó demostrado, que la instrucción u orden impartida al acusado era la de verificar la ocupación del fundo santa Alicia, también quedó acreditado, con la declaración de Luis Robinson, funcionario de la SIPOLCAR, que momentos antes también concurrió al lugar con la misma finalidad, era posible retirarse del lugar evitando cualquier tipo de enfrentamiento, de este modo, se estima que el acusado se extralimitó en el cumplimiento de la orden impartida y también en el medio empleado, como se señaló en la motivación precedente, en consecuencia tampoco concurre en la especie esta causal de justificación.”

El rechazo de la concurrencia de la legítima defensa completa en la sentencia es claro, pero más adelante en la misma se analiza y aplica la causal de justificación referida de forma incompleta o imperfecta, fundamentando dicha resolución en el considerando Vigésimo Primero en los siguientes términos: “...Analizando los requisitos en cuestión, primeramente, el de la agresión ilegítima, siguiendo al respecto al profesor Náquira, “la agresión supone una acción portadora de un peligro de carácter material o inmaterial, según la naturaleza del bien jurídico de que se trate, encaminada a dañarlo o ponerlo en peligro”. (Jaime Náquira, Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Thomson Reuters, segunda edición 2015, pp. 345). La agresión significa una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o



poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido. Al efecto, ha quedado acreditado, fundamentalmente con prueba testifical, específicamente las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, que efectivamente el acusado y los carabineros que lo acompañaban al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por un grupo de comuneros, situación que se describe en todas las acusaciones. También es un hecho demostrado, que la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, -que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras. Señala también: “ese día sí se usaron boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”. Sin perjuicio de lo anterior, se descarta que la víctima haya disparado un arma de fuego, así queda demostrado con la pericia realizada por doña Sylvia Figueroa. También, con esas mismas declaraciones se acreditó que la agresión fue también real y actual, en el sentido que objetivamente existió y que el ataque que se estaba desarrollando podía menoscabar la integridad de un bien jurídico, -integridad física-, y, que, de no detenerse, su detrimento podría ser mayor. Respecto a que no consta que la víctima haya agredido al acusado, necesario es señalar que la jurisprudencia mayoritaria es del parecer que en caso de riñas o peleas faltaría el requisito de la agresión ilegítima, por no poderse determinar quién inició la agresión, sin embargo, este no es el caso, no estamos ante una riña o pelea, al efecto la RAE (Real Academia Española) define riña tumultuaria como aquella en que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una. Pero en este caso, no hubo un acometimiento entre el grupo de comuneros y los carabineros, es más, siempre medió una distancia de a lo menos 70 metros, quedó asentado también que quién inició la agresión fue el grupo de comuneros, también las acusaciones así lo señalan y por otra



parte es posible distinguir en este caso, las acciones desarrolladas de manera independiente por el acusado y las efectuadas por este grupo, respecto del cual, ya se señaló, quedó acreditado que la víctima formaba parte, que llevaba piedras y lanza piedras.

En cuanto a la falta de provocación suficiente, primero hay que señalar que su ausencia no es óbice para la configuración de una justificación incompleta. Ahora, pasando a analizar este requisito en el caso concreto, primeramente se debe indicar que todas las acusaciones señalan que el acusado, junto a los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo santa Alicia fueron atacados por los comuneros con piedras y luego repelidos por el uso de gases lacrimógenos, de esta forma, de la sola relación de hechos se infiere la falta de provocación necesaria, entendiendo además que la sola presencia de personal policial en algún lugar no implica en sí misma una provocación, sumado a que tampoco existen antecedentes probatorios que den cuenta de la existencia de ésta, y en qué habría consistido. Así las cosas, se considera que estamos ante un caso de legítima defensa imperfecta o incompleta, por no concurrir unos de los tres requisitos que el artículo 10 N°4 del código procesal penal establece, al efecto, no concurre la necesidad racional del medio empleado, como se señaló en las motivaciones anteriores, a las cuales nos remitiremos desde ya para los fines pertinentes. De esta forma, se da también por configurada la atenuante del artículo 11 N°1 del código penal.”

La resolución yerra en la aplicación de las normas del artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal, en particular, en la concurrencia de los requisitos que las hacen procedentes.

En primer término, el requisito basal para la configuración de la legítima defensa, tanto en su modalidad completa e incompleta, es la agresión ilegítima, pero de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria debe ser real, actual e inminente al momento en que ocurre la defensa. Así se consigna en sentencia de la Excelentísima



Corte Suprema, Rol N° 10.364- 2019, que dispuso: “El requisito esencial de la causal de justificación de legítima defensa, sea propia o de terceros, la que debe ser real, actual o inminente y, si no concurre, ni siquiera puede apreciarse una eximente incompleta. Se entiende como "actual" la agresión que objetivamente existe, con independencia de si es conocida o no por los intervinientes y perdura mientras subsisten los arrestos ofensivos del agresor y, se considera como "inminente" la agresión lógicamente previsible, pudiendo ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, si hay indicios evidentes de su proximidad ...” (citando fallos de tribunales superiores, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, Manual de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019).

La agresión ilegítima entonces debe ser real, actual o inminente. “La agresión será real si, en los hechos, efectivamente existe. La actuación defensiva bajo la creencia errónea de que se es objeto de una agresión imaginada no puede justificarse (...). La agresión será “actual” cuando, en el hecho, se esté desarrollando un ataque que menoscabe la integridad de un bien jurídico (...) será “inminente” cuando se encuentre en un marco espacio – temporal próximo a la persona atacada, siendo portadora de un peligro o amenaza de daño o destrucción real para ésta (...).”.

Acerca de la existencia de una agresión real al momento en que el acusado actúa en contra de la víctima, la sentencia acertadamente descartó la existencia de un supuesto disparo en contra de los funcionarios de carabineros, quedando únicamente presente la idea de lanzamiento de piedras en contra de éstos, sobre lo cual es dable analizar los requisitos de actualidad e inminencia. Para ello útil resulta recordar los hechos establecidos en la misma sentencia en el considerando décimo tercero, que señala en lo pertinente: “... Al llegar al lugar, los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados.



Posteriormente, al encontrarse el imputado MARCO AURELIO TREUER HEYSEN en una loma del mismo sector, cambió la munición de su arma (...) estando a una distancia aproximada entre 70 o 100 metros de distancia de la víctima (...) dispara en contra del grupo impactando al adolescente Lemún Saavedra una posta en la parte frontal derecha de su cabeza (...).”

Es decir, a riesgo de obviedad, el disparo matador no se ejecuta en el momento del encuentro inicial de los funcionarios de carabineros con el grupo de personas entre los que se encontraba la víctima, sino posteriormente, y así fue declarado por el carabinero Melian, quien, al ser interrogada, según consta en la sentencia, “(...) se hizo primero una cortina de humo, retrocedían ellos avanzaban, otra cortina de humo, eso fue en un lapso de 5 a 10 minutos, para que después pasara lo que pasó. Cuando gritó el carabinero Castillo que les estaban disparando ahí se produjo el cambio de cartuchería.(...) Es decir, en una estimación conservadora a lo menos transcurrieron entre 5 a 10 minutos desde el encuentro inicial hasta el momento en que el acusado cambia los cartuchos y dispara, lo cual resulta relevante para observar que ambos hitos temporales representan 2 eventos situacionales distintos, cada uno de los cuáles debe ser evaluado con sus particularidades a efectos de estimar la concurrencia de los requisitos legales que determinen si existió o no agresión ilegítima.

Pues bien, no ha sido controvertido el hecho de que haya existido el lanzamiento de piedras en un comienzo de parte del grupo en que se encontraba la víctima y al grupo de carabineros dirigido por el acusado, en el escenario inicial, en el primer hito temporal, situado geográficamente en un lugar distinto a aquel en que se ejecuta el disparo. Sin embargo, es necesario detenerse en el análisis de los requisitos en el último hito temporal (el último evento situacional), para verificar si la agresión es o no “actual” porque se está desarrollando un ataque que menoscabe la integridad de un bien jurídico, o no; y si es “inminente” porque se encuentra en un marco espacio – temporal



próximo a la persona atacada. Y en este punto cabe señalar que quedó de manifiesto, tanto por prueba pericial y testimonial, que la actualidad e inminencia del ataque ya había cesado, debido a que el acusado se encontraba a 100 metros aproximadamente de distancia de la víctima. La carabinera Ariela Melian Sanhueza, quien acompañaba al acusado el día de los hechos, acerca del lanzamiento de piedras en juicio señaló que “las íbamos esquivando”, sumado a lo declarado también en juicio por el otro testigo presencial carabinero Miguel Ángel Castillo, quien refiere, en una apreciación más generosa de la distancia : “Las personas estaban a unos 200 metros en una superficie inferior a ellos, por la topografía del terreno, estaban a una altura superior a ellos, tenían una visión 100 por ciento hacia ellos cuando estaban en ese lugar, a 200 metros de los comuneros, les llegaban piedras pero no con tanta intensidad, porque utilizaban boleadoras o resorteras, tenían plena visibilidad hacia el lugar donde estaban los comuneros en ese momento”.

Es decir, en el punto en que el acusado decide cambiar la munición y disparar, 100 metros, o más según Castillo, los funcionarios de carabineros podían esquivar las piedras, y llegaban las piedras pero no con tanta intensidad, de modo que ello permite concluir que en realidad no estaba ocurriendo un ataque que menoscabe la integridad de un bien jurídico, y prueba de ello es que consta de las declaraciones de los mismos testigos Castillo y Melián, que ninguno de los funcionarios de carabineros resulto herido, es decir, la pretendida agresión no era actual, ni tampoco se trataba de una agresión inminente porque no se dio en los hechos circunscritos al tiempo inmediato de cambio de munición y disparo una acción apta que permita concluir la existencia de agresión portadora de un peligro o amenaza de daño o destrucción real. Es más, los mismos testimonios referidos dan cuenta de que posterior a los disparos con perdigón de plomo los carabineros deciden quedarse en el lugar con la seguridad de



que su integridad física no corría peligro y de enfrentar al grupo de personas para “no demostrar debilidad”, que era la máxima del acusado al momento de los hechos, según declaró en juicio el carabinero Castillo.

Es el propio tribunal el que hace referencia a las declaraciones y circunstancias señaladas, pero yerra en su valoración, disponiendo en su considerando décimo octavo, lo siguiente: “Es del caso que quedó demostrado durante este juicio que efectivamente el acusado y los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo Santa Alicia fueron agredidos con piedras por parte de un grupo de comuneros, de los cuales formaba parte la víctima, sin embargo, aun cuando se ha señalado en estrados por estos tres funcionarios policiales, que estando en el lugar, escucharon el silbido de un proyectil pasar por su costado, sin embargo, en este punto no existió el necesario correlato con la prueba rendida en juicio, de esta manera, repeler un ataque con piedras, utilizando un arma de fuego, cargada con proyectiles de plomo, potencialmente letales, en momentos en que ya estaban más alejados del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por el testigo Melian, no resulta para estos jueces, el racionalmente necesario para impedir o repeler ese ataque”.

Solo agregar redundando en este punto, que estas mismas consideraciones, particularmente el que se dé por establecido que el cambio de municiones y disparo se realizó en momentos en que ya estaban más alejados del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por el testigo Melian, son aquellas que respecto de las cuáles se debían aplicar los requisitos de actualidad e inminencia de la supuesta agresión ilegítima, cuestión que el Tribunal no realizó. En relación con la falta de provocación por parte de quien se defiende, que supuestamente concurriría en la especie, cabe señalar que “(...) la exigencia de que la provocación debe obrar siempre antes de la





reacción del provocado, cabe entenderla relacionada con el elemento temporal esto es, la inmediatez, que marca la contigüidad en el tiempo que debe unir a la provocación y al delito cometido”<sup>2</sup>. Ya hemos desarrollado la falta de concurrencia del requisito de inmediatez en los hechos que el tribunal estima como agresión ilegítima, bastando sólo con recordar en este punto que conforme lo fundamentado por el tribunal para estimar la falta de provocación suficiente analiza el requisito primeramente refiriendo que cuando los funcionarios de carabineros llegan al fundo Santa Alicia “... fueron atacados por los comuneros con piedras y luego repelidos por el uso de gases lacrimógenos, de esta forma, de la sola relación de hechos se infiere la falta de provocación necesaria, entendiendo además que la sola presencia de personal policial en algún lugar no implica en sí misma una provocación, sumado a que tampoco existen antecedentes probatorios que den cuenta de la existencia de ésta, y en qué habría consistido”. Es decir, los sentenciadores analizan el requisito en cuestión en el momento del contacto de los funcionarios de carabineros con el grupo de comuneros, y luego cuando son repelidos con gases lacrimógenos; sin embargo, - tal como se menciona en los hechos establecidos en la sentencia - posteriormente ocurre el cambio de municiones por parte del acusado y ejecuta el disparo que mata a Alex Lemún, en consecuencia, en la sentencia refiere el requisito de falta de provocación suficiente a una situación de hecho diversa al momento en que se ejecuta el delito por el acusado.

“El requisito de haber precedido inmediatamente la provocación o amenaza al delito que en contra del ofendido comete el culpable que reclama la atenuante, deja al margen todo tiempo intermedio o solución de continuidad entre el estímulo y la reacción delictuosa; ésta debe suceder a aquel sin tardanza”<sup>3</sup>, lo que nos permite reafirmar que el requisito analizado de falta de provocación necesaria fue erróneamente dado por concurrente en la sentencia, y ello deviene de lo expresado precedentemente, esto es, que la sentencia la justifica en



relación a las agresiones con piedras al momento del encuentro entre funcionarios y grupo de comuneros, o al momento del uso de gases lacrimógenos, pero el delito se cometió después, cuando se produce el disparo previo cambio de municiones, y en éste momento no había una agresión actual e inminente conforme se desarrolló.

Finalmente, resulta necesario referir que no existe prueba que, de cuenta de alguna agresión ilegítima, actual o inminente, ejecutada por la víctima, el adolescente Alex Lemún Saavedra, hacia el condenado. Ello incluso fue asentado por los sentenciadores al señalar que “(...) la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, - que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras (...)”. Señala también: “ese día sí se usaron boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”. Entonces, no existe constancia que Alex Lemún Saavedra haya lanzado piedras contra el acusado Treuer Heysen, ni antes ni al momento de recibir el disparo; y conforme lo expresa Náquira, “(...) la reacción defensiva debe ir siempre en contra del agresor y no de un tercero inocente” 4.

No existe entonces prueba de una agresión ilegítima de parte de la víctima que justifique una defensa legítima - aún incompleta -de parte del autor de los disparos letales, y “Para el legislador penal chileno, la existencia real de una agresión ilegítima que lesiona o pone en peligro un bien jurídico determina la “necesidad de una defensa”, (...) de lo contrario, no será posible configurar la causal de justificación objeto de estudio ni tampoco de una eximente incompleta ( C.P., Art. 11 N° 1, en relación al art. 10 N° 4), por estar ausente un requisito esencial en ambos casos: la agresión ilegítima” .

De los requisitos mencionados anteriormente, a cuya concurrencia la doctrina supedita la existencia de una agresión ilegítima, el sentenciador los desarrolla parcialmente sin establecer la razón suficiente para dar por acreditado que la agresión sufrida por el



imputado fue actual o inminente. A mayor abundamiento, el considerando VIGESIMO PRIMERO señala que mediante las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, se puede establecer que la agresión es real y actual, no obstante aquello, en el considerando DECIMO OCTAVO, cuando se analiza la legítima defensa solicitada por la defensa del acusado como causal de justificación, el sentenciador señala que de las declaraciones de los testigos se puede desprender que la acción de repeler el ataque con armas de fuego ocurre cuando los atacantes ya estaban más alejados, e incluso podían esquivar las piedras, a saber: “Es del caso que quedó demostrado durante este juicio que efectivamente el acusado y los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por parte de un grupo de comuneros, de los cuales formaba parte la víctima, sin embargo, aun cuando se ha señalado en estrados por estos tres funcionarios policiales, que estando en el lugar, escucharon el silbido de un proyectil pasar por su costado, sin embargo, en este punto no existió el necesario correlato con la prueba rendida en juicio, de esta manera, repeler un ataque con piedras, utilizando un arma de fuego, cargada con proyectiles de plomo, potencialmente letales, en momentos en que ya estaban más alejados del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por la testigo Melian, no resulta para estos jueces, el racionalmente necesario para impedir o repeler ese ataque. De esta manera, no concurriendo todos los requisitos de la legítima defensa, sólo resta rechazarla, siendo en este punto innecesario analizar los restantes requisitos.”

De esta manera, el considerando DECIMO OCTAVO deja claro que las personas que en un principio agredían al acusado y demás funcionarios de Carabineros, se encontraban a una considerable distancia, no representado un riesgo actual para su integridad ni la del



resto de su personal. Entonces el sentenciador no da una razón que justifique la conclusión cuestionada, que la agresión que recibió el acusado al momento de repelerla fuera actual, y en ese entendido no podría entonces señalar que a su respecto concurre la eximente incompleta toda vez que el requisito base de la misma, esto es, la agresión ilegítima, no concurre y no concurriendo aquella no puede hablarse de legítima defensa como causal de justificación, ni de legítima defensa incompleta como circunstancia atenuante.

**II. B.- CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA CONJUNTAMENTE: MOTIVO ABSOLUTO DE NULIDAD PREVISTO ARTICULO 374 LETRA E) EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 342 LETRA C) Y 297 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

II. B.1 El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece como sustancial la colaboración del acusado otorgando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°9 del Código Penal.

Según Schopenauer el principio de la razón suficiente de conocer, es aquel en virtud del cual: “Toda afirmación cognoscitiva, debe ser justificada”; para Leibniz: “Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”. En el mismo sentido la

I. Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia Rol 342-2016 de fecha 06 de mayo de 2016: “7°.- Que respecto del principio de la lógica de la razón suficiente que se denuncia afectado por la decisión del tribunal recurrido, éste consiste en que todo juicio o enunciación requiere para ser verdadero de una razón suficiente, un fundamento objetivo que dé fuerza, solidez o permanencia por sí mismo al juicio. En otras palabras, consiste en considerar que una proposición es cierta cuando se conocen suficientes fundamentos objetivos que le dan esa fuerza o permanencia o solidez, y en virtud de los cuales se tiene por verdadera, lo que conlleva que los hechos probados den sustento probatorio, de manera que cada pieza esté sostenida por otras.”



## II. B.2 DESARROLLO DE LA CAUSAL.

La sentencia recurrida ha dado por establecida la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, funda su concurrencia en la actitud colaborativa del acusado. De esta manera, en el considerando Vigésimo señala lo siguiente, a saber: “Respecto a la atenuante del art. 11 N°9 del código penal, se estima concurrente por cuanto el acusado ha demostrado durante el proceso una actitud colaborativa con el esclarecimiento de los hechos, si bien, como lo ha dicho el INDH sólo estaba cumpliendo con su deber al prestar las primeras declaraciones, ya que no podía negarse dado el cargo que desempeñaba y la institución a la que pertenecía, sin embargo, al parecer de estos jueces esa actitud colaborativa la ha mantenido durante el tiempo, no solo al principio de la investigación, al efecto, a lo largo de todas las investigaciones prestó muchas declaraciones, declarando incluso ante el juez de garantía de Angol con fecha 28 de septiembre de 2018, en audiencia de formalización, según da cuenta parte de registro de audio incorporado, de esta forma, se situó en el sitio del suceso, reconoció portar la escopeta marca Winchester modelo 1200, admitió haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, indicó desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió también conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, al igual que el efecto de dispersión que se produce en ese tipo de proyectiles, por otra parte, la circunstancia de que en el legítimo ejercicio de su derecho a defensa haya planteado teorías alternativas, a las que finalmente renunció en este juicio, no son óbice de una colaboración sustancial, sino que una manifestación de los derechos y garantías que como imputado se le reconocen, hasta la terminación del proceso, para el caso, la del artículo 93 letra c) del código procesal penal, asimismo tampoco es requisito para la procedencia de esta minorante confesar el delito que se le imputa. De esta manera, se estima concurre en la especie esta circunstancia atenuante.”



De este modo, para estimar concurrente la minorante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, el Tribunal sentenciador consideró las siguientes circunstancias:

1. Prestar muchas declaraciones, declarando incluso ante el juez de garantía de Angol con fecha 28 de septiembre de 2018, en audiencia de formalización;
2. Situarse en el sitio del suceso;
3. Reconocer portar la escopeta marca Winchester modelo 1200;
4. Admitir haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo;
5. Indicar desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros; y
6. Admitir conocer el funcionamiento del arma que utilizaba y su efecto de dispersión.

Sostenemos que los fundamentos expuestos por los sentenciadores no son lo suficientemente acertados para darle contenido a la norma aplicada, referido a los requisitos que la hacen procedente.

Una primera aproximación a ello proviene de la constatación de que el Tribunal realizó una valoración genérica de todas las declaraciones, considerando el conjunto de ellas, el número de las mismas, pero sin reparar en el contenido específico de cada cual, la relación entre ellas, los cambios o no de elementos relevantes de las declaraciones, y la relación con otros antecedentes. Seguidamente el tribunal no da razón suficiente al aplicar el art. 11 N° 9 del CP, en circunstancia que no se cumple con el requisito de sustancialidad en la colaboración, como es exigido por la norma, más bien, no se encuentra desarrollado de forma sistemática con los asertos de la misma sentencia y antecedentes incorporados al juicio cómo es que se estima concurrente la sustancialidad. En efecto, si bien el acusado declaró en múltiples ocasiones a lo largo de la investigación, y en las distintas etapas de ésta, no aportó antecedentes distintos a los que ya se incorporaban por otros medios. El análisis del contenido de las



declaraciones del acusado incorporadas al juicio que datan del año 2002 – 2003 – 2018 – 2021 arroja que el acusado realizó ajustes o acomodó a sus declaraciones de acuerdo al conocimiento que iba obteniendo de la investigación conforme sus funciones y al lógico conocimiento que iban adquiriendo sus superiores respecto a circunstancias fácticas del día de los hechos, de manera que, al plasmar sus dichos en declaraciones estaba puesto en una situación en la que no podía más que reconocerlas.

La carencia de sustancialidad en la colaboración por parte del acusado queda manifiesta de acuerdo con la prueba documental incorporada como prueba de la defensa, en el considerando Duodécimo:

1. Fojas 15 a 17 vta., tomo 1. Declaración de Marco Treuer Heysen, de fecha 11 de noviembre de 2002, ante el Cuarto Juzgado Militar de Valdivia.
  2. Fojas 266, tomo 1. Declaración de Marco Treuer Heysen, 9 de noviembre de 2002, prestada en la fiscalía de Angol, ante el fiscal Soto Vio.
  3. Fojas, 475, tomo 1. Nueva declaración del sr. Treuer Heysen, 16 de noviembre de 2002.
  4. Fojas 561, tomo 2. Declaración de Marco Treuer Heysen, de 6 de diciembre de 2002.
  5. Fojas 743, tomo 2. Declaración de Marco Treuer Heysen, en fiscalía militar 4 de julio 2003.
  6. Fojas 909, tomo 2. Declaración Marco Treuer Heysen, de fecha 9 de noviembre de 2002, dentro del marco del sumario administrativo.
  7. Fojas 957, tomo 2. Declaración Marco Treuer Heysen, de fecha 19 de diciembre de 2002, dentro del marco del sumario administrativo.
- En todas las referidas declaraciones, si bien el acusado da cuenta de circunstancias fácticas del día de los hechos en relación a su participación en los mismos, fue erróneamente considerado por los sentenciadores como colaboración sustancial, toda vez que parte



relevante de éstos antecedentes aportados por el acusado algunos ya constaban antes de que el acusado declarara por primera vez el día 09 de noviembre del año 2002, y otros se fueron allegando a la investigación en tiempo inmediatamente posterior a dicha declaración como producto de la documentación institucional que se genera a propósito de hechos como el caso de marras.

De los antecedentes que existían previos a la primera declaración del acusado se puede mencionar por ejemplo la prueba documental de cargo que se consigna en el considerando Décimo, numeral 10, en que se incorporó: “10.- Copias certificadas de tres constancias estampadas en el libro de novedades de la Población de fecha 07 de noviembre del año 2002 y de la entrega de armamento al acusado y sus acompañantes junto con su transcripción”. Dichos documentos dan cuenta de información producida el mismo día de los hechos juzgados, y consta lo siguiente:

- “ENTREGA DE ARMAMENTO A PERSONAL SERVICIO PIQUETE. Escopeta Antimotín N° 1053435”. 17:15 HORAS. A esta hora se deja la presente constancia, que por Orden del Mayor Sr. Treuer Heysen, se abre el sobre con la llave de la sala de Armas para proceder a sacar armamento: escopeta, 02 cascos Romer de protección, 01 Carabina lanza gases Stopper, 15 cartuchos calibre 37mm., además se le entrega al Carabinero MIGUEL CASTILLO DIAZ chaleco antibalas N°2721, Carabinero ARIELA MELIAN SANHUEZA CHALECO N° 2616, la Escopeta Stopper N° 3997- S, -se entrega armamento la Carabinero ARIELA MELIAÑ N°998”.

- 20:30 HORAS "REGRESO PERSONAL PIQUETE A CARGO SR. COMISARIO" Del Mayor Sr. Marco Treuer Heysen, en el AP-384, conducido por el Cabo 2do. DOMINGO ROZAS ARIAS, Carabinero ARIELA MELIAN SANHUEZA y MIGUEL CASTILLO DIAZ, el armamento lo entregan conforme y sin novedad, munición cartucho 37mm. Fueron usados 5 munición Calibre 12 mm. Cheddite faltan 22, conforme y sin novedad”.





Y existen otros antecedentes documentales de carácter institucional de Carabineros que también dan cuenta de la dinámica de los hechos, como los documentos individualizados también en el considerando Décimo:

“7.- Relación funcionarios de Carabineros que participaron en procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, suscrito por Alberto Galleguillos Urbano, de fecha 13 de noviembre de 2002. Indicándose mayor Treuer Heysen, cabo segundo Rozas Arias, carabinero Castillo Díaz y carabinera Ariela Melian Sanhueza.

8.- Relación de armamento utilizado por personal de Carabineros en procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, armamento particular una pistola 9mm marca Walther, 1 cargador con 8 tiros sin percutar y una escopeta marca Winchester modelo 1200, a cargo del mayor Treuer Heysen; cabo 2º Rozas, revolver Taurus calibre 38, carabinero Castillo Díaz, revolver Taurus calibre 38, carabinero Ariela Melian, revolver Taurus especial, calibre 38,

4 cartuchos antimotines percutados escopeta Winchester, 5 cartuchos percutados lacrimógenas, suscrito por Alberto Galleguillos Urbano, teniente coronel de Carabineros, de fecha 12 de noviembre de 2002.

9.- Acta circunstanciada de gasto de munición en procedimiento de fecha 07 de noviembre del año 2002...”.

De este modo, y hasta este punto, puede afirmarse que la especial consideración que los sentenciadores realizan de las declaraciones del acusado por haberse situado en el sitio del suceso, reconocer haber portado la escopeta marca Winchester modelo 1200, haber admitido que cambió la munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, son antecedentes que claramente se encuentran documentados con anterioridad a sus dichos o con posterioridad, pero que en todo caso representa la posibilidad de prescindir de las declaraciones del acusado y estarse a tales antecedentes para llegar a las mismas constataciones.



Así mismo, el haber indicado el acusado desde donde disparó y que lo hizo en dirección a un grupo de comuneros, es una circunstancia no solo declarada por los múltiples testigos que se encontraban en el lugar en sede de Fiscalía Militar, sino que también por sus acompañantes carabineros, don Miguel Castillo Días y doña Ariela Melian Sanhueza. Finalmente, la circunstancia de haber admitido conocer el funcionamiento del arma que utilizó y su efecto de dispersión, es una cuestión que emana de la especial formación profesional del acusado según consta del documento “6.- Hoja de vida institucional emanado de Gestión de Personas de Departamento P7 Carabineros de Chile de fecha 05 de septiembre de 2018”, incorporado en juicio según consta del considerando Duodécimo.

Como se viene reseñando, la información entregada en las múltiples declaraciones del acusado constaba de otros antecedentes desde el mismo día de los hechos y en tiempo inmediatamente posterior, por lo que su llamada colaboración no es sustancial. Incluso más, intentó modificar ciertas circunstancias en favor de justificar sus actos, las que luego corrigió pues no le era posible sostenerlas. Por ejemplo, en declaración, que se encuentra incorporada en la prueba documental, correspondiente al Expediente causa ROL 233-2002 del 3° Juzgado Militar de Valdivia, a fojas 15, ante la Fiscalía Militar Letrada, de fecha 11 de noviembre del año 2002, señaló textualmente: “En ese momento me di cuenta de la gravedad de la situación y tomé la determinación de efectuar la defensa de mi personal y mía, habida consideración de la circunstancia de encontrarnos tanto mi personal y yo sin chalecos antibalas puestos en esos momentos y cargué la escopeta con cuatro cartuchos con munición de plomo (...)”. Sin embargo, en esto de no contar con elementos de protección (cascos, chalecos), la circunstancia contraria ya constaba en documentación de Carabineros, incorporada en el libro de novedades del día de los hechos, de manera que el acusado no puso insistir en dicha cuestión



que incidía en la mayor indefensión que pretendía representar a través de su declaración.

Y donde resulta más llamativo el cambio o ajustes en la declaración del acusado, por los alcances en el dolo, por ejemplo, es en el tema de la dirección que el acusado daba a los disparos de la escopeta con munición de plomo que percutió, la zona de incidencia en la que pretendía hacer blanco. En la misma declaración citada de 11 de noviembre de 2002, señala: “... los cuatro disparos con cartuchos con perdigones de plomo se efectuaron de tal forma que éstos fueran dirigidos de manera de alcanzar las piernas de los agresores (...)”. Ésta última circunstancia se replica de manera similar en la declaración del acusado de fecha 06 de diciembre del año 2002 incorporada en la documental de la defensa, según se ha reseñado, en la que se señala de manera expresa: “... a baja altura podría lesionar levemente a los integrantes del grupo...”; también en la declaración de fecha de 16 de noviembre de 2002, documental de la defensa, en que señala “... disparé el primero en dirección a la zona media baja del grupo atacante...”; en similares términos se refiere en declaración de fecha 4 de julio de 2003, documental de la defensa: “... estaba absolutamente consciente de que los disparos podían lesionar o causar daño a los integrantes del grupo, por eso los disparos los efectué siempre de la cintura hacia abajo...”.

Pero posteriormente, en audiencia de formalización realizada en el Juzgado de Garantía de Angol, de fecha 28 de septiembre del año 2018, el acusado declaró y nuevamente ajustó o adecuó sus dichos a antecedentes que aparecieron en la carpeta investigativa. En la referida audiencia declaró por primera vez lo siguiente: “... mis disparos estaban dirigidos hacia el suelo con la finalidad de provocar levantamiento de tierra o de champas de pasto para generar una situación de mayor amedrentamiento hacia esas personas...”. Si se revisan las múltiples declaraciones anteriores, en ninguna hace referencia a esta intención que señaló ahora tener, levantamiento de



tierra o de champas de pasto para generar una situación de mayor amedrentamiento hacia esas personas; y sólo resulta explicable, incluso en el uso de determinadas palabras, debido a que en la carpeta de investigación consta que declaró por primera vez el hermano de la víctima Alex Lemún, quien fue testigo de los hechos, de nombre Armando Lemún, quien refiere en su declaración de fecha 24 de enero de 2018, señaló “haber visto como champas de pasto se levantaban producto del impacto de los disparos”, lo que reafirma en similares términos al declarar en el juicio señalando “... llegó un impacto en la tierra y saltó como tierra hacia arriba ...”; referencias que resultaron propicias para el ajuste de la declaración del acusado en dicho sentido, con incidencia en su motivación, en el aspecto subjetivo, pasó desde querer lesionar levemente a los integrantes del grupo en las declaraciones del año 2002 y 2003, a querer levantar tierra o champas de pasto para generar una situación de mayor amedrentamiento en la declaración judicial del año 2018 en el Juzgado de Garantía de Angol, debidamente incorporada en el juicio oral, coincidentemente después de que los conceptos ahora usados fueron mencionados por un testigo presencial que hasta el 2018 nunca había declarado. Es decir, y en este punto, cabe cuestionar si se puede hablar siquiera de colaboración.

Así es como, según lo relacionado en los párrafos precedentes, aun sin haber contado con las múltiples declaraciones del acusado, de todas formas, en atención a la abundante prueba incorporada en la audiencia de juicio respectiva, compuesta por declaraciones de peritos, que expusieron acabadamente sus peritajes respectivos, además de la prueba testimonial y documental, podía establecerse también la dinámica de los hechos ocurridos, que resultaron con la muerte del adolescente Alex Lemun, y su participación culpable, no siendo sustancial la colaboración del acusado. Pero además, no resulta acertada la consideración del Tribunal en cuanto a que las muchas declaraciones prestadas por el acusado en el lapso de la investigación, sólo por la cantidad de las mismas cumpla el requisito legal que hace



aplicable la atenuante en comento, pues como se ha desarrollado, el análisis concienzudo de cada declaración devela diferencias en cuestiones relevantes que enervan la pretendida sustancialidad de la colaboración y más bien se representa la existencia de declaraciones acomodaticias.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol 12.182-2011, en lo referido a la minorante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, en su considerando cuarto expresó lo siguiente: “Esta circunstancia no está relacionada con la actuación de la actuación criminal del encausado, sino con su comportamiento con posterioridad al hecho punible y especialmente con la manera como enfrente la investigación criminal, esto es, guardando silencio, con una actitud de colaboración activa, o incluso obstrucción a la misma. Agrega el referido fallo “la contribución a la investigación debe ser sustancial, aquello que está presente y forma parte de lo más importante o trascendente, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte serio a la investigación.

Entonces, aunque se cambió la redacción del precepto para compatibilizarlo con los nuevos dogmas, convino resaltar la alta exigencia que planteaba la norma para aminorar la responsabilidad penal, es decir, que el único medio para acreditar la participación del hechor fuera su confesión espontánea, se mantiene, requiriéndose también hoy que su contribución sea determinante a la hora de clarificar los sucesos, que, de otra forma, no pudiesen comprobarse”6.

En esta misma línea jurisprudencial, nuestra Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 6204-2009, en el considerando sexto de la sentencia dictada, dispuso: “Que, en la perspectiva de la crítica formulada, es preciso advertir que a similar parecer se arriba si se considera el contexto histórico de la enmienda incorporada por el artículo 1 de la Ley 19.806, de treinta y uno de mayo de dos mil dos, a la causal del artículo 11 N° 9, de la recopilación sancionatoria. En



efecto, aquella se hizo a propósito de la adecuación de las normas contenidas en diversos cuerpos legales a las instituciones del nuevo proceso penal. Así la antigua regla exigía para componer la motivación que no existiera en contra del inculcado otros antecedentes que su espontánea confesión, que a la luz de los principios que integran el nuevo sistema de persecución criminal devino incongruente.

Entonces, aunque se cambió la redacción del precepto para compatibilizarlo con los nuevos dogmas, convino resaltar la alta exigencia que planteaba la norma para aminorar la responsabilidad penal, es decir, que el único medio para acreditar la participación del hecho fuera su confesión espontánea, se mantiene, requiriéndose también hoy que su contribución sea determinante a la hora de clarificar los sucesos, que, de otra forma, no pudiesen comprobarse”.

Finalmente, es menester indicar que la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, puede configurarse siempre que se cumplan sus requisitos, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, entendiendo que ésta se funda en una contribución al ejercicio de la persecución penal, en términos tales que - en palabras del profesor Mañalich - “se trata de una contribución con relevancia probatoria”<sup>8</sup>, y esto no ocurre en la especie según emana incluso de los propios razonamientos expuestos por el Tribunal en el considerando décimo cuarto, en que se pone de manifiesto que todos los elementos fácticos se encuentran cubiertos y probados por abundante y distinta prueba rendida, siendo totalmente prescindibles las declaraciones del condenado. En el referido considerando se señala:

“DÉCIMO CUARTO: Valoración de la prueba. Que, la ocurrencia de todos los hechos referidos en la motivación precedente fue acreditada con la numerosa prueba rendida en juicio, pormenorizada en motivaciones anteriores, consistente en testifical, pericial, documental, material y otros medios de prueba. De esta forma, ha quedado suficientemente asentado que el día 7 de noviembre de 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurrieron al fundo Santa Alicia, cuatro



funcionarios de carabineros, pertenecientes a la 1° Comisaría de Angol, bajo el mando del mayor Marco Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de las comunidades Mapuche del sector. Al efecto, consta lo anterior principalmente de las declaraciones de los testigos presenciales, Domingo Rozas Arias, Ariela Melian Sanhueza, Miguel Ángel Castillo Díaz. Lo que se ve además refrendado con las declaraciones de los funcionarios Roberto Castro Cuellar y Ángel Marey Maffey, ambos pertenecientes a la unidad de DDHH de la PDI y la documental 7 y 10 del considerando décimo de esta sentencia, que corroboran lo anterior. A lo que se suma el relato de Marcelo Contreras Navarro.

...Asimismo, se estableció que posteriormente, al encontrarse el acusado Treuer Heysen, en una loma del mismo sector, cambió la munición del arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una. Que lo antes señalado, queda primeramente acreditado, con la declaraciones de los testigos presenciales, la carabinera Ariela Melian, que estaba al lado del acusado cuando hizo el cambio de munición y de Armando Lemun, quien se encontraba cerca de su hermano Alex y pudo advertir el cambio de munición, por el sonido y también al ver los perdigones impactar en el suelo, al efecto en su declaración judicial señala: “...y le dice, se nota que están disparando balas de verdad, se tira (al suelo) y al lado del hombro, poco más allá, llegó un impacto en la tierra y saltó como tierra hacia arriba”. Consta el cambio de munición también con las declaraciones de otros testigos, como Roberto Castro Cuellar, oficial investigador de la PDI y de su compañero investigador Angelo Marey Maffey, y de las declaraciones prestadas por los testigos, funcionarios activos de carabineros en aquella época, Alberto Galleguillos y Gustavo Castro, superioridad en aquel entonces del acusado, a quienes éste les relató la dinámica de los hechos, el mismo día que ocurrieron. Se suma a lo relatado por el oficial de la PDI, Marcelo Contreras, quien formó



parte del equipo investigador el año 2002. Además, este hecho, es decir, el cambio de munición de goma a plomo también fue reconocido por el acusado en sus declaraciones.

...En cuanto al hecho que el arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente, quedó suficientemente asentado con la declaración del perito balístico, Leonardo Rebolledo Contreras, - quien pereció el arma el año 2019, en virtud de incautación autorizada con fecha 1 de junio de 2018, del juzgado de garantía de Angol, según da cuenta la documental de cargo, consistente en copia de la referida resolución-, quien señaló al efecto como una de sus conclusiones que: “dentro de las pericias, la primera fue la determinación de operatividad del arma, al examen dicha arma y sus seguros se encontraban funcionando de manera adecuada y convencional, presentando a la observación externa, desgaste superficial, se efectuaron pruebas de disparo, determinando que se encontraba apta para realizar procesos de disparos” exhibiendo además materialmente el arma durante el juicio. Lo anterior se encuentra corroborado con la declaración del perito José Soto Contreras, quien analizó la misma escopeta el año 2002 y concluyó que había sido disparada y estaba buena. Reafirma lo anterior, la documental, consistente en la relación de armamento utilizado por personal de carabineros en procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, acta circunstanciada de gasto de munición en procedimiento de la misma fecha y copias certificadas de tres constancias estampadas en el libro de novedades de la población de fecha 07 de noviembre del año 2002 y de la entrega de armamento del acusado y sus acompañantes, entre otros antecedentes. En cuanto al tipo de munición que utiliza esta escopeta, también quedó asentado con las pericias balísticas ya señaladas, al efecto los peritos José Soto y Leonardo Rebolledo, coinciden que corresponde a munición del calibre 12, que se condice





con la Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente.

...Respecto al hecho que estando a una distancia aproximada entre 70 a 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra, de 17 años y teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del adolescente impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Al efecto, primeramente con las declaraciones prestadas en juicio por parte de los testigos presenciales, Ariela Melian, Miguel Castillo, Armando Lemun, sumado a las declaraciones de los funcionarios investigadores Roberto Castro, Ángel Marey Maffey y Marcelo Contreras, junto a los informes periciales de los peritos Eduardo Herrera, planimetrista, Carlos Fernández, perito geógrafo, a lo que se suman las pericias de Carlos López y Washington Apablaza, ambos peritos fotógrafos, quedando de esta forma suficientemente acreditada la distancia que existía entre acusado y víctima al momento de disparo, la que es coincidente con las declaraciones prestadas por diversos testigos en este juicio y con la investigación la llevada por fiscalía militar, - al efecto la defensa incorporó numerosas piezas de ese expediente, que dan cuenta de numerosas declaraciones al efecto-, de esta forma se ha logrado determinar que efectivamente la distancia que había mediado entre tirador y víctima era de aproximadamente 100 metros.

...En cuanto a la preparación en el uso del arma y el conocimiento de su letalidad, si bien se podría considerar un hecho de pública notoriedad, a razón del cargo y función que desempeñaba el acusado, sin embargo, se incorporó su hoja de vida donde constan los cursos de perfeccionamiento que ha realizado, sumado a lo declarado por él mismo en estrados donde refiere que como carabinero reciben permanente entrenamiento en el uso de armas, lo cual fue reafirmado por algunos testigos que pertenecen o pertenecían a dicha institución.



...El hecho de haber disparado impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza, ha quedado acreditado, con las declaraciones de los testigos presenciales Ariela Melian y Miguel Castillo, quienes al efecto señalan, que el acusado disparó hacia el grupo donde estaba el joven Lemun, utilizando la escopeta que portaba, dando cuenta además la testigo Melian de este cambio de munición, lo que se refrendado con las declaraciones de los funcionarios policiales que investigaron los hechos en aquella época y en la actualidad, Contreras Navarro, Castro Cuellar y Marey Maffei. También consta la declaración de otro testigo presencial, Arturo Lemun Saavedra, quien ve a su hermano caer cuando estaban disparando, justo cuando habían cambiado de munición, lo que advirtió por el cambio de sonido y por los terrones de tierra que se levantaban. Lo que coincide con lo declarado por el testigo Ángel Marey Maffey, quien refiere que durante la investigación tomó declaración a otro testigo presencial, Esteban Neculpan Huentecol, quien participaba del grupo de comuneros y le describe las acciones que realizó cuando Alex Lemun cayó al suelo, señalando que lo vio caer, describiendo también las participaciones del hermano menor de Alex, Armando Arturo Lemun, a quien sitúa en el lugar, refiriendo que de manera conjunta, en compañía de otros presentes, ven que cae y lo sacan a un costado, a un predio colindante”.

De este modo y conforme el tenor del considerando transcrito, resulta un contrasentido el reconocimiento al acusado de la pretendida colaboración sustancial por las muchas declaraciones que prestó en la investigación, cuando de las propias consideraciones del Tribunal plasmadas en la sentencia emana que éstas no tuvieron mayor incidencia, la supuesta colaboración no es sustancial en los términos del art. 11 N°9 del Código Penal, porque no aportó datos adicionales relevantes<sup>10</sup>. Como se reseñó, el acusado se limitó a dar cuenta en sus declaraciones de cuestiones innegables conforme el mérito de otras probanzas.



III.- Vicio influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo y causa agravio.

Los vicios de nulidad alegados conjuntamente y fundamentados anteriormente, influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, toda vez que de haberse valorado la prueba producida como lo ordena la ley, permitía establecer que no concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°9 y del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N° 4 del Código Penal. Así entonces el vicio reclamado condujo a que la sentencia recurrida impusiera al acusado una pena inferior a la solicitada por el INDH como interviniente querellante.

IV.- CAUSAL SUBSIDIARIA: ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO QUE INFLUYE SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO.

El presente Recurso se interpone fundado en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que establece, como causal del recurso de nulidad, que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia “[c]uando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Se explicará en el desarrollo de esta presentación, cómo esta errónea aplicación del derecho ha influido sustancialmente en el fallo, que, si bien condena al acusado, culmina imponiendo una pena que no resulta acorde a derecho. Se despliegan los argumentos en 2 ítems, el primero relativo a la errónea aplicación del derecho respecto de proviene de no aplicar el art. 391 N° 1 circunstancia primera del Código Penal, descartando la calificación jurídica de homicidio calificado que solicitó el INDH, y de manera conjunta, la errónea aplicación del derecho que, tampoco se considera en la sentencia, la



agravante de responsabilidad penal del artículo 12 N° 8 del Código Penal solicitada por el INDH como interviniente querellante.

#### IV. A.1.- INTRODUCCIÓN

La sentencia calificó el disparo percutido por la muerte del imputado que resultó en la muerte de Alex Lemún como un delito de homicidio simple, descartando la calificación jurídica de homicidio calificado que solicitó el INDH. Sin embargo, veremos qué tal calificación jurídica es equivocada, puesto que los hechos que se dieron por acreditados deben ser subsumidos bajo el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal y no como homicidio simple, puesto que la segunda calificación desconoce el desvalor adicional de la conducta alevosa ejecutada por el condenado.

#### IV. A.2.- LA RESOLUCIÓN

Para desestimar la aplicación del artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, la sentencia tuvo en consideración lo siguiente:

DÉCIMO SEXTO: “[...] En tal sentido, actúa con alevosía según el art. 12 N°1 del código penal, quien obra a “traición o sobreseguro”, esto es, quien oculta su intención, aprovechándose de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima o derechamente ocultándose a sí mismo o los medios de que piensa valerse para cometer el delito, de manera que, al momento de cometer el hecho, el autor se encuentre “sin riesgo para sí”. (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2021, pp. 60). En este caso ha quedado fundamentalmente asentado que el acusado, por orden de un superior se trasladó hacia el fundo Santa Alicia, que al llegar junto a dos carabineros que lo acompañaban fueron de manera sorpresiva e inmediata atacados con piedras por un grupo de comuneros que se encontraba en el lugar y bajo esas circunstancias, luego de haber empleado gases lacrimógenos y balines de goma, cambia el encartado a munición de plomo y desde una loma o sinuosidad dispara la escopeta



que portaba contra el grupo, teniendo plena visibilidad de los comuneros, y estos a su vez teniendo plena visibilidad de los funcionarios policiales, -lo que quedó asentado con las pericias planimétrica y de paisajismo y urbanismo rendidas por la fiscalía- por ende pudieron darse cuenta quién y desde donde les estaban disparando. De esta manera, considera el tribunal que no estamos ante un delito alevoso, por cuanto, en primer término, la situación no fue creada por el agente, no hubo un ocultamiento de su intención, tampoco un ocultamiento físico, no creó una situación de confianza respecto a la víctima que le impidiera a ésta defenderse, por el contrario, el disparo letal fue precedido de otros disparos con balines de goma y gases lacrimógenos, realizados con luz de día, circunstancias que al entender de este tribunal, excluyen la alevosía. Por otra parte, respecto a que el disparo se realizó estando el acusado sobre una elevación, loma o sinuosidad que presentaba el camino, lo que dejaba a la víctima en una situación de indefensión, dicha circunstancia no fue buscada o creada por el agente, ya que el lugar donde ocurrieron los hechos no fue elegido por él, el disparo se realizó habiendo retrocedido varios metros en dirección al vehículo policial, lo que denota que esta sinuosidad no fue buscada para hacer una mejor puntería, sino que se encontraba en el camino por donde avanzó y luego retrocedió el acusado, ubicarse ahí fue consecuencia de las circunstancias, no fue algo que él voluntariamente haya creado. De esta manera, no concurriendo la circunstancia de la alevosía, ni ninguna otra de las que señala el art. 391 N°1 del código penal, se debe excluir el ilícito de homicidio calificado y nos deja en consecuencia en la figura residual de homicidio simple”.

Así, la argumentación del Tribunal a quo se puede resumir en la comprensión de que la alevosía requiere actuar a traición o sobreseguro, requiriéndose una ocultación de la intención y un aprovechamiento de la confianza que ello produce u ocultándose el



cuerpo o los medios que utilizará el autor y la conclusión de que en el caso no existió ocultamiento físico ni de la intención, ni se creó una situación de confianza respecto a la víctima, por cuanto: (i) los disparos efectuados por el condenado se percutieron desde una loma o sinuosidad, existiendo plena visibilidad de los comuneros, realizándose los disparos con luz de día y habiéndose precedido el disparo letal por disparos con balines de goma y gases lacrimógenos; y, (ii) la situación de haber disparado desde una loma o sinuosidad no fue creada por el agente.

A continuación, veremos, sin embargo, que ni la premisa jurídica, ni la premisa fáctica esgrimidas por el Tribunal son correctas según amplia doctrina y jurisprudencia y de acuerdo con los hechos que el propio Tribunal dio por acreditados.

#### IV. A.3.- ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL HOMICIDIO SE DEBIÓ HABER CALIFICADO POR ALEVOSÍA

Es efectivo que la doctrina mayoritaria interpreta la calificante del homicidio alevoso de conformidad a la descripción de alevosía que entrega la agravante del artículo 12 N° 1 del Código Penal. Tal artículo señala que se entenderá que existe alevosía cuando “se obra a traición o sobre seguro”.

Sin embargo, los sentenciadores del Tribunal a quo no contemplan que la alevosía se centra en la idea de seguridad para el hechor, por una parte, y mayor indefensión de la víctima, por otra. En ese sentido, por ejemplo, el profesor Etcheberry ha señalado: “El concepto central en materia de alevosía está orientado hacia la seguridad para el hechor, tanto por lo que toca al buen éxito de su empresa como a la incolumidad de su persona y su posterior impunidad” (el destacado es nuestro, el énfasis en negrita es original)<sup>11</sup>. Garrido Montt, en el mismo sentido, explica que “la alevosía se caracteriza porque el agente actúa con el propósito de asegurar la realización del delito, aunque en el hecho el riesgo no sea plenamente evitado”.



DVMYLCXFK

También la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha concluido de forma reiterada que el actuar alevoso se centra en la seguridad del autor y la indefensión de la víctima. Así, por ejemplo, ha señalado: “La alevosía, entendida en su acepción de obrar sobre seguro, importa ante todo que el agente asegure las condiciones que le permitan consumir el delito perseguido sin riesgo propio y dar oportunidad a la víctima de repeler o eludir la agresión” (Excma. Corte Suprema, en sentencia de fecha 6 de mayo de 1997, rol N° 672-1997)

“La alevosía, como calificante del homicidio, se asocia, ante todo, a la indefensión de la víctima, derivada del obrar a traición o sobre seguro” (Excma. Corte Suprema, en sentencia de 9 de julio de 1996, rol N° 1778-1996)

En concordancia con lo anterior, Mario Garrido Montt precisa que a traición “importa el ocultamiento de la intención verdadera del agente”<sup>13</sup> y que actuar sobre seguro es hacerlo “creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo (atacar por la espalda) o de terceros que lo protegen (distráer a la institutriz a cargo del niño a quien se pretende matar)”<sup>14.15</sup>

Así, no es efectivo lo que señala la sentencia en cuanto a requerir una ocultación de la intención y un aprovechamiento de la confianza que ello produce o un ocultamiento del cuerpo o los medios que utilizará el autor, pues la relación de confianza puede o no existir para fundar un actuar alevoso. Así lo han sostenido los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, quienes señalan como casos de alevosía: “cuando, existiendo una relación de confianza y el aprovechamiento o creación de la indefensión de la víctima, se la ataca por la espalda, mientras está agachada, mientras duerme, en una iglesia durante la comunión o cuando está ebria a instancias del agresor; y también, aun sin existir relación de confianza, cuando se crea la indefensión de la víctima mediante la superioridad numérica de los agresores o



atacándola con arma de fuego desde un vehículo en movimiento”<sup>16</sup> (énfasis agregado).

En los hechos, existió un actuar a sobre seguro, tal como se evidencia en la descripción de hechos que se dan por acreditados por el Tribunal a quo, en cuya sentencia se lee que se acreditó que el día 7 de noviembre de 2002, alrededor de las 17:00 acudió el imputado junto a otros funcionarios de Carabineros, hasta el fundo Santa Alicia, con motivo de una ocupación de comunidades Mapuche en el sector. Se agrega que en el lugar los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras y que tales ataques fueron repelidos con gases lacrimógenos y balines de goma por parte de Carabineros, quienes buscaban dispersar a los comuneros. La sentencia señala entonces que posteriormente, esto es, con posterioridad a los ataques con piedras por parte de los comuneros y cuando ya se habían realizado maniobras de dispersión el imputado junto a los demás funcionarios retrocedieron y encontrándose el imputado sobre una loma del sector, a una distancia aproximada de entre 70 o 100 metros, cambió la munición de su escopeta, introduciendo munición Western Super X, la cual poseía postas de plomo de 8,4 mm y disparó contra el grupo.

Es decir, el imputado no desplegó conductas que pudieran haber dado muerte a los comuneros en el primer enfrentamiento y solo cuando se encontraba a una distancia a la cual no podría haber sido alcanzado por los comuneros, ni por las piedras con las que habían sido atacados con anterioridad, cambió la munición que portaba, por munición letal y efectuó un disparo con esa munición.

Así, el imputado (i) ocultó su intención de realizar un nuevo ataque, retrocediendo hacia la loma; (ii) aseguró una situación de indefensión de la víctima, encontrándose a una distancia a la que no era posible para la víctima defenderse y cambiando la munición que estaba utilizando con anterioridad; y, (iii) procuró realizar la acción matadora solo cuando se encontraba a salvo de sufrir cualquier riesgo por alguna actitud defensiva de la víctima o quienes la acompañaban.





No resulta relevante entonces haya existido plena visibilidad de los comuneros, realizándose los disparos con luz de día y habiéndose precedido el disparo letal por disparos con balines de goma y gases lacrimógenos, para descartar la alevosía del imputado, puesto que es evidente que solo realizó una acción matadora cuando se encontraba en retirada, a una gran distancia y con una munición no autorizada de alto poder letal.

Finalmente, cabe destacar que la sentencia señala que la situación de indefensión que se genera por haberse percutido los disparos desde la loma no sería calificable como alevosía por no haber creado el imputado tal situación. Sin embargo, en primer lugar, no se comprende el porqué de tal aseveración si el imputado solo realizó una conducta idónea para causar la muerte cuando se encontraba sobre la loma, cambiando la munición del arma de servicio que portaba. Además, se debe considerar que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que no es necesario que el sujeto haya creado o buscado la situación de indefensión o menor riesgo para su persona, sino que basta con que ésta haya sido aprovechada por el autor.

En ese sentido, los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, señalan: [...] existe indefensión de la víctima, generada por la confianza o desprotección aprovechadas o creadas por el agente y no exclusivamente por circunstancias objetivas”<sup>17</sup> (énfasis agregado).

Así también, la Il. Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado: “Este concepto, generalmente compartido por la doctrina penal, supone que concurra simultáneamente la finalidad de asegurar la ejecución del hecho y evitar los riesgos que para la persona del agresor puedan proceder de una potencial defensa del ofendido, aceptándose que las condiciones especiales generadas por el agresor hayan sido buscadas previamente por éste, o aprovechadas al momento de la perpetración del hecho” (énfasis agregado) (Il. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 6 de septiembre de 2007, rol N° 1820 – 2007)



En conclusión, resulta incorrecto calificar los hechos como homicidio simple, desconociendo el mayor injusto que supone el haberse ejecutado el mismo con alevosía.

#### IV. A.4.- INFLUENCIA SUSTANCIAL EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

La errónea aplicación del numeral 2 del artículo 391 del Código Penal, esto es, la calificación de los hechos como homicidio simple, tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

El INDH y la víctima solicitaron que los hechos se calificaran como homicidio calificado, señalando que los hechos eran subsumibles en el numeral 1, circunstancia primera del artículo 391 del Código Penal, calificación jurídica que, según se explicó era la adecuada de los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia.

Pese a ello, el Tribunal argumentó en su considerando décimo sexto, reproducido parcialmente bajo el subtítulo anterior, que el homicidio no fue alevoso y que debían calificarse los mismos como homicidio simple.

Aquello determinó: (i) se condenara al imputado como autor de homicidio simple y no como homicidio calificado; y, (ii) se le condenara a una pena menor a la que efectivamente le correspondía, pues, como queda en evidencia en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, se parte la determinación de la pena del marco penal abstracto previsto para el delito de homicidio simple a la época de los hechos (presidio mayor en su grado mínimo a medio) y no desde el marco penal abstracto previsto por la legislación de la época para el homicidio calificado (presidio mayor en su grado máximo).

#### IV. B.- ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL RECHAZO DE LA CONFIGURACIÓN DE LA AGRAVANTE DEL ART. 12 N° 8 DEL CÓDIGO PENAL:

##### IV. B.1.- SOBRE LA AGRAVANTE DEL ART. 12 N° 8 Y LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.



En la sentencia recurrida, los sentenciadores disponen que “En cuanto a la N° 8, prevalerse del carácter público que tenga el culpable, esta agravante exige que exista un aprovechamiento por parte del sujeto activo, de su carácter de empleado público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, implica que el autor debe “prevalerse” o “servirse” para sus propios designios de la calidad que inviste, al momento de actuar debe tener ese animus de aprovechamiento, lo que en este caso no se advierte, al contrario, se observa que su ánimo fue defenderse y defender a las personas que lo acompañaban” (pp. 335 y 336 del fallo)

Tal como lo ha señalado la doctrina, la aplicación de esta agravante se refiere a “la comisión de un delito común para lo cual se usa del poder, prestigio, oportunidades o medios que se ponen a disposición del empleado o autoridad pública”<sup>18</sup>, lo que estaría vinculado, en primer lugar, con una mayor reprochabilidad de la conducta, y en segundo lugar, con la vulneración de la lealtad funcional<sup>19</sup>, agregando un plus de desvalor que no existiría de no haber sido ejecutada por un funcionario público, siendo una agravante destinada a recoger dicha situación, y evitar que sea equiparada a la conducta típica ejecutada por un ciudadano que no revista dicha calidad de funcionario público.

En el caso en comento, el considerando 13 de la sentencia recurrida da por acreditado, en lo pertinente a esta causal del recurso, que el imputado Marco Aurelio Treuer Heysen era a la fecha de los hechos mayor de carabineros, que se encontraba desplegado en ejercicio de su cargo en la zona de los hechos, y que se encontraba al mando del grupo de cuatro funcionarios policiales que estaban en el operativo. En ese marco, el imputado decidió cambiar la munición de su arma institucional de servicio, de un calibre 12 mm, por una munición Western Super X con postas de plomo de 8,4 mm, haciendo uso estas en contra del grupo en el que se encontraba Alex Lemún



Saavedra de 17 años, quien recibió un impacto de un postón en la parte frontal derecha de su cabeza, lo que generó su muerte.

De esta manera, la pregunta subyacente a la configuración de la agravante en comento, no es si dentro de la subjetividad incognoscible del imputado existió un afán de aprovechamiento de la calidad de funcionario público, sino si -en los términos ya descritos-, es posible apreciar que se utilizó o abusó del poder, las oportunidades o los medios puestos a disposición de carabineros en la comisión del delito en favor de sus propios fines, lo que supondría un mayor reproche y una vulneración a la lealtad funcionaria. Nada de eso es analizado por el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, el que simplemente descarta el ánimo que aparece claramente manifestado en los hechos, en los que se aprecia con claridad, que el imputado era un funcionario de carabineros, que se encontraba al mando de los 4 funcionarios que también formaban parte del operativo, y que, valiéndose de su arma de servicio, y de las municiones de mayor potencial lesivo, decidió disparar en contra de la víctima, sin que en el momento esto representase una amenaza actual o inminente en su contra, tal como ya fue analizado.

Así, al contar los funcionarios de carabineros con armamento de servicio y distintos tipos de municiones específicamente dirigidas a afrontar ciertas situaciones concretas, siempre en el marco de la proporcionalidad y legalidad, el uso injustificado del armamento -en contra de los protocolos y normas internas-, y la decisión consciente y deliberada de cambiar la munición para profundizar el efecto lesivo de la misma, constituyen abusos directamente emanados del poder, los medios y las oportunidades que dicho cargo público le entregaba, en cuanto ente monopolizador del uso de la fuerza pública, distinguiendo la situación en comento, de un disparo cometido por un particular. En el mismo sentido, dicha decisión -acreditada en juicio y constatada por el tribunal-, demuestra el ánimo de abuso que ha exigido la jurisprudencia nacional.



En este punto, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha señalado que esta agravante supone “que el agente ha puesto la función pública al servicio de sus propios y particulares fines”<sup>20</sup>, o que “equivale a abusar, esto es, quiere decir “servirse, aprovechar, valerse del carácter público para ejecutar el delito (...) también se prevale quien usa de las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible”<sup>21</sup>, agregando que dentro de esto también cabe “emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines”<sup>22</sup>, y ha señalado que esta agravante debe descartarse en aquellos casos en que dicha calidad sea inherente al delito, precisamente por los objetivos que esta tiene y el desvalor que expresa.

En ese marco, el imputado no sólo contaba formalmente con la calidad de funcionario de Carabineros de Chile, sino que ejecutó los hechos en abuso de dicha calidad, desviando su actuación de los fines legítimos de orden y seguridad, pasando derechamente a valerse de medios más nocivos de lo necesario para controlar la situación concreta, con el sólo objeto de profundizar el potencial lesivo de su conducta, lo que desencadenó en la muerte de la víctima. Así, el cambio de munición no constituye un ejercicio regular o apegado al protocolo de actuación, lo que daría cuenta de un uso protocolar del arma de servicio, sino que constituye un intento deliberado, y doloso, de aprovecharse de los medios disponibles para ejecutar el delito en condiciones más favorables para sí mismo, matando a la víctima, en contra del rol de protección y seguridad que le debía cumplir el imputado, mayor de carabineros a cargo del procedimiento.

#### IV. B.2.- SOBRE LA RELEVANCIA DE LA AGRAVANTE EN UN CASO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS POR AGENTES ESTATALES:

Lo anterior adquiere aún más relevancia bajo los estándares internacionales aplicables a violaciones de derechos humanos, que



profundizan la necesidad de una sanción proporcional y ajustada al reproche que merecen los hechos que son cometidos por funcionarios públicos, en abuso de sus funciones, oportunidades y medios. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol expresamente reconoce en el c. 18, que esta es una causa de derechos humanos, lo que habría quedado asentado en juicio. Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dicha constatación exige no sólo un deber estatal de investigar seriamente dichas violaciones de DDHH, sino también la de “identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>24</sup>. En ese marco, descartar la procedencia de la agravante, impide que la sanción sea pertinente, en cuanto desconoce absolutamente que el delito fue perpetrado por un funcionario público representante de la fuerza pública que monopoliza el uso legítimo de la fuerza socialmente organizada. Lo anterior constituye un incumplimiento del deber del Estado de dar con una sanción pertinente, proporcional, y adecuada al reproche que merece una violación de DDHH de esta índole.

En este punto, es obligación de los Estados velar por una sanción penal proporcional a la violación de derechos humanos concreta. Tal como ha sostenido la Corte IDH, “en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”<sup>25</sup>. En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado respecto a esta obligación de sancionar proporcionalmente las violaciones a DDHH, que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor”.



En base a lo anterior, el Estado -por medio de sus diversos órganos-, tiene el deber positivo de velar por la proporcionalidad de la sanción, lo que implica que esta última absorba el desvalor propio de una violación a DDHH por agentes del Estado, distinguiéndolo de un delito cometido por particulares. De esta manera, la agravante del art. 12 N° 8 precisamente permite dar reconocimiento a dicha circunstancia, relevando -en fase de determinación de la pena concreta-, el carácter de funcionario público del autor, y el abuso cometido al vulnerar -en este caso-, el derecho a la vida de la víctima, por medio de la decisión consciente y voluntaria de sustituir la munición institucional para dispararle con una más lesiva, lo que en definitiva deviene, jurídico penalmente, en la muerte de la víctima.

#### IV. B.3.- SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE UNA CAUSAL DE NULIDAD:

Todo lo anterior se vincula con el motivo de nulidad previsto en el art. 373 b) del Código Procesal Penal, que dispone que procede la declaración del juicio oral y de la sentencia “b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

En cuanto a la errónea aplicación del derecho, lo hasta aquí dicho permite apreciar que la sentencia del TOP de Angol descartó la agravante del art. 12 N° 8 del Código Penal, en circunstancias que la misma era procedente, no sólo porque el imputado era un funcionario de carabineros y se valió de su arma de servicio en ejercicio de sus funciones, sino fundamentalmente porque ello lo realizó con ánimo abusivo, buscando usar a su favor el poder, la oportunidad, y los medios emanados de su cargo público, con el objeto de beneficiarse de esto de un modo contrario a la legislación y a los protocolos de actuación, de lo que se siguió la muerte de la víctima. Así, el fallo recurrido equipara la muerte de Alex Lemún con cualquier otro



homicidio perpetrado por particulares, sin ajustar la sanción al mayor desvalor de la acción emanado del rol público del imputado, y del manifiesto abuso al sustituir -dolosamente- la munición, con el objetivo de perpetrar el delito causando el mayor daño posible a la víctima, en contravención a los protocolos de actuación de Carabineros de Chile, en particular respecto al uso de la fuerza y al uso de armas.

En cuanto a la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, la no aplicación de esta agravante incide sustancialmente en la pena en concreto impuesta al condenado. Tal como señala el tribunal en el considerando 22 del fallo, al descartar esta agravante, el Tribunal aplica el inciso 3° del art. 68 del Código Penal, que señala “Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias”. El tribunal constata la existencia de tres atenuantes y de ninguna agravante, y decide rebajar la pena en un grado y dentro de ese grado aplica el máximo de la pena. Así, la existencia de una agravante volvería inaplicable dicha norma, y elevaría el marco de determinación de la pena, ajustando la gravedad de la pena en concreto a la gravedad de los hechos que son objeto de la condena.

#### V.- PREPARACIÓN DEL RECURSO.

Las causales invocadas conjuntan y subsidiariamente no requieren de preparación, por cuanto no se refieren a alguna ley que regule el procedimiento, sino que son vicios que se contienen y se producen en la dictación de la sentencia, al no valorar la prueba conforme a las reglas de la lógica. -

#### VI.- PETICIÓN CONCRETA

De acogerse el recurso de nulidad por esta causal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, solicitamos que se anule la sentencia y el juicio oral simplificado, se determine el estado en que ha de quedar el procedimiento y ordene la remisión de los





autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

También comparece **SEBASTIÁN SAAVEDRA CEA Y EDUARDO PAINEVILO MALDONADO**, abogados, con domicilio para estos efectos, en Claro Solar N° 780, oficina 604, Temuco, en representación de don **EDMUNDO DEL CARMEN LEMUN NECUL**, y **doña BLANCA SONIA SAAVEDRA HORIA**, en causa R.I.T: 4-2020, RUC 1701008346-K, interponiendo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 25 de octubre de 2021, recaída en la presente causa y por la cual, este Tribunal, condenó a **MARCO AURELIO TREUER HEYSEN**, cédula nacional de identidad N° 9.241.267-9, como **AUTOR** del delito **CONSUMADO** de homicidio simple, a la pena de **TRES AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO** y a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, a fin que la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, lo acoja por alguna de las causales de nulidad que a continuación pasamos a exponer:

El presente recurso es procedente conforme lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal, atendido que se interpone en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario a fin de anular ésta y el juicio oral en que ella se dictó, fundándose en las siguientes causales:

1.- Como causal principal: Motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del código procesal penal, toda vez que el fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente como base en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

2.- Como segunda causal, de forma conjunta con la principal: Motivo absoluto de nulidad previsto artículo 374 letra e) en relación al artículo



342 letra c) y 297 del código procesal penal, toda vez que el fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece como sustancial la colaboración del acusado otorgando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal.

3.- Como tercera causal, subsidiaria de las dos anteriores: Causal de nulidad prevista en el art. 373 letra b), del Código Procesal Penal, en cuanto se desestima la aplicación del art. 391 N°1, circunstancia primera del Código Penal y se desecha la circunstancia agravante del artículo 12 N° 8

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Que los días 27, 28, 29 y 30 de septiembre, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 15 y 16 de octubre del presente año, se llevó a cabo audiencia de juicio oral ante el Tribunal Oral en lo Penal de Angol, en la cual se conocieron las acusaciones formuladas por el Ministerio Público y los querellantes particulares en contra del acusado, ya individualizado.

Los sentenciadores, en el considerando Décimo Tercero de la sentencia impugnada da por acreditada la siguiente relación fáctica: “El día 07 de noviembre del año 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurrieron hasta el fundo Santa Alicia, ubicado en la comuna de Angol, cuatro funcionarios de Carabineros pertenecientes a la 1° Comisaría de Angol bajo el mando del imputado, Mayor (R) Marco Aurelio Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de las comunidades mapuches del sector. Al llegar al lugar, los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras, momentos en los cuales fueron repelidos con el uso de gases lacrimógenos y balines de goma con el fin de ser dispersados. Posteriormente, al encontrarse el imputado MARCO AURELIO TREUER HEYSEN en una loma del mismo sector, cambió la munición de su arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una,



estando a una distancia aproximada entre 70 o 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra de 17 años de edad, teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del grupo impactando al adolescente Lemún Saavedra una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Producto de la acción del imputado, la víctima fallece el día 12 de noviembre de 2002, estableciéndose como causa de muerte “traumatismo encéfalo craneano abierto, por proyectil de arma de fuego, sin salida del mismo”.

A los hechos transcritos, el Tribunal Oral le otorgó la calificación jurídica de homicidio simple. Asimismo, consideró aplicar como morigerante de responsabilidad penal, una eximente incompleta en los términos del art. 11 N° 1 del Código Penal, esto es, la legítima defensa imperfecta o incompleta, por no cumplir uno de los tres requisitos que el artículo 10 N° 4 del Código Penal establece, esto es, la necesidad racional del medio empleado, entendiendo concurrente la agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente. Por otra parte, desconoció la concurrencia de toda circunstancia agravante, y reconoció al imputado las circunstancias modificatorias de responsabilidad previstas en el artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal, referidas a la irreprochable conducta anterior, y a la colaboración sustancial en base a las muchas declaraciones prestadas por el acusado, funcionario de Carabineros, pese a no reconocer en ninguna de ellas su responsabilidad en los hechos, justificando en todo momento su actuar. En razón a lo señalado, se condenó en definitiva a Marco Treuer Heysen a la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, dándose ésta por cumplida, atendido el mayor tiempo que el sentenciado estuvo privado de libertad con motivo de esta causa.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1.- Primera causal principal: Motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 297 del código procesal penal.**



El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente como base en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal.

En cuanto a los requisitos, la doctrina ha señalado que para que una eximente se transforme en atenuante: “es indispensable la concurrencia, por lo menos, del requisito básico o esencial de aquella. Así, la legítima defensa incompleta sólo puede construirse si ha existido una agresión ilegítima...”<sup>1</sup>.

Respecto al requisito básico, agresión ilegítima, la sentencia recurrida lo establece y fundamenta en el considerando VIGÉSIMO PRIMERO, a saber:

“Al efecto, ha quedado acreditado, fundamentalmente con prueba testifical, específicamente las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, que efectivamente el acusado y los carabineros que lo acompañaban al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por un grupo de comuneros, situación que se describe en todas las acusaciones. También es un hecho demostrado, que la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, -que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras. Señala también: “ese día sí se usaron boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”. Sin perjuicio de lo anterior, se descarta que la víctima haya disparado un arma de fuego, así queda demostrado con la pericia realizada por doña Sylvia Figueroa. También, con esas mismas declaraciones se acreditó que la agresión fue también real y actual, en el sentido que objetivamente existió y que el ataque que se estaba desarrollando podía menoscabar la integridad de un bien jurídico, -integridad física-, y, que, de no detenerse, su



detrimento podría ser mayor. Respecto a que no consta que la víctima haya agredido al acusado, necesario es señalar que la jurisprudencia mayoritaria es del parecer que en caso de riñas o peleas faltaría el requisito de la agresión ilegítima, por no poderse determinar quién inició la agresión, sin embargo, este no es el caso, no estamos ante una riña o pelea, al efecto la RAE (Real Academia Española) define riña tumultuaria como aquella en que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una. Pero en este caso, no hubo un acometimiento entre el grupo de comuneros y los carabineros, es más, siempre medió una distancia de al menos 70 metros, quedó asentado también que quién inició la agresión fue el grupo de comuneros, también las acusaciones así lo señalan y por otra parte es posible distinguir en este caso, las acciones desarrolladas de manera independiente por el acusado y las efectuadas por este grupo, respecto del cual, ya se señaló, quedó acreditado que la víctima formaba parte, que llevaba piedras y lanza piedras.”

A su respecto la doctrina ha señalado que la agresión, para ser considerada como generadora de la causal de justificación o de la eximente incompleta, debe cumplir con diversos requisitos:

- Debe ser ilegítima. Definida como aquella acción antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente defendido.
- La agresión ha de ser real, esto es, ha de existir como tal.
- Debe ser actual o inminente, no se admite una reacción defensiva en contra de amenazas remotas, puesto que en tal caso existe la posibilidad de evitar la materialización del daño solicitando el ejercicio de las facultades policiales preventivas. Del mismo modo, no cabe hablar de una legítima defensa cuando ya la agresión alcanzó su objetivo, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico. Aquí se habla de exceso extensivo en la defensa.
- La agresión no ha de ser provocada por el defensor.



De los requisitos mencionados anteriormente, a cuya concurrencia la doctrina supedita la existencia de una agresión ilegítima, el sentenciador los desarrolla parcialmente sin establecer la razón suficiente para dar por acreditado que la agresión sufrida por el imputado fue actual o inminente. A mayor abundamiento, el considerando VIGÉSIMO PRIMERO señala que mediante las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, se puede establecer que la agresión es real y actual, no obstante aquello, en el considerando DÉCIMO OCTAVO, cuando se analiza la legítima defensa solicitada por la defensa del acusado como causal de justificación, el sentenciador señala que de las declaraciones de los testigos se puede desprender que la acción de repeler el ataque con armas de fuego ocurre cuando los atacantes ya estaban más alejados, e incluso podían esquivar las piedras, a saber: “Es del caso que quedó demostrado durante este juicio que efectivamente el acusado y los dos carabineros que lo acompañaban, al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por parte de un grupo de comuneros, de los cuales formaba parte la víctima, sin embargo, aun cuando se ha señalado en estrados por estos tres funcionarios policiales, que estando en el lugar, escucharon el silbido de un proyectil pasar por su costado, sin embargo, en este punto no existió el necesario correlato con la prueba rendida en juicio, de esta manera, repeler un ataque con piedras, utilizando un arma de fuego, cargada con proyectiles de plomo, potencialmente letales, en momentos en que ya estaban más alejados del grupo, cuando las piedras casi no les llegaban, según los dichos del testigo Castillo, que incluso podían esquivarlas según lo manifestado por la testigo Melian, no resulta para estos jueces, el racionalmente necesario para impedir o repeler ese ataque. De esta manera, no concurriendo todos los requisitos de la legítima defensa, sólo resta rechazarla, siendo en este punto innecesario analizar los restantes requisitos.”



De esta manera, el considerando DÉCIMO OCTAVO deja claro que las personas que en un principio agredían al acusado y demás funcionarios de Carabineros, se encontraban a una considerable distancia, no representado un riesgo actual para su integridad ni la del resto de su personal. Así, tal como señala el profesor Enrique Cury: “...no cabe hablar de legítima defensa cuando ya la agresión alcanzó su objetivo, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico; en esta situación, la defensa dejaría de ser tal para transformarse en venganza o justicia por mano propia, y éstas no son nunca autorizadas por el derecho...”<sup>2</sup>.

Entonces el sentenciador no da una razón que justifique la conclusión cuestionada, que la agresión que recibió el acusado al momento de repelerla fuera actual, y en ese entendido no podría señalar que a su respecto concurre la eximente incompleta toda vez que el requisito base de esta, esto es, la agresión ilegítima, no concurre. Por tanto, no concurriendo aquella no puede hablarse de legítima defensa como causal de justificación, ni de legítima defensa incompleta como circunstancia atenuante.

Más todavía, de los razonamientos transcritos, es manifiesto que no existe prueba ni razonamiento que dé cuenta de alguna agresión ilegítima, actual o inminente, ejecutada por la víctima, el adolescente Alex Lemún Saavedra, hacia el condenado.

En efecto, VS. ha asentado, de forma meridianamente clara, que de la prueba rendida únicamente es posible concluir que: “la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, -que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras. Señala también: “ese día sí se usaron boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”, es decir, no existe constancia que Alex Lemún Saavedra haya lanzado piedras contra el encartado Treuer Heysen, ni antes ni al momento de recibir el disparo mortal en su cabeza.



Que tal como indica la doctrina: “hay acuerdo en que no está legitimada por la justificante de legítima defensa la lesión del derecho de un tercero (por todos, CURY, 376), pues, en realidad, en mi opinión, en este caso falta la agresión ilegítima proveniente de este tercero. Sólo es posible defenderse de quien realiza la agresión”.

Así las cosas, no existe prueba de una agresión ilegítima de parte de la víctima que justifique una defensa legítima -aún incompleta- de parte del autor del disparo mortal. No existe, en definitiva, razón suficiente que permita dar por sentado que la víctima de autos haya estado agrediendo a los funcionarios policiales que permita dar por justificada la conclusión asentada por el Tribunal. Nada aporta a la discusión argumentar en base a la inexistencia de una riña, toda vez que de los mismos razonamientos esbozados por VS. se desprende que no existe prueba de agresión actual o inminente de parte del adolescente Alex Lemún hacia el encartado, y en ese entendido no podría entonces señalar que a su respecto concurre la eximente incompleta toda vez que el requisito base de esta, esto es, la agresión ilegítima de parte de la víctima no concurre. En consecuencia, no existe razón suficiente para establecer una legítima defensa como causal de justificación, ni de legítima defensa incompleta como circunstancia atenuante.

**2.- Segunda causal, que se interpone en conjunto con la principal: Motivo absoluto de nulidad previsto artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 297 del código procesal penal**

El fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece como sustancial la colaboración del acusado otorgando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°9 del Código Penal.

Los fundamentos de la concesión de dicha modificatoria de la responsabilidad penal se contienen en el considerando Vigésimo, el cual señala que para considerarla concurrente se tuvo presente la





siguiente situación: “Respecto a la atenuante del art. 11 N°9 del código penal, se estima concurrente por cuanto el acusado ha demostrado durante el proceso una actitud colaborativa con el esclarecimiento de los hechos, si bien, como lo ha dicho el INDH sólo estaba cumpliendo con su deber al prestar las primeras declaraciones, ya que no podía negarse dado el cargo que desempeñaba y la institución a la que pertenecía, sin embargo, al parecer de estos jueces esa actitud colaborativa la ha mantenido durante el tiempo, no solo al principio de la investigación, al efecto, a lo largo de todas las investigaciones prestó muchas declaraciones, declarando incluso ante el juez de garantía de Angol con fecha 28 de septiembre de 2018, en audiencia de formalización, según da cuenta parte de registro de audio incorporado, de esta forma, se situó en el sitio del suceso, reconoció portar la escopeta marca Winchester modelo 1200, admitió haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, indicó desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió también conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, al igual que el efecto de dispersión que se produce en ese tipo de proyectiles, por otra parte, la circunstancia de que en el legítimo ejercicio de su derecho a defensa haya planteado teorías alternativas, a las que finalmente renunció en este juicio, no son óbice de una colaboración sustancial, sino que una manifestación de los derechos y garantías que como imputado se le reconocen, hasta la terminación del proceso, para el caso, la del artículo 93 letra c) del código procesal penal, asimismo tampoco es requisito para la procedencia de esta minorante confesar el delito que se le imputa. De esta manera, se estima concurre en la especie esta circunstancia atenuante”.

Concordamos que, en base a estas afirmaciones, a nuestro juicio, el sentenciador puede concluir que existió una colaboración de parte del acusado, en otros términos, tales razones o antecedentes son razón suficiente para concluir el hecho de una colaboración, pero de los mismos y únicos fundamentos no existe razón suficiente para concluir



que esta colaboración fue sustancial en los términos exigidos por la norma y tal como la jurisprudencia ha entendido el alcance de dicha sustancialidad. El Tribunal infringe el principio lógico de la razón suficiente al concluir la sustancialidad de la colaboración y ello porque su justificación carece de sustentos objetivos para llegar a esa conclusión.

Al efecto, tal como indica la doctrina: “La colaboración debe ser "sustancial", esto es, representar un aporte efectivo, de real importancia y significación en el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación (CURY, 497 ; GARRIDO, I, 200)...debe precisarse que la confesión, por sí misma, en algunos casos, puede constituir la colaboración sustancial contemplada en el N° 9 del Art. 1, si realmente representa un aporte de trascendencia para la investigación, lo que podría no ocurrir si, por ejemplo, los hechos confesados estaban ya en conocimiento de los encargados de esta última”.

En similares términos la jurisprudencia nacional ha establecido que: “la expresión “sustancial”, según indica el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa “que constituye lo esencial y más importante de algo”, lo cual es indiciario de que requiere, para su concurrencia, que el aporte que realiza el imputado a la investigación sea de cierta magnitud o trascendencia...colaborar implica contribuir de una manera decisiva para la clarificación de los hechos que consista en una disposición total, completa y permanente, de suerte que los datos aportados, en todos sus aspectos sean perfectamente concordantes con los demás antecedentes reunidos en el juicio, situación que no se advierte respecto de la actitud del imputado atendido lo razonado por el fallo en el considerando décimo quinto5.

Asimismo, se ha indicado que: “Para determinar si está presente esta minorante es pertinente definir la noción de “sustancial” que, conforme al lexicón, significa “Perteneiente o relativo a la sustancia. Importante o esencial” (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 23ª ed. [versión 23.4 en línea]. Por consiguiente,



DVN1LXCXFK

la sustancia, lo importante o lo esencial del proceso penal no puede sino identificarse, en primer lugar, con los fines de comprobación del hecho delictivo y la identificación de sus partícipes. Así, será sustancial la colaboración que se presta antes de que la investigación se enderece en contra del que será imputado, proporcionando antecedentes serios y veraces, hasta ese momento desconocidos, capaces de propiciar las indagaciones y sus resultados. Una manera de cotejar si una declaración sirve a los efectos de esta modificatoria es revisar si los hechos relevantes establecidos por el tribunal de instancia fueron posibles de asentar independientemente de lo declarado por el imputado”.<sup>6</sup>

Pues bien, VS. ha dado por configurada la minorante de colaboración sustancial en base a las muchas declaraciones del acusado donde se situó en el sitio del suceso, reconoció portar la escopeta marca Winchester modelo 1200, admitió haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, indicó desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió también conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, al igual que el efecto de dispersión que se produce en ese tipo de proyectiles.

Sin embargo, y de los propios razonamientos expuestos por VS. en el considerando décimo cuarto es claro que todos estos elementos fácticos se encuentran cubiertos y probados por abundante y distinta prueba rendida, siendo totalmente prescindibles las declaraciones del condenado no otorgando razón suficiente para calificar sus declaraciones como una colaboración sustancial. En efecto, VS indicó: “DÉCIMO CUARTO: Valoración de la prueba. Que, la ocurrencia de todos los hechos referidos en la motivación precedente fue acreditada con la numerosa prueba rendida en juicio, pormenorizada en motivaciones anteriores, consistente en testifical, pericial, documental, material y otros medios de prueba. De esta forma, ha quedado suficientemente asentado que el día 7 de noviembre de 2002, alrededor de las 17:00 horas, concurren al fundo Santa Alicia, cuatro



funcionarios de carabineros, pertenecientes a la 1° Comisaría de Angol, bajo el mando del mayor Marco Treuer Heysen, con motivo de una ocupación de las comunidades Mapuche del sector. Al efecto, consta lo anterior principalmente de las declaraciones de los testigos presenciales, Domingo Rozas Arias, Ariela Melian Sanhueza, Miguel Ángel Castillo Díaz. Lo que se ve además refrendado con las declaraciones de los funcionarios Roberto Castro Cuellar y Ángel Marey Maffey, ambos pertenecientes a la unidad de DDHH de la PDI y la documental 7 y 10 del considerando décimo de esta sentencia, que corroboran lo anterior. A lo que se suma el relato de Marcelo Contreras Navarro.

...Asimismo, se estableció que posteriormente, al encontrarse el acusado Treuer Heysen, en una loma del mismo sector, cambió la munición del arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, la cual se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente cada una. Que lo antes señalado, queda primeramente acreditado, con la declaraciones de los testigos presenciales, la carabinera Ariela Melian, que estaba al lado del acusado cuando hizo el cambio de munición y de Armando Lemun, quien se encontraba cerca de su hermano Alex y pudo advertir el cambio de munición, por el sonido y también al ver los perdigones impactar en el suelo, al efecto en su declaración judicial señala: “...y le dice, se nota que están disparando balas de verdad, se tira (al suelo) y al lado del hombro, poco más allá, llegó un impacto en la tierra y saltó como tierra hacia arriba”. Consta el cambio de munición también con las declaraciones de otros testigos, como Roberto Castro Cuellar, oficial investigador de la PDI y de su compañero investigador Angelo Marey Maffey, y de las declaraciones prestadas por los testigos, funcionarios activos de carabineros en aquella época, Alberto Galleguillos y Gustavo Castro, superioridad en aquel entonces del acusado, a quienes éste les relató la dinámica de los hechos, el mismo día que ocurrieron. Se suma a lo relatado por el oficial de la PDI, Marcelo Contreras, quien formó



parte del equipo investigador el año 2002. Además, este hecho, es decir, el cambio de munición de goma a plomo también fue reconocido por el acusado en sus declaraciones.

...En cuanto al hecho que el arma de servicio que portaba, escopeta marca Winchester, modelo 1200, calibre 12 mm, se encontraba apta para el disparo utilizando munición Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente, quedó suficientemente asentado con la declaración del perito balístico, Leonardo Rebolledo Contreras, - quien pereció el arma el año 2019, en virtud de incautación autorizada con fecha 1 de junio de 2018, del juzgado de garantía de Angol, según da cuenta la documental de cargo, consistente en copia de la referida resolución-, quien señaló al efecto como una de sus conclusiones que: “dentro de las pericias, la primera fue la determinación de operatividad del arma, al examen dicha arma y sus seguros se encontraban funcionando de manera adecuada y convencional, presentando a la observación externa, desgaste superficial, se efectuaron pruebas de disparo, determinando que se encontraba apta para realizar procesos de disparos” exhibiendo además materialmente el arma durante el juicio. Lo anterior se encuentra corroborado con la declaración del perito José Soto Contreras, quien analizó la misma escopeta el año 2002 y concluyó que había sido disparada y estaba buena. Reafirma lo anterior, la documental, consistente en la relación de armamento utilizado por personal de carabineros en procedimiento de fecha 07 de noviembre de 2002, acta circunstanciada de gasto de munición en procedimiento de la misma fecha y copias certificadas de tres constancias estampadas en el libro de novedades de la población de fecha 07 de noviembre del año 2002 y de la entrega de armamento del acusado y sus acompañantes, entre otros antecedentes. En cuanto al tipo de munición que utiliza esta escopeta, también quedó asentado con las pericias balísticas ya señaladas, al efecto los peritos José Soto y Leonardo Rebolledo, coinciden que corresponde a munición del calibre 12, que se condice



con la Western Super X, la cual contenía postas de plomo de 8,4 mm aproximadamente.

...Respecto al hecho que estando a una distancia aproximada entre 70 a 100 metros de distancia de la víctima Edmundo Alex Lemun Saavedra, de 17 años y teniendo la preparación en el uso del arma y conociendo lo letal de esta, dispara en contra del adolescente impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza. Al efecto, primeramente con las declaraciones prestadas en juicio por parte de los testigos presenciales, Ariela Melian, Miguel Castillo, Armando Lemun, sumado a las declaraciones de los funcionarios investigadores Roberto Castro, Ángel Marey Maffey y Marcelo Contreras, junto a los informes periciales de los peritos Eduardo Herrera, planimetrista, Carlos Fernández, perito geógrafo, a lo que se suman las pericias de Carlos López y Washington Apablaza, ambos peritos fotógrafos, quedando de esta forma suficientemente acreditada la distancia que existía entre acusado y víctima al momento de disparo, la que es coincidente con las declaraciones prestadas por diversos testigos en este juicio y con la investigación la llevada por fiscalía militar, - al efecto la defensa incorporó numerosas piezas de ese expediente, que dan cuenta de numerosas declaraciones al efecto-, de esta forma se ha logrado determinar que efectivamente la distancia que había mediado entre tirador y víctima era de aproximadamente 100 metros.

...En cuanto a la preparación en el uso del arma y el conocimiento de su letalidad, si bien se podría considerar un hecho de pública notoriedad, a razón del cargo y función que desempeñaba el acusado, sin embargo, se incorporó su hoja de vida donde constan los cursos de perfeccionamiento que ha realizado, sumado a lo declarado por él mismo en estrados donde refiere que como carabinero reciben permanente entrenamiento en el uso de armas, lo cual fue reafirmado por algunos testigos que pertenecen o pertenecían a dicha institución.



...El hecho de haber disparado impactando una posta en la parte frontal derecha de su cabeza, ha quedado acreditado, con las declaraciones de los testigos presenciales Ariela Melian y Miguel Castillo, quienes al efecto señalan, que el acusado disparó hacia el grupo donde estaba el joven Lemun, utilizando la escopeta que portaba, dando cuenta además la testigo Melian de este cambio de munición, lo que se refrendado con las declaraciones de los funcionarios policiales que investigaron los hechos en aquella época y en la actualidad, Contreras Navarro, Castro Cuellar y Marey Maffei. También consta la declaración de otro testigo presencial, Arturo Lemun Saavedra, quien ve a su hermano caer cuando estaban disparando, justo cuando habían cambiado de munición, lo que advirtió por el cambio de sonido y por los terrones de tierra que se levantaban. Lo que coincide con lo declarado por el testigo Ángel Marey Maffey, quien refiere que durante la investigación tomó declaración a otro testigo presencial, Esteban Neculpan Huentecol, quien participaba del grupo de comuneros y le describe las acciones que realizó cuando Alex Lemun cayó al suelo, señalando que lo vio caer, describiendo también las participaciones del hermano menor de Alex, Armando Arturo Lemun, a quien sitúa en el lugar, refiriendo que de manera conjunta, en compañía de otros presentes, ven que cae y lo sacan a un costado, a un predio colindante”.

Así las cosas, es posible para el sentenciador concluir que existió una colaboración prestada por el encartado, sin embargo, conforme a lo recién expresado, es evidentemente que dicha colaboración no ha sido sustancial en los términos del art. 11 N°9 del Código Penal.

En definitiva, sus declaraciones no aportan ningún antecedente que no haya podido ser acreditado por otro medio de prueba, y por lo mismo carece de razón suficiente el razonamiento del Tribunal que establece como sustancial la colaboración del acusado. Como consecuencia de aquello no puede estimarse como concurrente a su



respecto la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

#### INFLUENCIA SUSTANCIAL EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

Aun cuando el perjuicio debe presumirse en un motivo absoluto de nulidad, los vicios de nulidad alegados conjuntamente y fundamentados anteriormente, influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, toda vez que de haberse valorado la prueba producida como lo ordena la ley, permitía establecer que no concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°9 y del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal. Así entonces el vicio reclamado condujo a que la sentencia recurrida impusiera al acusado una pena inferior a la solicitada por este interviniente.

#### PREPARACIÓN DEL RECURSO

El recurso, por la causal y el motivo que se invocan, no requiere preparación por incurrir en el vicio en la dictación de la sentencia.

#### **3.- Tercera causal, subsidiaria de las dos anteriores: Causal de nulidad prevista en el art. 373 letra b), del Código Procesal Penal, en cuanto se desestima la aplicación del art. 391 N°1, circunstancia primera del Código Penal**

La causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que establece, como causal del recurso de nulidad, que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia “[c]uando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Se explicará en el desarrollo de esta presentación, cómo esta errónea aplicación del derecho ha influido sustancialmente en el fallo, que, si bien condena al acusado, culmina imponiendo una pena que no resulta acorde a derecho. Se despliegan los argumentos en 2 ítems, el primero relativo a la errónea aplicación del derecho respecto de proviene de no aplicar el art. 391 N° 1 circunstancia primera del





Código Penal, descartando la calificación jurídica de homicidio calificado que solicitó este interviniente, y de manera conjunta, la errónea aplicación del derecho que, tampoco se considera en la sentencia, la agravante de responsabilidad penal del artículo 12 N° 8 del Código Penal solicitada por la querellante particular.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, la causal contemplada en el artículo 373 letra B) del Código Procesal Penal, se produce en tres casos concretos: contravención formal, errada interpretación y falsa aplicación de la ley. De esta forma la Excm. Corte Suprema<sup>7</sup>, explicitando el significado de esta causal de invalidación, ha expresado lo siguiente: “...Al respecto, debe precisarse que, según las directrices fijadas por la doctrina y la jurisprudencia, la presente causal de invalidación del juicio oral y de la sentencia, concurre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación...”

#### **I.- Errónea aplicación del derecho contenido en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal**

En el caso concreto, respecto a la errónea aplicación del derecho del artículo 391 N° 1, circunstancia primera, se concreta en la no aplicación de la norma jurídica al caso concreto cuando de los hechos establecidos resultaba pertinente su aplicación, desconociendo el mayor injusto que supone el haberse ejecutado el mismo con alevosía.

La sentencia recurrida desestimó la aplicación del artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, en base al siguiente razonamiento:



DÉCIMO SEXTO: “[...] En tal sentido, actúa con alevosía según el art. 12 N°1 del código penal, quien obra a “traición o sobreseguro”, esto es, quien oculta su intención, aprovechándose de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima o derechamente ocultándose a sí mismo o los medios de que piensa valerse para cometer el delito, de manera que, al momento de cometer el hecho, el autor se encuentre “sin riesgo para sí”. (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2021, pp. 60). En este caso ha quedado fundamentalmente asentado que el acusado, por orden de un superior se trasladó hacia el fundo Santa Alicia, que al llegar junto a dos carabineros que lo acompañaban fueron de manera sorpresiva e inmediata atacados con piedras por un grupo de comuneros que se encontraba en el lugar y bajo esas circunstancias, luego de haber empleado gases lacrimógenos y balines de goma, cambia el encartado a munición de plomo y desde una loma o sinuosidad dispara la escopeta que portaba contra el grupo, teniendo plena visibilidad de los comuneros, y estos a su vez teniendo plena visibilidad de los funcionarios policiales, -lo que quedó asentado con las pericias planimétrica y de paisajismo y urbanismo rendidas por la fiscalía- por ende pudieron darse cuenta quién y desde donde les estaban disparando. De esta manera, considera el tribunal que no estamos ante un delito alevoso, por cuanto, en primer término, la situación no fue creada por el agente, no hubo un ocultamiento de su intención, tampoco un ocultamiento físico, no creó una situación de confianza respecto a la víctima que le impidiera a ésta defenderse, por el contrario, el disparo letal fue precedido de otros disparos con balines de goma y gases lacrimógenos, realizados con luz de día, circunstancias que al entender de este tribunal, excluyen la alevosía. Por otra parte, respecto a que el disparo se realizó estando el acusado sobre una elevación, loma o sinuosidad que presentaba el camino, lo que dejaba a la víctima en una situación de indefensión, dicha circunstancia no fue



buscada o creada por el agente, ya que el lugar donde ocurrieron los hechos no fue elegido por él, el disparo se realizó habiendo retrocedido varios metros en dirección al vehículo policial, lo que denota que esta sinuosidad no fue buscada para hacer una mejor puntería, sino que se encontraba en el camino por donde avanzó y luego retrocedió el acusado, ubicarse ahí fue consecuencia de las circunstancias, no fue algo que él voluntariamente haya creado. De esta manera, no concurriendo la circunstancia de la alevosía, ni ninguna otra de las que señala el art. 391 N°1 del código penal, se debe excluir el ilícito de homicidio calificado y nos deja en consecuencia en la figura residual de homicidio simple”.

Pues bien, la doctrina mayoritaria interpreta la calificante del homicidio alevoso de conformidad a la descripción de alevosía que entrega la agravante del artículo 12 N° 1 del Código Penal. Tal artículo señala que se entenderá que existe alevosía cuando “se obra a traición o sobreseguro”.

Sin embargo, los sentenciadores del Tribunal a quo no contemplan que la alevosía se centra en la idea de seguridad para el hechor, por una parte, y mayor indefensión de la víctima, por otra. En ese sentido, por ejemplo, el profesor Etcheberry ha señalado: “El concepto central en materia de alevosía está orientado hacia la seguridad para el hechor, tanto por lo que toca al buen éxito de su empresa como a la incolumidad de su persona y su posterior impunidad”<sup>8</sup>. Garrido Montt, en el mismo sentido, explica que “la alevosía se caracteriza porque el agente actúa con el propósito de asegurar la realización del delito, aunque en el hecho el riesgo no sea plenamente evitado”<sup>9</sup>.

También la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha concluido de forma reiterada que el actuar alevoso se centra en la seguridad del autor y la indefensión de la víctima. Así, por ejemplo, ha señalado: “La alevosía, entendida en su acepción de obrar sobre seguro, importa ante todo que el agente asegure las condiciones que le permitan consumir el delito perseguido sin riesgo propio y dar oportunidad a la víctima de



repeler o eludir la agresión”<sup>10</sup>. En similares términos ha indicado: “La alevosía, como calificante del homicidio, se asocia ante todo, a la indefensión de la víctima, derivada del obrar a traición o sobreseguro”<sup>11</sup>. Recientemente, la Excma. Corte Suprema ha señalado: “Efectivamente, el alcance del artículo 391, N° 1°, del Código Penal, esto es, la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro, como lo ha sostenido invariablemente esta Corte, existe cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido; consiste en actuar creando o aprovechándose directamente de las oportunidades materiales que eviten el riesgo a la persona del autor”<sup>12</sup>.

En concordancia con lo anterior, Mario Garrido Montt precisa que a traición “importa el ocultamiento de la intención verdadera del agente”<sup>13</sup> y que actuar sobre seguro es hacerlo “creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo (atacar por la espalda) o de terceros que lo protegen (distráer a la institutriz a cargo del niño a quien se pretende matar)”<sup>14</sup>. Así, no es efectivo lo que señala la sentencia en cuanto a requerir una ocultación de la intención y un aprovechamiento de la confianza que ello produce, o un ocultamiento del cuerpo o los medios que utilizará el autor, pues la relación de confianza puede o no existir para fundar un actuar alevoso. Así lo han sostenido los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, quienes señalan como casos de alevosía: “cuando, existiendo una relación de confianza y el aprovechamiento o creación de la indefensión de la víctima, se la ataca por la espalda, mientras está agachada, mientras duerme, en una iglesia durante la comunión o cuando está ebria a instancias del agresor; y también, aun sin existir relación de confianza, cuando se crea la indefensión de la víctima mediante la superioridad numérica de los



agresores o atacándola con arma de fuego desde un vehículo en movimiento”15.

En los hechos, existió un actuar a sobre seguro, tal como se evidencia en la descripción de hechos que se dan por acreditados por el Tribunal a quo, en cuya sentencia se lee que se acreditó que el día 7 de noviembre de 2002, alrededor de las 17:00 acudió el imputado junto a otros funcionarios de Carabineros, hasta el fundo Santa Alicia, con motivo de una ocupación de comunidades Mapuche en el sector. Se agrega que en el lugar los funcionarios fueron atacados por los comuneros con piedras y que tales ataques fueron repelidos con gases lacrimógenos y balines de goma por parte de Carabineros, quienes buscaban dispersar a los comuneros. La sentencia señala entonces que posteriormente, esto es, con posterioridad a los ataques con piedras por parte de los comuneros y cuando ya se habían realizado maniobras de dispersión el imputado junto a los demás funcionarios retrocedieron y encontrándose el imputado sobre una loma del sector, a una distancia aproximada de entre 70 o 100 metros, cambió la munición de su escopeta, introduciendo munición Western Super X, la cual poseía postas de plomo de 8,4 mm y disparó contra el grupo.

Es decir, el imputado no desplegó conductas que pudieran haber dado muerte a los comuneros en el primer enfrentamiento, y solo cuando se encontraba a una distancia a la cual no podría haber sido alcanzado por los comuneros, ni por las piedras con las que habían sido atacados con anterioridad, cambió la munición que portaba, por munición letal y efectuó un disparo con esa munición.

Así, el imputado ocultó su intención de realizar un nuevo ataque, retrocediendo hacia la loma; aprovechando una situación de indefensión de la víctima, la que se encontraba a una distancia en la que no le era posible defenderse, cambiando el imputado el tipo de munición que estaba utilizando con anterioridad; y, finalmente, procuró realizar la acción matadora solo cuando se encontraba a salvo



de sufrir cualquier riesgo por alguna actitud defensiva de la víctima o quienes la acompañaban.

No resulta relevante entonces que haya existido plena visibilidad de los comuneros, realizándose los disparos con luz de día y habiéndose procedido al disparo letal por disparos con balines de goma y gases lacrimógenos, para descartar la alevosía del imputado, puesto que es evidente que solo realizó una acción matadora cuando se encontraba en retirada, a una gran distancia y con una munición no autorizada de alto poder letal.

Finalmente, cabe destacar que la sentencia señala que la situación de indefensión que se genera por haberse percutido los disparos desde la loma no sería calificable como alevosía por no haber creado el imputado tal situación, estando acreditado que el disparo mortal fue realizado precisamente cuando el condenado se encontraba en una posición más elevada que la víctima que proporcionaba una mayor seguridad para su persona y la menor posibilidad para la víctima de defenderse.

Al efecto, se debe considerar que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que no es necesario que el sujeto haya creado o buscado la situación de indefensión o menor riesgo para su persona, sino que basta con que ésta haya sido aprovechada por el autor. En ese sentido, los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, señalan: “...existe indefensión de la víctima, generada por la confianza o desprotección aprovechadas o creadas por el agente y no exclusivamente por circunstancias objetivas”<sup>16</sup>.

Así también, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado: “Este concepto, generalmente compartido por la doctrina

penal, supone que concurra simultáneamente la finalidad de asegurar la ejecución del hecho y evitar los riesgos que para la persona del agresor puedan proceder de una potencial defensa del ofendido, aceptándose que las condiciones especiales generadas por el



agresor hayan sido buscadas previamente por éste, o aprovechadas al momento de la perpetración del hecho”.<sup>17</sup>

En conclusión, resulta incorrecto calificar los hechos como homicidio simple, desconociendo el mayor injusto que supone el haberse ejecutado el mismo con alevosía en los términos del art. 391 N° 1, circunstancia primera.

## **II.- Errónea aplicación del derecho contenido en el artículo 12 N° 8 del Código Penal**

En cuanto a la agravante del art. 12 N° 8 del Código Penal, el error de derecho se produce al desechar su aplicación en circunstancias que la misma era procedente.

En el considerando vigésimo de la sentencia recurrida, VS. justifica la no aplicación de esta agravante en atención a los siguientes fundamentos: “En cuanto a la N° 8, prevalecerse del carácter público que tenga el culpable, esta agravante exige que exista un aprovechamiento por parte del sujeto activo, de su carácter de empleado público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, implica que el autor debe “prevalecerse” o “servirse” para sus propios designios de la calidad que inviste, al momento de actuar debe tener ese animus de aprovechamiento, lo que en este caso no se advierte, al contrario, se observa que su ánimo fue defenderse y defender a las personas que lo acompañaban” .

Sin embargo, tal como lo ha señalado la doctrina, la aplicación de esta agravante se refiere a “la comisión de un delito común para lo cual se usa del poder, prestigio, oportunidades o medios que se ponen a disposición del empleado o autoridad pública”<sup>18</sup>, lo que estaría vinculado, en primer lugar, con una mayor reprochabilidad de la conducta, y en segundo lugar, con la vulneración de la lealtad funcional<sup>19</sup>, agregando un plus de desvalor que no existiría de no haber sido ejecutada por un funcionario público, siendo una agravante destinada a recoger dicha situación, y evitar que sea equiparada a la



conducta típica ejecutada por un ciudadano que no revista dicha calidad de funcionario público.

En la especie, el considerando décimo tercero de la sentencia recurrida da por acreditado, en lo pertinente a esta causal del recurso, que el imputado Marco Aurelio Treuer Heysen era a la fecha de los hechos mayor de carabineros, que se encontraba desplegado en ejercicio de su cargo en la zona de los hechos, y que se encontraba al mando del grupo de cuatro funcionarios policiales que estaban en el operativo. En ese marco, el imputado decidió cambiar la munición de su arma institucional de servicio, de un calibre 12 mm, por una munición Western Super X con postas de plomo de 8,4 mm, haciendo uso estas en contra del grupo en el que se encontraba Alex Lemún Saavedra de 17 años, quien recibió un impacto de una posta de plomo en la parte frontal derecha de su cabeza, lo que generó su muerte.

De esta manera, la pregunta subyacente a la configuración de la agravante en comento, no es si dentro de la subjetividad desconocida del imputado existió un afán de aprovechamiento de la calidad de funcionario público, sino si -en los términos ya descritos-, es posible apreciar que se utilizó o abusó del poder, las oportunidades o los medios puestos a disposición de carabineros en la comisión del delito en favor de sus propios fines, lo que supondría un mayor reproche y una vulneración a la lealtad funcionaria. Nada de eso es analizado por el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, el que simplemente descarta el ánimo que aparece manifestado en los hechos, en los que se aprecia con claridad, que el imputado era un funcionario de carabineros, que se encontraba al mando de los 4 funcionarios que también formaban parte del operativo, y que, valiéndose de su arma de servicio, y de las municiones de mayor potencial lesivo, decidió disparar en contra de la víctima, sin que en el momento esto representase una amenaza actual o inminente en su contra, tal como ya fue analizado y asentado por el Tribunal en cuanto al momento que el encartado





decidió cambiar la munición de goma por munición letal, las pierdas ya no les llegaban la fuerza suficiente.

De esta manera, al contar los funcionarios de carabineros con armamento de servicio y distintos tipos de municiones específicamente dirigidas a afrontar ciertas situaciones concretas, siempre en el marco de la proporcionalidad y legalidad, el uso injustificado del armamento -en contra de los protocolos y normas internas-, y la decisión consciente y deliberada de cambiar la munición para profundizar el efecto lesivo de la misma, constituyen abusos directamente emanados del poder, los medios y las oportunidades que dicho cargo público le entregaba, en cuanto ente monopolizador del uso de la fuerza pública, distinguiendo la situación en comento, de un disparo cometido por un particular. En el mismo sentido, dicha decisión -acreditada en juicio y constatada por el tribunal-, demuestra el ánimo de abuso que ha exigido la jurisprudencia.

En efecto, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha señalado que esta agravante supone “que el agente ha puesto la función pública al servicio de sus propios y particulares fines” 20 , o que “equivale a abusar, esto es, quiere decir “servirse, aprovechar, valerse del carácter público para ejecutar el delito (...) también se prevale quien usa de las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible”21, agregando que dentro de esto también cabe “emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines”22, y ha señalado que esta agravante debe descartarse en aquellos casos en que dicha calidad sea inherente al delito, precisamente por los objetivos que esta tiene y el desvalor que expresa23.

En ese marco, el imputado no sólo contaba formalmente con la calidad de funcionario de Carabineros de Chile, sino que ejecutó los hechos en abuso de dicha calidad, desviando su actuación de los fines legítimos de orden y seguridad, pasando derechamente a valerse de medios más



lesivos de lo necesario para controlar la situación concreta, con el sólo objeto de profundizar el potencial letal de su conducta, lo que desencadenó en la muerte de la víctima. Así, el cambio de munición no constituye un ejercicio regular o apegado al protocolo de actuación, lo que daría cuenta de un uso protocolar del arma de servicio, sino que constituye un intento deliberado, y doloso, de aprovecharse de los medios disponibles para ejecutar el delito en condiciones más favorables para sí mismo, matando a la víctima, en contra del rol de protección y seguridad que le debía cumplir el imputado, mayor de carabineros a cargo del procedimiento.

Lo anterior adquiere aún más relevancia bajo los estándares internacionales aplicables a violaciones de derechos humanos, que profundizan la necesidad de una sanción proporcional y ajustada al reproche que merecen los hechos que son cometidos por funcionarios públicos, en abuso de sus funciones, oportunidades y medios. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol expresamente reconoce en el considerando décimo octavo, que esta es una causa de derechos humanos, lo que habría quedado asentado en juicio. Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dicha constatación exige no sólo un deber estatal de investigar seriamente dichas violaciones de DDHH, sino también la de “identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>24</sup>. En ese marco, descartar la procedencia de la agravante, impide que la sanción sea pertinente, en cuanto desconoce absolutamente que el delito fue perpetrado por un funcionario público representante de la fuerza pública que monopoliza el uso legítimo de la fuerza socialmente organizada. Lo anterior constituye un incumplimiento del deber del Estado de dar con una sanción pertinente, proporcional, y adecuada al reproche que merece una violación de DDHH de esta índole.

En este punto, es obligación de los Estados velar por una sanción penal proporcional a la violación de derechos humanos concreta. Tal



como ha sostenido la Corte IDH, “en atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”<sup>25</sup>. En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado respecto a esta obligación de sancionar proporcionalmente las violaciones a DDHH, que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor.”<sup>26</sup>

En base a lo anterior, el Estado -por medio de sus diversos órganos-, tiene el deber positivo de velar por la proporcionalidad de la sanción, lo que implica que esta última absorba el desvalor propio de una violación a DDHH por agentes del Estado, distinguiéndolo de un delito cometido por particulares. De esta manera, la agravante del art. 12 N° 8 precisamente permite dar reconocimiento a dicha circunstancia, relevando -en fase de determinación de la pena concreta-, el carácter de funcionario público del autor, y el abuso cometido al vulnerar -en este caso-, el derecho a la vida de la víctima, por medio de la decisión consciente y voluntaria de sustituir la munición institucional para dispararle con una munición letal, lo que en definitiva deviene, jurídico penalmente, en la muerte de la víctima. En fin, VS. descartó la agravante del art. 12 N° 8 del Código Penal, en circunstancias que la misma era procedente, no sólo porque el imputado era un funcionario de carabineros y se valió de su arma de servicio en ejercicio de sus funciones, sino fundamentalmente porque ello lo realizó con ánimo abusivo, buscando usar a su favor el poder, la oportunidad, y los medios emanados de su cargo público, con el objeto de beneficiarse de esto de un modo contrario a la legislación y a los protocolos de actuación, de lo que se siguió la muerte de la víctima. Así, el fallo recurrido equipara la muerte de Alex Lemún con cualquier



otro homicidio perpetrado por particulares, sin ajustar la sanción al mayor desvalor de la acción emanado del rol público del imputado, y del manifiesto abuso al sustituir -dolosamente- la munición, con el objetivo de perpetrar el delito causando el mayor daño posible a la víctima, en contravención a los protocolos de actuación de Carabineros de Chile, en particular respecto al uso de la fuerza y al uso de armas.

### **INFLUENCIA SUSTANCIAL EN LOS DISPOSITIVO DEL FALLO**

La errónea aplicación del derecho ya expuesta influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto las infracciones denunciadas y latamente expuestas en el cuerpo del presente recurso determinaron la aplicación de una pena menor a la que realmente correspondía, vulnerando las normas de determinación de la pena establecidas en nuestro código de castigo, lo que genera agravio a los intereses que represento. Así entonces el vicio reclamado condujo a que la sentencia recurrida impusiera al acusado una pena inferior a la solicitada por este interviniente.

### **PREPARACIÓN DEL RECURSO**

El recurso, por la causal y el motivo que se invocan, no requiere preparación por incurrir en el vicio en la dictación de la sentencia.

### **PETICIONES CONCRETAS POR TODAS LAS CAUSALES**

- 1.-Tener por interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada
- 2.-Declararlo admisible en atención a la dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal
- 3.-Remitir al Tribunal ad quem, los antecedentes pertinentes conforme al artículo 381 del Código Procesal Penal, para que éste a su vez, lo declare admisible y en definitiva lo acoja, anule la sentencia y el juicio oral por las causales invocadas en carácter conjunto prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, anulando la sentencia y el respectivo juicio oral, determinando el estado en que ha de quedar el



DVNYLXGXFk

procedimiento y ordenando la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda, para que disponga la realización de un nuevo juicio oral. En subsidio y para el caso de no acogerse las causales principales, se acoja, la causal subsidiaria, igualmente anulando la sentencia y el respectivo juicio oral determinando el estado en que ha de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda, para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

## **CONSIDERANDO**

### **I.-EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO**

**PRIMERO:** Que, el presente recurso de nulidad se ha fundado en la causal de nulidad del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letras c) ambas normas del Código Procesal Penal, toda vez que la sentencia habría supuestamente omitido requisitos obligatorios del contenido de esta, la valoración de los medios de prueba en que se fundamentaron sus decisiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código procesal Penal. Al efecto se sostiene que el fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece como sustancial la colaboración del acusado otorgando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N°9 del Código Penal.

**SEGUNDO:** Que, la sentencia recurrida ha dado por establecida la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, señalando en el considerando Vigésimo que: “ el acusado ha demostrado durante el proceso una actitud colaborativa con el esclarecimiento de los hechos, si bien, como lo ha dicho el INDH sólo estaba cumpliendo con su deber al prestar las primeras declaraciones, ya que no podía negarse dado el cargo que desempeñaba y la institución a la que pertenecía, sin embargo, al parecer de estos jueces esa actitud colaborativa la ha mantenido durante el tiempo, no solo al principio de la investigación, al efecto, a lo largo de todas las



investigaciones prestó muchas declaraciones, declarando incluso ante el juez de garantía de Angol con fecha 28 de septiembre de 2018, en audiencia de formalización, según da cuenta parte de registro de audio incorporado, de esta forma, se situó en el sitio del suceso, reconoció portar la escopeta marca Winchester modelo 1200, admitió haber cambiado de munición y percutado cuatro cartuchos con postas de plomo, indicó desde donde disparó y que lo hizo en dirección al grupo de comuneros, admitió también conocer el funcionamiento del arma que utilizaba, al igual que el efecto de dispersión que se produce en ese tipo de proyectiles, por otra parte, la circunstancia de que en el legítimo ejercicio de su derecho a defensa haya planteado teorías alternativas, a las que finalmente renunció en este juicio, no son óbice de una colaboración sustancial, sino que una manifestación de los derechos y garantías que como imputado se le reconocen, hasta la terminación del proceso, para el caso, la del artículo 93 letra c) del Código Procesal Penal, asimismo tampoco es requisito para la procedencia de esta minorante confesar el delito que se le imputa. De esta manera, se estima concurre en la especie esta circunstancia atenuante.

**TERCERO:** Que, para la recurrente, el sentenciador puede válidamente concluir que existió una colaboración de parte del acusado, pero de los mismos y únicos fundamentos no existe razón suficiente para concluir que esta colaboración fue sustancial en los términos exigidos por la norma y tal como la jurisprudencia ha entendido el alcance de dicha sustancialidad. El Tribunal infringe el principio lógico de la razón suficiente al concluir la sustancialidad de la colaboración y ello porque su justificación carece de sustentos objetivos para llegar a esa conclusión. Se concluye por ello, que no existe razón suficiente para determinar que la colaboración del acusado Treuer Heysen ha sido sustancial toda vez que nada nuevo ha aportado.



**CUARTO:** Que, el recurso de autos nos convoca efectuar un control de la logicidad a fin establecer si el razonamiento que realiza el tribunal recurrido al valorar los medios de prueba, que dan sustento a su conclusión de concurrir la circunstancia atenuante de colaboración sustancial, es formalmente correcta desde el punto de vista del principio lógico jurídico de la razón suficiente. Se sostiene, por lo mismo, que la motivación de la sentencia es insuficiente para justificar la conclusión a la cual se ha allegado.

**QUINTO:** Que, el principio lógico de “razón suficiente”, o “principium rationis sufficientis”, tiene su origen en la ley de la derivación, la cual postula: todo razonamiento debe ser "derivado", es decir, ha de provenir de inferencias o deducciones coherentes. Consecuencia de ello es que, la validez de cualquier proposición ha de ser producto de suficientes fundamentos que le dan consistencia, a través de los cuales aquella se tiene por verdadera. Su aplicación en el presente caso conlleva que, si se sostiene que concurre la referida atenuante, los hechos probados que la avalan deben tener sustento probatorio. Para Olsen A. Ghirardi los caracteres de la motivación suficiente son: **a.-** Debe ser un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vayan determinando. **b.-** Debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o afirmada, responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir aquélla (la conclusión). **c.-** La prueba debe ser de tal naturaleza, que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que ella sea excluyente de toda otra. (Olsen A. Ghirardi. El razonamiento judicial. Academia de la Magistratura. Perú 1997 Pág. 135 y 136). Por ello, la sentencia vulnera el principio lógico de la razón suficiente cuando se basa en elementos probatorios nulos en su contenido o significado, es decir, cuando se apoya en antecedentes inexactos o alterados, y en general cuando se configuran los supuestos de insuficiente motivación, a saber no expresar



las premisas de sus argumentaciones; no justificar las premisas que no son aceptadas por las partes; no indicar los criterios de inferencia que ha manejado; no explicitar los criterios de valoración aceptados; y cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica por qué ésta es preferible a aquélla. Igartua (Juan Igartua Salaverry El razonamiento en las resoluciones judiciales. Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo Palestra. Temis Lima-Bogotá Impreso en Perú. 2009. págs. 32). En la misma idea se señala:” hay violación del principio de razón suficiente cuando hay insuficiencia de razones fundantes...” (Ghirardi, Olsen, Fernández, Raúl, Andruet, Armando y Ghirardi, Juan. “La naturaleza del Razonamiento judicial. El razonamiento débil”. Alveroni Ediciones. 1993. Córdoba, Arg. Pág.29)

**SEXTO:** Que, cuando el artículo 11 N°9 del Código Penal reconoce como circunstancias atenuantes “si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos,” requiere para su configuración que haya colaboración, que ésta sea sustancial y que tienda al esclarecimiento de los hechos. Tales son los requisitos generales de tal atenuante. Además, en relación con el carácter sustancia cabe considerar lo plasmado en la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 3 de enero de 2006, rol N° 5741-05, que respecto del alcance de la disposición legal observa que “la colaboración debe ser sustancial, vale decir, no ha de limitarse a proporcionar detalles intrascendentes, sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de las averiguaciones, aunque no es preciso que se traduzca verdaderamente en resultados concretos [c. 5°].

**SEPTIMO:** Que, por ende, la suficiente motivación de la concurrencia de la referida atenuante implica que cada uno de los tres elementos que la configuran deben ser no solo afirmados o explicados, sino que justificados, es decir que se ofrezcan por los sentenciadores razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de la concurrencia de estos elementos las que cuenta con el debido sustento probatorio.



DVN1LXGXFk



**OCTAVO:** Que, el razonamiento contenido en el considerando Vigésimo no cumple con el estándar antes indicado. En efecto, el solo da cuenta del porque se estime concurrente la colaboración del encartado, pero nada indica del porque esta colaboración se estima sustancial, esto es no justifica, no da razones, del porque la misma un aporte efectivo y serio al éxito de las averiguaciones, lo que implica vulnerar el principio lógico de la razón suficiente en la construcción de esta premisa.

Lo anterior, no implica cuestionar la concurrencia de la referida atenuante, sino que solo constatar la concurrencia de un defecto de carácter formal, a saber, la falta de suficiente motivación en relación con una de las afirmaciones contenidas en la sentencia, a saber, la existencia de la atenuante referida, defecto que tiene trascendencia en cuanto el establecimiento de la referida atenuante impacta en la determinación de la pena.

**NOVENO:** Que, en segundo lugar, el recurso de autos sostiene que también el fallo recurrido contradice el principio de la lógica de la Razón Suficiente en cuanto establece la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente como base en el reconocimiento de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N° 4 del Código Penal. Se sostiene que de los requisitos, a cuya concurrencia la doctrina supedita la existencia de una agresión ilegítima, el sentenciador los desarrolla parcialmente sin establecer la razón suficiente para dar por acreditado que la agresión sufrida por el imputado **“fue actual o inminente”**. Se agrega que, el sentenciador no da una razón que justifique la conclusión cuestionada, que la agresión que recibió el acusado al momento de repelerla fuera actual, y en ese entendido no podría entonces señalar que a su respecto concurre la eximente incompleta toda vez que el requisito base de la misma, esto es, la agresión ilegítima, no concurre y no concurriendo aquella no puede hablarse de legítima



defensa como causal de justificación, ni de legítima defensa incompleta como circunstancia atenuante.

**DECIMO:** Que el artículo 11 N°1 del Código Penal que señala como circunstancias atenuantes las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, en tanto que el artículo 10 N°4 del Código Penal, establece la exención de responsabilidad criminal al que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: **Primera.** Agresión ilegítima. **Segunda.** Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. **Tercera.** Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

**UNDECIMO:** Que, la “agresión” la entendemos como la conducta deliberada de otro, tendiente a ocasionar un daño a un interés lícito; la agresión, es ante todo una conducta que tiene la particularidad subjetiva a producirnos un daño y la característica objetiva de crear peligro inminente a un interés lícito; consta, pues, como toda acción, de elementos subjetivos. Subjetivamente está encaminada a dañar, esa es su finalidad; objetivamente crea el riesgo o peligro al bien” (H.W., Derecho Penal, Tomo I, pág. 122). En esta idea, como se ha resuelto por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 28 de mayo de 2021 (Rol N° 1662-2021 “para que exista legítima defensa es requisito primordial e imprescindible que converja agresión ilegítima por parte de la víctima, la que debe ser actual e inminente y solo así se puede utilizar la fuerza para repelerla; es decir, la respuesta a una agresión ilegítima debe ser en el momento mismo en que ese ataque se produce”.

**DUDOECIMO:** Que, como se indicó, la objeción que plantea el recurso es relación a la suficiencia de la motivación de la sentencia cuando se da por establecida en el considerando Vigésimo Primero relativo a circunstancias modificatorias de responsabilidad penal la existencia de una agresión ilegítima. Al efecto la sentencia señala: “ha



quedado acreditado, fundamentalmente con prueba testifical, específicamente las declaraciones de Miguel Castillo, Ariela Melian, Arturo Lemun y los funcionarios investigadores de la PDI, Castro Cuellar y Marey Maffei, entre otros, que efectivamente el acusado y los carabineros que lo acompañaban al llegar al fundo santa Alicia fueron agredidos con piedras por un grupo de comuneros, situación que se describe en todas las acusaciones. También es un hecho demostrado, que la joven víctima formaba parte de este grupo y con la declaración de su hermano Armando Arturo Lemun, testigo de cargo, quedó acreditado que portaba piedras, -que luego le entregó a él- y cuatro lanzas piedras. Señala también: “ese día sí se usaron boleadoras, no sabe quiénes utilizaron las boleadoras, las piedras eran para utilizarlas con boleadoras”. Sin perjuicio de lo anterior, se descarta que la víctima haya disparado un arma de fuego, así queda demostrado con la pericia realizada por doña Sylvia Figueroa. También, con esas mismas declaraciones se acreditó que la agresión fue también real y actual, en el sentido que objetivamente existió y que el ataque que se estaba desarrollando podía menoscabar la integridad de un bien jurídico, -integridad física-, y, que, de no detenerse, su detrimento podría ser mayor. Respecto a que no consta que la víctima haya agredido al acusado, necesario es señalar que la jurisprudencia mayoritaria es del parecer que en caso de riñas o peleas faltaría el requisito de la agresión ilegítima, por no poderse determinar quién inició la agresión, sin embargo, este no es el caso, no estamos ante una riña o pelea, al efecto la RAE (Real Academia Española) define riña tumultuaria como aquella en que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una. Pero en este caso, no hubo un acometimiento entre el grupo de comuneros y los carabineros, es más, siempre medió una distancia de a lo menos 70 metros, quedó asentado también que quién inició la agresión fue el grupo de comuneros, también las acusaciones así lo señalan y por otra parte es posible distinguir en este caso, las acciones desarrolladas de



manera independiente por el acusado y las efectuadas por este grupo, respecto del cual, ya se señaló, quedó acreditado que la víctima formaba parte, que llevaba piedras y lanza piedras.

**DECIMO TERCERO:** Que, en relación al carácter “actual e inminente” de la agresión sufrida por el personal de Carabineros , que es el único elemento cuestionado en relación a la concurrencia de esta eximente incompleta cuestionada por el Ministerio Público, la sentencia en lo pertinente solo señala “ se acreditó que la agresión fue también real y actual, en el sentido que objetivamente existió y que el ataque que se estaba desarrollando podía menoscabar la integridad de un bien jurídico, -integridad física-, y, que, de no detenerse, su detrimento podría ser mayor”, no obstante esta afirmación no analiza en profundidad todos los aspectos que esta condición impone, solo se dice que se está desarrollando un ataque, que podría afectar bienes jurídicos, con todo no se analiza el contexto temporo espacial del mismo, eso es si la acción de repeler ocurre cuando los funcionarios policiales estaban ya más alejados, encontrándose a una distancia de a lo menos 70 metros, según se consigna por la propia sentencia y como ello afecta al carácter actual e inminente de la agresión

Como se ha indicado, no basta con afirmar o explicar, se debe justificar, y en el presente caso no se aprecia debidamente justificada el carácter actual e inminente de la agresión que se da por establecida que avale que la respuesta a la misma sea en el momento mismo en que ese ataque se produce.

**DECIMO CUARTO:** Que, en este contexto se estima concurrentes los vicios de nulidad alegados conjuntamente por el Ministerio Público, lo que se estima ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, toda vez que a través de las determinaciones no suficientemente justificadas se dio por establecidas las circunstancias atenuantes del artículo 11 N°9 y del artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N° 4 del Código Penal conllevando que la sentencia



recurrida impusiera al acusado una pena inferior a que hubiera correspondido de no haber concurridos estas circunstancias.

**II.- EN CUANTO A LOS RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTOS POR DON MARCOS RABANAL TORO, EN REPRESENTACION DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y POR DON SEBASTIÁN SAAVEDRA CEA Y EDUARDO PAINEVILO MALDONADO, EN REPRESENTACIÓN DE DON EDMUNDO DEL CARMEN LEMUN NECUL, Y DOÑA BLANCA SONIA SAAVEDRA HORIA.**

**DECIMO QUINTO:** Habiéndose acogido el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, lo que conllevara anular la sentencia recurrida y el juicio oral desarrollado en esta causa, y considerando lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Penal, se omite pronunciamiento sobre las demás causales de nulidad invocadas por los recursos deducidos por don Marcos SaavedraSaa Toro, en representación del Instituto Nacional de Derechos Humanos y por don Sebastián Saavedra Cea y Eduardo Painevilo Maldonado, en representación de don Edmundo del Carmen Lemun Necul, y doña Blanca Sonia Saavedra Horia.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 340, 341, 342, 374 letra e), 384 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ANULA** la sentencia definitiva de fecha 25 de octubre de 2021, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, en causa RUC 1701008346-k, RIT 4-2020, y el juicio oral desarrollado en esta causa, ordenándose la remisión de los autos al Tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Incorpórese la presente resolución a la carpeta digital correspondiente. -

Redacción del abogado Integrante Roberto Contreras Eddinger

***Rol N° 995-2021 -RPP.*** (sac)





DVNYLXGXFK

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Temuco integrada por Ministro Presidente Alejandro Vera Q., Ministro Carlos Ivan Gutierrez Z. y Abogado Integrante Roberto David Contreras E. Temuco, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

En Temuco, a catorce de diciembre 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 05 de septiembre de 2021, 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>.