

Santiago, diez de abril de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos autos N° 2182-98 "A", rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, denominada "Caravana", episodio Copiapó, por sentencia de veinte de abril de dos mil quince, pronunciada por la Ministro de Fuero doña Patricia González Quiroz, escrita a fojas 7284 y siguientes y su complemento de fojas 7550, en lo que interesa a los recursos se condenó a **Sergio Carlos Arredondo González y Pedro Octavio Espinoza Bravo** a: sendas penas de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de secuestro simple en las personas de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo cometidos en la ciudad de Copiapó el 17 de octubre de 1973; a sendas penas de **quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado en las personas de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra



Castillo, cometidos en Copiapó el 17 de octubre de 1973 y a sendas penas **de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado en las personas de Ricardo García Posada, Maguindo Castillo Andrade y Benito Tapia Tapia, cometidos en Copiapó el día 17 de octubre de 1973.

La misma sentencia condenó a **Patricio Ramón Félix Díaz Araneda, Ricardo Fernando Yáñez Mora, Waldo Antonio Ojeda Torrent y Marcelo Arnaldo Marambio Molina** a: sendas penas de **dos años** de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de secuestro simple en las personas de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Pallas Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, y al pago de las costas de la causa y; a sendas penas de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado en la persona de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Pallas



Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, cometidos en Copiapó el día 17 de octubre de 1973.

Además la sentencia condena a los encausados **Edwin Reynaldo Herbstaedt Gálvez y Fernando Raúl de Fátima Castillo Cruz** a sendas penas de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado en la persona de Benito Tapia Tapia, Maguindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada cometidos en la ciudad de Copiapó el día 17 de octubre de 1973.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas no se concedió a ninguno de los sentenciados beneficio legal alguno, reconociéndoles los abonos pertinentes que en dicho fallo se indican.

Además el sentenciador de primer grado acogió las demandas civiles; de fojas 4976, deducida por don Alfonso Insunza Bascuñán, por la querellante doña Jessica Tapia Carvajal, en contra del Fisco de Chile, sólo en cuanto se regula, por concepto de indemnización por daño moral sufrido con ocasión del ilícito cometido en la persona de su padre, don Benito de los Santos Tapia Tapia, la suma de \$150.000.000; de fojas 4993 deducida por doña Jessica Tapia Carvajal en representación de doña María Lía Carvajal, en contra del Fisco de Chile, sólo en cuanto se regula la indemnización por el daño moral planteado, en la suma de \$150.000.000; la deducida por los abogados señores Paredes y Montero, en representación de doña Leslie Verónica Silva Flores, viuda de la víctima don Winston Cabello Bravo, de sus hijas Marcela Patricia Cabello Silva, Susan Verónica Cabello Silva y del hermano de la víctima de autos, don Aldo Cabello Bravo, interpuesta en contra de Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y solidariamente en contra del Fisco de Chile, sólo en cuanto se regula como indemnización por el daño moral demandado, la suma de



\$150.000.000 para cada uno de los demandantes; de fojas 5127 deducida por los mismos abogados en representación de los querellantes Nilda Yanet, Mirta Marisa, Armando Patricio y Maguindo Nolberto Castillo Honores, hijos de la víctima don Maguindo Antonio Castillo Andrade, formulada solidariamente en contra de Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile, sólo en cuanto se regula como indemnización por el daño moral demandado la suma de \$150.000.000 para cada uno de los demandantes; de fojas 5162 en representación de doña Rolly Baltiansky Grinstein, Paula García Baltiansky y don Sebastián García Posada, viuda, hija y hermano, respectivamente de don Ricardo García Posada, sólo en cuanto se fija como indemnización por el daño moral sufrido con ocasión de estos hechos, en la suma de \$150.000.000 para cada uno de ellos y la suma de \$100.000.000 en favor de Gerardo Gasman Baltiansky, que deberán pagar solidariamente Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile; de fojas 5187 deducida por don Eduardo Contreras Mella en representación de Gloria Lena Vincenti Salinas, y de Rosa Blanca, María Soledad, María Luz, hija y hermanas de la víctima don Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, en contra de Carlos Arredondo González, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito, Patricio Díaz Araneda, Ricardo Yáñez Mora, Waldo Ojeda Torrent, Marcelo Arnaldo Marambio Molina y fijó como monto de la indemnización por concepto del daño moral en \$100.000.000 para cada una de las demandantes; de fojas 5202 deducida en representación de don Patricio Mancilla Hess, hermano de la víctima, don Edwin Mancilla Hess que condena a los demandados Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile, al pago solidario de \$150.000.000; de fojas 5238 en representación de doña Gabriela de la Luz, Isabel Lorena, María Angélica, Ana Luz, Rosa Emilia, Mónica del Carmen, todas Palleras Norambuena, y de don Jaime Palleras Cisternas, hermanas e hijo, respectivamente, de la víctima don Adolfo Palleras Norambuena, regulando para cada uno de los demandantes por concepto de indemnización civil por el daño experimentado la suma de \$150.000.000 que



deberán pagar solidariamente los demandados Sergio Arredondo González, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile; de fojas 5274 en representación de los familiares de Agapito Carvajal González, doña Dioselinda Guerrero Varas, y Patricia Jimena, Jaime Iván, cónyuge viuda e hijos, formulada solidariamente en contra de Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile, y fija por concepto de indemnización por el daño moral sufrido la suma de \$150.000.000 para cada uno de los actores; de fojas 5306 en representación de Jorge Hernán, Luis Fernando, y Ricardo de la Cruz Carvajal Oliveros, todos hijos de Fernando Carvajal González, deducida en contra de Pedro Espinoza Bravo, Luis Moren Brito y el Fisco de Chile, y fija por concepto de indemnización, la suma de \$150.000.000 para cada uno de los actores; de fojas 5341 en representación de las hermanas de la víctima, don Atilio Ugarte Gutiérrez, Eloísa Isabel, Felicia Haydée, Guacolda Elena, María Angélica y Marcia Alejandrina, todas Ugarte Gutiérrez y regula por concepto de indemnización civil la suma de \$150.000.000 para cada una de las demandantes que deberán ser pagadas solidariamente por Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile; la demanda civil de indemnización de perjuicios formulada por los abogados señores Bustos y Montero, en representación de Adi Marina Araya Berríos, Alfonso Alfredo Gamboa Araya, Adi Berta Gamboa Araya, cónyuge viuda e hijos de la víctima Alfonso Gamboa Farías, de Fresia Gamboa Farías, Nidia Gamboa Farías, Ana María Gamboa Farías, hermanas de la víctima y Cecilia López Gamboa, sólo en cuanto se regula, como indemnización por el daño moral experimentado por los actores, la suma de \$150.000.000 para cada uno de los inicialmente mencionados y \$100.000.000 en favor de la sobrina, Cecilia López Gamboa que deberán ser pagadas solidariamente por Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y el Fisco de Chile; la de fojas 5417 en representación de Nury Jara Munizaga, Nury Pérez Jara y Emilio Pérez Jara, viuda e hijos de la víctima de autos, en contra de Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y del Fisco de Chile, y regula como indemnización la suma de \$150.000.000 para



cada uno de los demandantes y; finalmente la de fojas 5095 en representación de Nina Sierra Beecher y Sara Beecher Flores deducida en contra de Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito y del Fisco de Chile, y regula como indemnización la suma de \$150.000.000 para cada una de los demandantes que los demandados deberán pagar solidariamente.

Se rechazó la demanda civil intentada por doña Hortensia Letter Funes.

Se dispuso que todas las sumas ordenadas pagar deberán ser reajustadas, desde que la sentencia esté ejecutoriada, según variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor que determine el Instituto Nacional de Estadísticas, más los intereses corrientes desde que el deudor esté mora, con costas.

La referida sentencia, fue impugnada por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, y la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha de ocho de julio de dos mil dieciséis, la revocó en cuanto por ella se condenó a los procesados Erwin Reynaldo Herbstaed Gálvez y Fernando de Raúl Fátima Castillo Cruz como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado de Benito Tapia Tapia, Maguindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada y en cuanto por ella se condenó a Sergio Carlos Arredondo González, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Patricio Ramón Félix Díaz Araneda, Ricardo Fernando Yáñez Mora, Marcelo Arnaldo Marambio Molina y Waldo Antonio Ojeda Torrent del cargo de ser autores de los delitos de secuestro simple de Alfonso Gamboa, Atilio Ugarte, Fernando Carvajal, Agapito Carvajal, Winston Cabello, Manuel Cortázar, Raúl Guardia, Raúl Larravide, Edwin Mancilla, Adolfo Pallas, Héctor Vincenti, Pedro Pérez y Jaime Sierra y en su lugar los absolvió de dichos cargos. Se confirmó en lo demás la antedicha sentencia con declaración que se eleva la pena impuesta al procesado Patricio Díaz Araneda, como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández,



Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, a la de once años presidio mayor en su grado medio con las mismas accesorias que el fallo dispone.

Asimismo, se aprobaron los sobreseimientos definitivos parciales de Juan Rojas Hidalgo, Oscar Pasten Morales, Ramón Zúñiga, Marcelo Moren Brito, Oscar Haag Baschke y Sergio Arellano Stark, de fojas 4633, 5477, 6597, 7764, 7157 y 6598 respectivamente.

Contra la sentencia escrita a fojas 7820 y siguientes, las defensas de los sentenciados Waldo Ojeda Torrent, Patricio Díaz Araneda, Pedro Espinoza Bravo, Ricardo Yáñez Parra y Marcelo Marambio Molina dedujeron recursos de casación en el fondo; en tanto el Programa Continuación Ley 19.123 y el Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile formalizaron recursos de casación en la forma y en el fondo contra el mismo dictamen, mientras que la parte querellante representada por Cristián Cruz Rivera dedujo recurso de casación en la forma.

Declarados admisibles los indicados recursos, a fojas 8054 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el caso en estudio, los recursos de casación en la forma, deducidos en los acápite pertinentes de fojas 7909, 7961 y 7943 por el Programa Continuación Ley 19.123, el Consejo de Defensa del Estado y la Querellante, respectivamente, se sustentan en el numeral 9° del artículo 541, en relación al requisito cuarto del artículo 500, en concordancia con el artículo 544 inciso final, todos del Código de Procedimiento Penal, y en relación al artículo 768 N°7 del Código de Procedimiento Civil.

Postula el recurso que el fallo omitió hacer una exposición de las consideraciones que permiten establecer que, respecto de las trece víctimas, sólo



concorre el delito de homicidio calificado, previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal y no el de secuestro simple, absolviendo de este último a los sentenciados Arredondo González, Espinoza Bravo, Díaz Araneda, Yáñez Mora, Marambio Molina y Ojeda Torrent. Asimismo, afirman que se incurre en el vicio denunciado, al considerar que se configura a favor de los acusados Castillo Cruz y Herbastadt Gálvez por el delito de secuestro calificado de Benito Tapia Tapia, Maquindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada, una causal eximente de responsabilidad penal, construyendo para ello un error de prohibición invencible, sin explicitar los razonamientos por los cuales se tuvo por acreditada la existencia de un Consejo de guerra ni como éste habría incidido en la conciencia errónea de estar actuando lícitamente.

Terminan describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger los recursos y, dictar una sentencia de reemplazo, que confirme la de primer grado, con declaración que se mantiene la calificación de delitos de secuestro simple y homicidio calificado respecto de Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, y asimismo, que se condena a Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz como autores de los delitos de secuestros calificados reiterados perpetrados en contra de Benito Tapia Tapia, Maquindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada.

SEGUNDO: Que, los recursos de casación en el fondo promovidos a fojas 7909 y 7961 por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y el Fisco de Chile se fundan en las causales N° 4, N° 7 y N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 1, 7, 14 N°1, 15 N°1, 25, 28, 50 y 141 del Código Penal; los artículos 482 y 488 N° 1 y



Nº 2 del Código de Procedimiento Penal y; los artículos 1 del Código Penal y 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar.

Plantean los recursos que los hechos acontecidos durante la noche del 16 de octubre de 1973 que tuvieron como víctimas a Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Pallas Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, no sólo consistieron en un mero traslado de detenidos, como plasmó la sentencia impugnada, pues la privación de libertad se concretó sin que existieran antecedentes de un proceso iniciado en su contra. Fueron detenidos en septiembre de 1973, sin que se estableciera que el objetivo de aquello fuera su muerte. Por ello, asegura que se satisface el presupuesto típico y antijurídico del artículo 141 inciso primero del Código Penal, por lo que la sentencia yerra al absolver a los procesados de este ilícito.

En relación a la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, se sostiene que la sentencia no respetó los artículos 482 y 488 Nº 1 y Nº 2 del Código de Procedimiento Penal, al restar todo valor probatorio a las presunciones que la sentencia de primera instancia enumeró en los considerandos 18º y 19º, suprimiéndolas sin consideración alguna, no obstante que cumplían con las exigencias legales, lo que provocó un error en la determinación de los hechos, estableciendo consecuentemente que Benito Tapia Tapia, Maquindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada, habrían sido condenados a la pena capital por un Consejo de guerra, lo que generó que la conducta atribuida a Castillo Cruz y Herbstaedt Gálvez se calificara como lícita.

Postula, en relación al último capítulo del recurso, que lo anterior también vulneró los artículos 1º del Código Penal y 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar por haber estimado lícitas las conductas de los acusados absueltos. En



efecto, se efectuó una errada interpretación de la participación de los acusados, sin haber acreditado la inevitabilidad del error de prohibición. Asegura que el actuar típico y antijurídico consistente en el retiro de los detenidos privados de libertad y su posterior ejecución sobre seguro, era evitable considerando que los acusados Castillo Cruz y Herbstaedt Gálvez no sólo sabían que lo ordenado por su superior era un delito, sino que también se representaron la ilegalidad e ilegitimidad de la orden impartida, por lo que tenían perfecta conciencia de la ilicitud de su conducta.

Finalizan describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger los recursos y, en sentencia de reemplazo, confirmar el fallo de primer grado en cuanto a las condenas allí señaladas por las participaciones atribuidas.

TERCERO: Que, a su turno, a fojas 7905 la defensa de Patricio Díaz Araneda denuncia vulnerado el numeral primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción a los artículos 103 y 68 inciso tercero del Código Penal.

Señala que el argumento de la imprescriptibilidad no se aplica en la especie, por tratarse de instituciones con una naturaleza jurídica distinta. Por ello la media prescripción constituye una circunstancia minorante de responsabilidad penal y no un modo de extinción de la misma, lo que incide en el rigor del castigo. Agrega que por su carácter de orden público es de aplicación obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna el derecho penal, sin que exista restricción constitucional, legal, de derecho internacional o *ius cogens* para su aplicación, desde que tales reglas se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad de los hechos.

Termina describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger el recurso y, en sentencia de reemplazo, dar aplicación al artículo 68 inciso 3º del Código Penal, rebajando la sanción aplicable en uno, dos o tres grados, imponiendo a su representado una pena no



superior a la de presidio menor en su grado máximo, pudiendo así acogerse a los beneficios de la Ley 18.216.

CUARTO: Que por su parte, a fojas 7932 la defensa del sentenciado Marcelo Marambio Molina denuncia vulnerado el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por una errada aplicación del artículo 10 N°10 del Código Penal, así como los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar y el artículo 103 y 68 inciso tercero del Código Penal.

Estima configurado el primer vicio denunciado, al no reconocer al sentenciado Marambio la mencionada circunstancia eximente de responsabilidad penal. Asegura que Marambio Molina representó la orden al capitán Díaz, que era el jefe de su sección al interior del regimiento, la cual igual se le ordenó cumplir. Agregó, que a mayor abundamiento, la comitiva encabezada por el comandante del regimiento se cercioró que ésta fuera ejecutada. Estimó que dada la edad del sentenciado, su formación de jerarquía y obediencia, se configura la eximente invocada.

Además estimó vulnerado el artículo 211 del Código de Justicia Militar, considerando que tal como se ha dicho, Marambio Molina representó a su superior la orden, por lo que le corresponde una pena rebajada en dos grados.

Enseguida denunció la infracción del artículo 214 del Código de Justicia Militar, esgrimiendo que aquel regula uno de los efectos de la obediencia jerárquica, colocándose precisamente en el caso que un subalterno, sin concertarse, cometa un delito en el cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, y que no se haya producido representación ni insistencia, elementos todos que concurren, atendido que la voluntad del actor se encuentra influenciada por la del superior jerárquico, por lo que solicitó eximir de la pena al acusado, para enseguida pedir que se considere como una atenuante muy calificada e imponer la pena rebajada en un grado a la asignada por la ley al delito.

Desarrollando el agravio referido al artículo 103 del Código Penal, postula que los fundamentos de hecho y de derecho consignados en la sentencia atacada



no desvirtúan la alegación de ser aplicable la citada norma, atendida la naturaleza diversa de la prescripción.

Describe la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger el recurso y, en sentencia de reemplazo, dar aplicación al artículo 68 inciso 3º del Código Penal, rebajando la sanción aplicable en uno, dos o tres grados, imponiendo a su representado una pena no superior de presidio menor en su grado máximo, pudiendo así acogerse a los beneficios de la Ley 18.216.

QUINTO: Que, en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido a fojas 7952 a favor del condenado Pedro Espinoza Bravo, éste se sustenta en las causales N° 7 y N° 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el quebrantamiento de los artículos 459 y 488 N° 1 y N° 2 del mismo cuerpo legal, así como de los artículos 15 N° 3, 391 N° 1 y 141 inciso primero del Código Penal.

En relación a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, señala que la sentencia recurrida condenó a Espinoza Bravo por simples presunciones que no han sido construidas según el estricto apego a las normas procesales en materia probatoria. Afirma que los antecedentes existentes en la causa, no son aptos para producir una presunción judicial completa, pues no cumplen con los requisitos contemplados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que los testigos de cargo no reúnen las exigencias del artículo 459 del mismo cuerpo legal, por lo que sus declaraciones no producen plena prueba. Así, la sentencia yerra al considerar que los elementos probatorios allegados constituyen prueba suficiente y satisfactoria para acreditar las conductas típicas descritas en los artículos 391 N° 1 y 141 inciso 1º del Código Penal respecto del sentenciado Pedro Espinoza, en cuanto al hecho de haberse concertado para su ejecución, facilitando los medios con que se llevaron a efecto los hechos en los términos señalados en la acusación y en la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° 3 del código sustantivo.



Termina solicitando acoger el recurso y en la sentencia de reemplazo se revoque la sentencia apelada y se absuelva a Pedro Espinoza Bravo de los delitos reiterados de homicidio calificado y secuestro calificado por falta de participación.

SSEXTO: Que la asistencia letrada de Ricardo Yáñez Mora, acusa a fojas 7837 que lo resuelto configura la causal de nulidad contemplada en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en los artículos 103, 11 N° 9, 11 N° 6 y 68 inciso tercero del Código Penal. Estima que el vicio se configuró, al no reconocer al condenado Yáñez Mora la circunstancia establecida en el artículo 103 del cuerpo legal citado, no obstante concurrir todos los presupuestos para ello, entendiéndola como una atenuante muy calificada, la que debió ser reconocida junto con las minorantes del artículo 11 N°9 y 11 N°6 del Código Penal, la última en carácter de muy calificada, todo lo cual llevó erróneamente a los sentenciadores a imponer una pena superior en uno, dos o tres grados a la que en derecho le correspondía.

Finalmente describe la forma en que estos errores han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicita acoger el recurso y dictar una sentencia de reemplazo, que imponga al acusado Yáñez Mora una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales, otorgándole el beneficio de la libertad vigilada.

SÉPTIMO: Que, por último, el recurso de casación en el fondo promovido por la defensa de Waldo Ojeda Torrent a fojas 7865, se funda en las causales primera y quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículos 10 N° 9 y N° 10 del Código Penal; los artículos 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar y los artículos 11 N° 1, 93 y 103 del Código Penal.

Sostiene que el fundamento erróneo consiste en no haber aplicado los numerales 9 y 10 del artículo 10 del código sustantivo, en relación con las citadas normas del Código de Justicia Militar, determinando la absolución de Ojeda Torrent por estar exento de responsabilidad penal, toda vez que aquel recibió una orden directa e inmediata de un superior, a saber, el capitán Díaz, orden que



representó y que luego le fue imposible dejar de cumplir. Esgrime que el incumplimiento de la orden, significaba dadas las circunstancias que se estaban viviendo, el sometimiento a un Consejo de Guerra, por lo que su participación estuvo ausente de dolo o culpa. En consecuencia, le eran, aplicables los artículos 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar. Asegura que no hubo concierto previo y que obró violentado por una fuerza irresistible, miedo insuperable o por el cumplimiento de un deber derivado de su formación militar, que imponía cumplir la orden del superior dentro de la cadena de mando jerárquico.

Afirma que la sentencia también yerra, al no haber considerado los hechos anteriormente descritos, como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, al dictaminar que ellos no reúnen los requisitos para ser considerados como la eximente de responsabilidad penal invocada, vulnerando con ello el artículo 11 N° 1 del Código Penal.

Finalmente, denuncia la infracción del numeral 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al no haber aplicado las normas de extinción de responsabilidad penal, tales como el artículo 93 y 103 del Código Penal. Acusa que los sentenciadores dejaron de aplicar las normas relativas a la prescripción de la acción penal, dispuestas con el carácter de normas de derecho público y también se omite toda consideración sobre la media prescripción.

Solicita que se acoja el recurso en cada uno de sus capítulos, anular la sentencia recurrida y dictar una nueva de reemplazo que absuelva a Waldo Ojeda por aplicación del artículo 10 N° 9 y N° 10 del Código Penal y de la prescripción de la acción penal y el artículo 103 del código sustantivo.

OCTAVO: Que previo al estudio de los recursos, es conveniente recordar los hechos que el tribunal ha tenido por demostrados y que se han estimado constitutivos de los delitos de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal y de secuestro calificado previsto y sancionado en el artículo 141 inciso primero y final del mismo cuerpo legal, respectivamente. Tales son los que a continuación se reproducen:



I.-Que el día 16 de octubre de 1973, en horas de la noche, como a las 20 horas, llegaron a Copiapó en un helicóptero "Puma", un grupo de personas, pertenecientes al Ejército de Chile, comandadas por un general del mismo, quien portaba un documento en el que constaba que tenía atribuciones delegadas por el Comandante en jefe del Ejército de entonces, para "cumplir labores de coordinación de criterios institucionales de gobierno interior y de procedimientos judiciales", como también, "para revisar y acelerar los procesos"; algunos de dichos funcionarios al mando del general a cargo, junto a un grupo de militares pertenecientes al Regimiento Atacama de Copiapó, luego de efectuar una revisión, estudio y selección de las fichas y antecedentes de los detenidos existentes, sin que conste que haya existido alguna causa o proceso en su contra, y por una parte procedieron a sustraer, a apartar en horas de la noche, a cuatro personas que se encontraban detenidas en dicha unidad militar, las hicieron subir a un camión del Ejército, y con ellas se dirigieron a la cárcel pública de Copiapó, lugar desde donde sustrajeron a otras nueve personas que se encontraban privadas de libertad en dicho recinto por orden de la autoridad jurisdiccional militar. Luego, el grupo de militares pertenecientes al Regimiento de la ciudad, transportó a los trece detenidos hacia las afueras de la ciudad, a un sector llamado Cuesta Cardone, los obligaron a descender del camión y procedieron a disparar contra ellos, cuyas identidades correspondían a Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Norambuena, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo, utilizando para ello fusiles SIG calibre 7.62 mm, falleciendo todos en el lugar. Verificadas las muertes de las mencionadas personas, los cadáveres fueron trasladados a la unidad militar, y posteriormente desde ese lugar al cementerio de



la ciudad, y luego de ser identificados, fueron sepultados en una fosa común, practicándose las correspondientes inscripciones de defunción.

II.-Que en las últimas horas del día 17 de octubre de 1973, un grupo de militares perteneciente al Regimiento Atacama de la ciudad de Copiapó, se dirigieron hasta unos barracones existentes en esa unidad militar, lugar en que se mantenían, privados de su libertad y en calidad de detenidos políticos, a Benito Tapia Tapia, Maguindo Castillo Andrade y a Ricardo García Posada, respecto de quienes no hay constancia fehaciente que haya existido algún proceso o juicio seguido en su contra, quienes habían sido retirados, apartados ese mismo día de la cárcel pública de la ciudad, como consecuencia de la revisión de sus antecedentes ya señalada por parte de algunos integrantes de la comitiva del General Arellano y de algunos militares del Regimiento local, personas a quienes sustrajeron, trasladándolos, presuntamente, al mismo sector de la Cuesta Cardone, lugar desde el cual se pierden sus rastros, sin que hasta la fecha hayan sido habidos con vida, así como tampoco sus restos mortales, ni se conozcan sus paraderos, excediendo con creces y en demasía, el término de noventa días signado en la referida disposición legal, y en esas circunstancias debe entenderse que el encierro o la detención que los afectara, aún perdura.

NOVENO: Que, según da cuenta el fundamento décimo, para los sentenciadores de segundo grado, los hechos descritos en el apartado primero del considerando que antecede, constituyeron únicamente los delitos reiterados de homicidio calificado, desestimando en consecuencia los delitos reiterados de secuestro simple. Para ello consideraron que las víctimas fueron extraídas de los recintos donde se hallaban detenidas, por parte de militares pertenecientes al Regimiento Atacama de esa ciudad, siendo acto seguido y sin solución de continuidad transportados al sector denominado Cuesta Cardone, donde fueron asesinados de una manera alevé y premeditada, concurriendo por consiguiente las circunstancias primera y quinta de artículo 391 N° 1 del Código Penal. Estimaron concurrentes la alevosía por haber obrado sobre seguro, toda vez que



se trataba de víctimas privadas de libertad, atadas y sin ninguna posibilidad de sustraerse a dichas acciones; así como, la premeditación conocida, por cuanto, hubo una preparación consistente en la revisión y estudio de sus antecedentes, unido al propósito de darles muerte, por lo que se les recogió desde el lugar en que se encontraban, fueron trasladadas a un sector solitario y ultimadas, mientras se encontraban inermes y desarmadas.

Por su parte, los hechos descritos en el párrafo segundo del considerando precedente, fueron tipificados como delitos reiterados de secuestro calificado que contempla el artículo 141 inciso 1º y final del Código Penal, según el texto vigente a la fecha de perpetración de los ilícitos y que se califica por el tiempo en que se prolongó la acción, esto es, por más de 90 días y las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona o intereses del ofendido; situación que ocurrió en la especie, pues aún se desconoce el paradero de éstos.

DÉCIMO: Que, además el tribunal de primera instancia calificó los hechos como constitutivos de crímenes de lesa humanidad, conforme a lo establecido en diversos instrumentos internacionales, y aún cuando algunos de estos no se encontraban ratificados y vigentes en nuestro país a la época de los hechos, formaban parte del *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional (Art. 53 de la Convención de Viena), lo que fue compartido por el tribunal de alzada en su fundamento séptimo en el que expresó que tanto el delito de homicidio calificado como el de secuestro de que se hizo objeto a las víctimas, constituye precisamente un delito de lesa humanidad conforme prescribe el Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente internacionalmente, en su artículo 7º, según el cual “*A los efectos del presente estatuto se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, a) Asesinato*”.

I.-EN CUANTO AL ASPECTO PENAL.

1.-RESPECTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA.



UNDÉCIMO: Que para mayor claridad de lo que se debe resolver, es conveniente abocarse primero a la nulidad formal deducida por el Programa Continuación Ley 19.123, el Consejo de Defensa del Estado y la querellante, quienes apoyan su crítica en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haberse extendido la sentencia en la forma dispuesta por la ley, en consonancia con los artículos 500 N° 4 y 544 inciso final del Código de Procedimiento Penal y el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, al carecer de consideraciones de hecho que sirvan de fundamento a la sentencia e incurrir en razonamientos contradictorios.

De la lectura de los recursos se advierte precisamente que lo que se le reprocha a los jueces, en síntesis, es la ausencia de fundamentación para, por una parte, suprimir los delitos reiterados de secuestro simple y, por la otra, asentar la existencia de una sentencia pronunciada por un Consejo de Guerra, sobre la cual se construyó el error de prohibición, como causal eximente de responsabilidad penal, que permitió la absolución de los sentenciados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz.

Con estos argumentos los recurrentes solicitaron la invalidación de la sentencia, a fin que en su reemplazo se resuelva confirmar la de primera instancia.

DUODÉCIMO: Que, al efecto y en cuanto a los requisitos que han de cumplirse en la redacción de las sentencias en materia criminal, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral cuarto exige que la sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben contener “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”.

DÉCIMO TERCERO: Que, en este sentido, cabe tener en consideración que dicho motivo de invalidación tiene -según constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia



basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requisitos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o legalidad de las afirmaciones que contenga, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuírseles.

DÉCIMO CUARTO: Que, no está de más recordar que la exigencia del legislador respecto de la inclusión de los razonamientos del juez fallador en sus dictámenes cumple el objetivo de evitar arbitrariedades en sus resoluciones, y es a la luz de este pensamiento que se han contemplado las normas relativas a los contenidos de las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración a través del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, por ser la fundamentación de las sentencias una garantía de la correcta administración de justicia.

DÉCIMO QUINTO: Que, de un atento estudio de la sentencia impugnada, se constata que ella no adolece de las falencias denunciadas, en los términos acotados en la reflexión anterior, pues en los fundamentos décimo y duodécimo se explicitan acabadamente los racionios que le sirven de soporte.

En efecto, respecto de la primera exigencia que las impugnantes echan de menos, esto es, los razonamientos para estimar que no se configuran los delitos reiterados de secuestro simple, es posible advertir que en el fundamento décimo de la sentencia en alzada, se consigna la dinámica de lo ocurrido durante la noche del 16 de octubre de 1973 y que afectó a Alfonso Gamboa, Atilio Ugarte, Fernando Carvajal, Agapito Carvajal, Winston Cabello, Manuel Cortázar, Raúl Guardia, Raúl Larravide, Edwin Mancilla, Adolfo Pallas, Héctor Vincenti, Pedro Pérez y Jaime Sierra, expresándose las razones de hecho que se tuvieron presente para resolver el asunto.

A su vez, el considerando duodécimo singularizó los elementos de prueba que llevaron a los sentenciadores a tener por establecida la existencia de un Consejo de Guerra, que los llevó a la absolución de los acusados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz.



DÉCIMO SEXTO: Que, del examen de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, es posible apreciar que los sentenciadores expresaron las motivaciones en torno a los fundamentos de hecho por los cuales se estimó que no se configuraban los delitos reiterados de secuestro simple, así como, las consideraciones por las cuales concluyeron que a los acusados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz les beneficiaba una causal eximente de responsabilidad penal. Por ello, no son exactas las transgresiones imputadas al fallo en estudio, desde que, más que la ausencia de consideraciones se reprobaba la fundamentación de los jueces de la instancia para decidir de la forma en que lo han hecho. Así las cosas, no se configura la causal de invalidación formal esgrimida por el Programa Continuación Ley 19.123, el Fisco de Chile y la querellante, la que habrá de ser desestimada.

2.-EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL FONDO:

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, los recursos de casación en el fondo promovidos por el Consejo de Defensa del Estado y el Programa de Continuación Ley 19.123, se sustentan en unas mismas causales y denuncian, en lo fundamental, los mismos errores de derecho, por lo que se procederá a su estudio y decisión conjunta.

DECIMO OCTAVO: Que, según consta de la sentencia de primer grado, Sergio Carlos Arredondo González, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Patricio Ramón Félix Díaz Araneda, Ricardo Fernando Yáñez Mora, Marcelo Arnaldo Marambio Molina y Waldo Antonio Ojeda Torrent fueron condenados como autores de los delitos reiterados de secuestro simple y homicidio calificado de Alfonso Gamboa, Atilio Ugarte, Fernando Carvajal, Agapito Carvajal, Winston Cabello, Manuel Cortázar, Raúl Guardia, Raúl Larravide, Edwin Mancilla, Adolfo Pallas, Héctor Vincenti, Pedro Pérez y Jaime Sierra.

DECIMO NOVENO: Que, en cambio, el fallo que se revisa postula que en el traslado de los detenidos desde donde se hallaban privados de libertad hasta el lugar donde se les dio muerte no existió solución de continuidad, por lo que la



extracción de las víctimas tuvo por único objeto concretar su muerte, no siendo posible apreciar otro designio criminal diferente al de quitarles la vida.

Sobre ese tópico, el tribunal de alzada concluyó la imposibilidad de sancionar a los encartados como autores de los delitos reiterados de secuestro simple de las trece víctimas antes individualizadas, pues su extracción de los lugares de detención no tuvo por finalidad concretar otros sendos delitos de secuestro sino, sin más, conducirlos a un lugar apartado y seguro donde serían eliminados, conforme había sido la decisión previamente adoptada; situación que por lo demás estaba enmarcada dentro del *modus operandi* mostrado en las demás ciudades donde hicieron escala los oficiales de la comitiva arribada pocas horas antes a la ciudad, al mando del General Sergio Arellano Stark.

VIGESIMO: Que, por otra parte, según consta de fojas 4950, los acusados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz fueron acusados como coautores del delito reiterado de secuestro calificado en las personas de Ricardo García Posada, Maguindo Castillo Andrade y Benito Tapia Tapia, cometidos en Copiapó el día 17 de octubre de 1973.

VIGESIMO PRIMERO: Que, en torno a esta acusación, la sentencia que se revisa asentó que existieron indicios que Ricardo García, Maguindo Castillo y Benito Tapia fueron sometidos a un Consejo de Guerra y condenados a muerte mediante una sentencia que habría firmado el General Arellano, como Oficial Delegado del Comandante en Jefe Augusto Pinochet Ugarte. Para ello los sentenciadores tuvieron en consideración: el documento de fojas 1885, consistente en el Oficio acompañado por el General Lagos, que refiere una relación de personas ejecutadas en el CAJSI de la Primera División de Ejército, dirigido al Comandante en Jefe del Ejército, fechado el 31 de octubre de 1973, en la que aparecen mencionados los ejecutados García, Tapia y Castillo, como sometidos a un Consejo de Guerra por su actuación en la mina del Salvador; los antecedentes agregados por el Programa Continuación Ley 19.123 de fs. 230 y siguientes, que dan cuenta que el 18 de octubre de 1973 las mujeres de los



antedichos prisioneros recibieron una comunicación del Secretario del Consejo de Guerra, sin nombre y firma, notificándoles que sus respectivos cónyuges habían sido ejecutados ese mismo día a las 4:00 horas en virtud del Consejo de Guerra N° 3, cuya sentencia fue aprobada por la H. Junta de Gobierno; el documento de fs. 1941, que carece de firmas, fechado el 17 de octubre de 1973, con apariencia de una resolución judicial, que señala haberse instruido sumario contra algunas personas, entre ellas, García Posada, Castillo Arrendondo y Tapia Tapia, a quienes se les condena a la pena de muerte, extendida por Oscar Haag, TCL Presidente del Consejo, Carlos Enriotti Blay, May. Vocal, Daniel Rojas Hidalgo, Auditor y Fernando Castillo Cruz, Secretario; el documento de fojas 1955, correspondiente a un formulario de la Fiscalía Militar de Copiapó, consistente en un acta de entrega y recepción de la Fiscalía, que consigna en el rubro sentencias la dictada en causa 385-73 contra Ricardo García, Maguindo Castillo y Benito Tapia, condenados a la pena de muerte; el documento de fojas 1970 acompañado por escrito por Daniel Rojas, que refiere que en contra de Ricardo García, Maguindo Castillo y Benito Tapia, se siguió un Consejo de Guerra por el cual finalmente fueron condenados a muerte y ejecutados y; el testimonio de fojas 925 de Daniel Rojas Hidalgo, que consigna haberle correspondido redactar todas las sentencias del Consejo de guerra, precisando que la única en que se aplicaba la pena de muerte era la referida a Ricardo García Posada, Maguindo Castillo y Benito Tapia.

Así las cosas, la sentencia apunta que es éste el marco en el cual se produce la intervención de los procesados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz, quienes afirmaron su convencimiento de ser auténtica y ajustada a derecho la orden recibida de fusilar a los tres detenidos, lo que llevó al Tribunal a concluir que la situación descrita se encuadra dentro del instituto de error de prohibición, que afecta la conciencia de la antijuridicidad, y que se haya constituido concretamente en el caso *sub lite* por la noción – errada por cierto - de hallarse la conducta justificada por la concurrencia de una causal de liberación (en realidad



inexistente), cual fue la de existir una orden legítima que disponía la concreción de un hecho típico, que corresponde al que ha sido tipificado como secuestro calificado por no haberse hallado hasta ahora los restos de las tres víctimas.

Por otra parte, el fallo asienta, que el expresado error de prohibición, dadas las circunstancias fácticas en que se produjo, los mandos y autoridades militares que intervinieron, sumados a la edad y poca experiencia de los procesados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz, que eran jóvenes oficiales, Subtenientes a la fecha de los hechos, permite estimarlo como insuperable y consecuentemente excluye su culpabilidad.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, como ya se sabe nuestro Código de Procedimiento Penal en la decisión de determinar un sistema racional de prueba, no optó por la fórmula de sistema de la certeza legal o verdad formal ni tampoco aquel método de entregar el establecimiento de los hechos a la libre conciencia o convicción del juez, escogiendo un término medio que corresponde al de la certeza legal condenatoria y moral absolutoria, como lo evidencia el mensaje de dicho cuerpo normativo en cuanto expresa: *“De aquí que este proyecto consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo”*.

Sobre este punto la jurisprudencia ha sido constante, que el artículo 456 bis del Código del ramo, si bien no es una norma reguladora de la prueba ni contiene una disposición de carácter decisorio litis, sí se limita a consignar una disposición encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción de condena, agregando que en esta materia no es posible rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso.



(Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Penal. Editorial Jurídica de Chile. Página 124).-

De modo que la aludida norma, solo debe entenderse con respecto al juez que sentencia, como un mandato que lo obliga a condenar sólo cuando se ha persuadido de la comisión de un hecho punible y participación culpable, convicción que solo es válida en la medida que haya sido adquirida por los medios de prueba legal. Este criterio no es del mismo modo aceptable para absolver porque en este caso la decisión es de carácter moral, permitiéndole la ley al juez la libertad para apreciar los antecedentes de la causa y decidir no sancionar cuando no se ha formado esa convicción de condena. Así lo ha sostenido un fallo de este Tribunal, declarando al respecto: *“Conforme al espíritu de nuestra legislación, el estudio de la prueba en procesos criminales plantea para los jueces dos situaciones en orden a sus fallos, ya sea que se trate de absolver o de condenar a un inculpado. Los jueces tienen libertad para apreciar los antecedentes de la causa y fallar absolviendo a los inculpados cuando no se han formado convicción acerca de la existencia del delito o de la participación punible de aquéllos; pero no pueden proceder de igual modo cuando imponen condenas. En este último caso la libertad del juzgador queda restringida por la obligación que impone la ley de asentar el convencimiento en la demostración de que ese convencimiento se ha adquirido en virtud de que la existencia del hecho punible y la responsabilidad del reo se han establecido por medio de prueba legal. Para condenar, debe el juez basarse en que existen hechos punibles y responsabilidad criminal acreditados por medio de dicha prueba.”* (C.Suprema, 6 septiembre 1948. G,1948, 2° sem., N°54, p.323).

VIGESIMO TERCERO: Que de este modo, fue asentado por los jueces de la instancia, luego del examen de toda la prueba producida en la investigación de estos hechos punibles, su imposibilidad de sancionar a los encartados Sergio Carlos Arredondo González, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Patricio Ramón Félix Díaz Araneda, Ricardo Fernando Yáñez Mora, Marcelo Arnaldo Marambio Molina y Waldo Antonio Ojeda Torrent como autores de los delitos reiterados de



secuestro simple de Alfonso Gamboa, Atilio Ugarte, Fernando Carvajal, Agapito Carvajal, Winston Cabello, Manuel Cortázar, Raúl Guardia, Raúl Larravide, Edwin Mancilla, Adolfo Palleras, Héctor Vincenti, Pedro Pérez y Jaime Sierra; y a los acusados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz como coautores del delito reiterado de secuestro calificado en las personas de Ricardo García Posada, Maguindo Castillo Andrade y Benito Tapia Tapia, apareciendo como evidente que los sentenciadores no adquirieron la certeza legal exigida para condenar, por lo que se encontraban en la situación contraria, aceptada por la ley, de la certeza moral absolutoria, y habiéndose descartado la existencia de un vicio de casación en la forma, en cuanto al contenido mismo de la sentencia analizada, resulta necesario examinar los libelos impugnatorios de dicha decisión.

VIGESIMO CUARTO: Que, tal como se consignó precedentemente, los recursos deducidos por el Programa Continuación Ley 19.123 y el Consejo de Defensa del Estado, se basan en la concurrencia de las causales de nulidad previstas en los números 4, 7 y 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. La primera de ella permite la invalidación de la sentencia definitiva, en cuanto ésta ha calificado como lícito un hecho que la ley pena como delito y en tal virtud se absuelve al acusado. El segundo motivo es el quebrantamiento de las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado. La última causal se produce cuando se ha errado, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al acusado en el delito, en la calificación de los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad penal o en la fijación de la naturaleza y grado de la pena.

Desde luego, la primera cuestión de nulidad sustancial denunciada supone un error jurídico sobre la base de haber estimado la resolución recurrida configurado el hecho punible y además, demostrada la participación punible de los acusados, estableciendo el dictamen hechos configurativos de tales supuestos condenatorios y pese a ello se dicte una decisión de absolución, lo que no se



produce en este caso, como se señaló en las motivaciones anteriores, en ambos extremos aludidos. Luego, para convenir con los recursos, necesariamente deberá acreditarse entonces la vulneración de las normas demostrativas de la evidencia, cuestión que el recurso propone sobre la base de un número importante de leyes que se pretenden reguladoras de la prueba. Estas, acorde a la doctrina y la jurisprudencia, son aquellas normas básicas que importan una limitación de las facultades privativas de los sentenciadores en la valoración de la prueba, y cuya infracción se produce, sustancialmente, cuando se invierte el peso de la prueba; cuando se rechaza un medio probatorio que la ley autoriza, o cuando se acepta uno que la ley repudia y cuando se altera el valor probatorio que el legislador otorga a los diversos medios de prueba. Esta restricción dice relación con los límites a que se hallan sometidos los jueces, en este caso la Corte Suprema, precisamente para evitar que este tribunal se transforme en una tercera instancia, puesto que en materia de casación en el fondo le está vedado entrar a examinar, ponderar o aquilatar los medios probatorios mismos, ya justipreciados por los jueces del grado en el ejercicio de sus facultades soberanas, y a revisar las conclusiones a que éstos hayan llegado al respecto. (Jurisprudencia citada en el Repertorio antes indicado, páginas 276 y 278).

VIGESIMO QUINTO: Que, en la especie, los dos recursos de casación en el fondo, con más o menos similares argumentos de convicción denuncian el quebrantamiento de los artículos 1, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 25, 28, 50 y 141 del Código Penal, 482 y 488 números 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal y 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar. Para ello atacan las declaraciones de los jueces de la instancia, asegurando por el contrario que los hechos acontecidos durante la noche del 16 de octubre de 1973, no sólo consistieron en un mero traslado de detenidos, sino que también configuran el hecho típico y antijurídico del artículo 141 inciso primero y final del Código Penal, cuestionando además que los sentenciadores establecieran la existencia de un Consejo de Guerra, que



permitiera estimar la conducta atribuida a Castillo Cruz y Herbstaedt Gálvez como lícita, aduciendo un falso error de prohibición.

En concreto, los recursos, en torno a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, discurren sólo sobre un aspecto de la cuestión, esto es, la valoración ilegítima que en su entender dieron los sentenciadores a las indicadas normas probatorias. Con ello, el reclamo no se dirige al hecho que los jueces hayan errado en torno a la carga de la prueba, ni que hayan rechazado un medio probatorio que la ley autoriza o hayan admitido uno que la ley repudia, por lo que en ese entendido, en el presente caso, las normas invocadas, en su aspecto valorativo, no son reguladoras de la prueba. Así las cosas, en los aspectos impugnados por los recursos, los jueces de la instancia estaban solo extremados a justificar por los medios de prueba legal el hecho punible y la participación culpable, pero por ser la sentencia absolutoria ese rigor disminuye, ya que como se dijo el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, exige una convicción mayor a la de certeza que de no lograrse le permite adoptar esa decisión de convicción moral absolutoria, cuestión privativa de los jueces del fondo y que por lo antes dicho es prohibido a la Corte Suprema modificar o verificar la legitimidad de esa valoración.

VIGESIMO SEXTO: Que aparte de lo dicho, este tribunal ha señalado reiteradamente que sólo los requisitos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal pueden ser controladas por la vía del recurso que se ha deducido, pero sólo en cuanto se impugne que las presunciones asentadas se funden en hechos reales y probados, y en lo referido a su multiplicidad, carga argumentativa que no es la que se ha expresado.

En efecto, una atenta lectura de los recursos deducidos a fojas 7909 y 7952 revela que lo recusado es la ponderación que se hizo de los elementos reunidos en el curso de la indagación, materia que resulta ajena al control de este tribunal, pues importaría volver a examinar los elementos probatorios que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus facultades



exclusivas y revisar las conclusiones a que ellos han llegado, desnaturalizando el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en temas de derecho.

Como los jueces del fondo son soberanos en lo que atañe al establecimiento de los hechos y a la valoración de la prueba que obra en la litis con arreglo a las leyes rectoras, la distinta apreciación que puedan hacer los recurrentes conforme a la cual arriban a conclusiones diversas, como queda en evidencia del análisis de las individualizadas presentaciones, no faculta a esta Corte para revisar la decisión, por no quedar tal devenir dentro de la esfera de control del Tribunal de Casación.

Que de este modo, ante la inexistencia de vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, quedan vigentes los hechos establecidos por los jueces de la instancia en cuanto no estimaron configurados los delitos reiterados de secuestro simple de Alfonso Gamboa, Atilio Ugarte, Fernando Carvajal, Agapito Carvajal, Winston Cabello, Manuel Cortázar, Raúl Guardia, Raúl Larravide, Edwin Mancilla, Adolfo Palleras, Héctor Vincenti, Pedro Pérez y Jaime Sierra, ni la participación culpable de los acusados Edwin Herbstaedt Gálvez y Fernando Castillo Cruz que se les atribuyó como coautores del delito reiterado de secuestro calificado de Ricardo García Posada, Maguindo Castillo Andrade y Benito Tapia Tapia, por lo que tampoco concurren las infracciones a las leyes de fondo que se han denunciado para justificar las causales de nulidad previstas en el N ° 4 y N ° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

VIGESIMO SEPTIMO : Que en tanto, por el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del sentenciado Espinoza Bravo, como ya se dijo, se invoca la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la causal tercera del mismo precepto, por infracción de los artículos 459 y 488 N°1 y N° 2 todos del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 15 N° 3, 391 N°1 y 141 inciso primero del Código Penal, dado que el fallo de segundo grado establece la participación del condenado Espinoza



Bravo, en base a presunciones judiciales que no cumplen las exigencias del citado artículo 488.

VIGESIMO OCTAVO: Que, si bien el recurso menciona tangencialmente como norma infringida por los recurridos, el artículo 15 N° 3 del Código Penal, no desarrolla ni motiva la existencia de algún error de los sentenciadores al estimar que la participación atribuida al acusado Espinoza Bravo se encuadra o subsume en dicho precepto. En efecto, en el recurso sólo se alude a dicha disposición al citar el razonamiento del juez de primer grado quien estima que esa es la calidad o tipo de participación que corresponde al acusado, pero sin que el recurrente se detenga a cuestionar jurídica y fundadamente la aplicación de esa disposición, exponiendo, por ejemplo, cuáles son, en su opinión, las situaciones que abarca y comprende, y por qué los medios probatorios en que se apoyan los sentenciadores para formar su convicción no permiten establecer hechos que se puedan incluir en alguna de dichas situaciones.

Cabe recordar que, conforme al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil el recurso de casación en el fondo procede sólo -y para los efectos que interesa a este examen- respecto de las sentencias definitivas dictadas con infracción de ley, es decir, cuando los sentenciadores han incurrido en errores de derecho, siempre que los yerros referidos hayan influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado. De lo expuesto resulta clara la necesidad de que el recurrente, a través de la denuncia de todas las normas vulneradas, permita a esta Corte pronunciarse en los términos pretendidos, lo que no sucede en la especie desde que se ha omitido en el recurso, como ya se ha dicho, denunciar y desarrollar la vulneración de la norma en base a la cual los recurridos consideran al encausado Bravo Espinoza como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado y secuestro calificado que sustentan la decisión de condena, norma decisoria que resultaba imprescindible para decidir el fondo del asunto. Asimismo, lo anterior permite concluir que se considera que tal precepto omitido -artículo 15 N° 3 del Código Penal-, que tiene la calidad de decisorio de la litis, ha sido



correctamente aplicado en la forma ya señalada, y es por esta circunstancia que el recurso de casación en el fondo no puede prosperar, puesto que aún en el evento que esta Corte concordara con el recurrente en el sentido de haberse producido los errores que denuncia en la aplicación de las normas reguladoras de la prueba -lo que no ocurre como a continuación se dirá-, tendría que declarar que esas infracciones no influyen en lo dispositivo de la sentencia.

VIGESIMO NOVENO: Que, sin perjuicio de lo expuesto y concluido en los dos basamentos precedentes, bastante ya para desestimar el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del encartado Espinoza Bravo, no está demás consignar que el juez de primer grado, en los basamentos séptimo, octavo y noveno de su fallo establece la participación de aquél en los ilícitos de autos, basado en sus propios dichos, junto a los demás atestados prestados por diversas personas en el proceso, todo lo cual constituye un conjunto de elementos que, ponderados por el sentenciador, y cumpliendo los extremos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, constituye prueba completa de la participación atribuida.

Y engarzado a esto último, respecto de cómo se habría vulnerado el mencionado artículo 488 por los sentenciadores y, en particular, cuál de los cinco extremos que contempla no se habría satisfecho u omitido en la especie -y qué específico requisito dentro de cada uno de ellos-, nada dice el recurrente, con lo cual anuncia una infracción genérica, sin después fundamentar cómo ésta se produce en concreto, carga argumentativa especialmente intensa si se cuestiona el aludido artículo 488, el que sólo en específicos aspectos de sus diversos elementos puede catalogarse como una norma reguladora de la prueba, como ya se señaló en razonamientos anteriores.

Que, así las cosas, al haber sido desestimada la causal N° 7, que permitía la modificación de los hechos asentados en la causa, resulta imposible admitir la segunda hipótesis de nulidad de fondo hecha valer, esto es, la asentada en el numeral 3°, al encontrarse firmes tales supuestos fácticos, los que satisfacen el



título de imputación que se invoca, esto es, como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado y secuestro calificado.

De esa manera, lo que se ha venido explicando en este apartado, así como lo reflexionado en las dos consideraciones precedentes, conducen a desestimar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Pedro Espinoza Bravo.

TRIGESIMO: Que en lo que atañe a los recursos de casación en el fondo deducidos a favor del condenado Waldo Ojeda Torrent a fojas 7865 y a favor de Marcelo Marambio Molina a fojas 7932, es menester asentar que como es de sobra conocido, el recurso de casación en el fondo constituye un modo de impugnación dotado por la ley de una serie de formalidades que le dan el carácter de derecho estricto, con lo cual se impone a quienes lo deducen que su formulación precisen con claridad en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, de tal modo que pueda exponerse con exactitud la infracción de ley que le atribuyen al fallo atacado y cómo ese vicio constituye alguna o algunas de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Esta exigencia impide que puedan proponerse por los recurrentes motivos de nulidad subsidiarios o contradictorios unos de otros, ya que al plantearse de esta forma provoca que el arbitrio carezca de la certeza y determinación del vicio sustancial, con lo cual sería el tribunal el que tendría que determinarlo y no los recurrentes, imponiéndole al fallador de manera improcedente la elección del defecto que pudiera adolecer el fallo cuestionado.

TRIGESIMO PRIMERO: Que acorde a lo anterior, cabe advertir que la impugnación hecha por la defensa de Waldo Ojeda Torrent al fallo recurrido se funda en las causales contempladas en los numerales primero y quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Por la primera causal, solicita la absolución de su representado, aceptando la existencia del hecho punible y su participación, pero estimando que a su favor se configura, ya sea la eximente de responsabilidad penal prevista en el N°9 del artículo 10 del Código Penal o la del



Nº10 del mismo cuerpo legal, en relación con los artículos 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar. Señala que Ojeda Torrent recibió una orden directa e inmediata de un superior, el capitán Díaz, la que representó y que luego le fue imposible dejar de cumplir, razón por la cual su participación estuvo ausente de dolo o culpa, al haber obrado violentado por una fuerza irresistible, miedo insuperable o por el cumplimiento de un deber derivado de su formación militar, que imponía cumplir la orden del superior dentro de la cadena de mando jerárquico. A continuación, derivado de los mismos hechos anteriormente mencionados, insta por la imposición de un castigo menor, producto de la concurrencia de la circunstancia establecida en el artículo 11 Nº 1 del Código Penal.

Finalmente, denuncia la infracción del numeral 5º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por encontrarse extinguida su responsabilidad penal, por la prescripción de la acción penal y también solicita una sanción menor por aplicación del artículo 103 del Código Penal.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, por su parte, la defensa de Marcelo Marambio Molina asienta su impugnación en el numeral primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, solicitando su absolución por estar exento de responsabilidad penal, al concurrir a su favor el artículo 10 Nº 10 del Código Penal, en relación con los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, para luego pedir que también se le considere la atenuante del ya mencionado artículo 211 y la rebaja de grado de la pena por aplicación del artículo 214 del Código de Justicia Militar e instar por la imposición de una pena menor, considerando también la aplicación del artículo 103 y 68 inciso tercero del Código Penal.

TRIGESIMO TERCERO: Que, así las cosas, del libelo de la defensa de Waldo Ojeda Torrent surge entonces que el compareciente intenta la invalidación del fallo con el propósito de obtener una sentencia absolutoria por dos vías diversas, bien porque está exento de responsabilidad penal, para lo cual también invoca dos alternativas, esto es, por la concurrencia de los artículos 10 Nº 9 o 10



N° 10 del Código Penal o porque esta extinguida su responsabilidad por la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, enseguida endereza el arbitrio hacia la finalidad de lograr una pena atenuada, como corolario de verse favorecido por los mismos hechos anteriormente mencionados con la atenuante del artículo 11 N° 1 del Código Penal, para finalmente estimar que a su favor concurre el artículo 103 del mismo cuerpo legal, que el fallo rechaza.

Por su parte, la defensa de Marcelo Marambio Molina también pretende la nulidad de la sentencia y obtener una sentencia absolutoria por encontrarse exento de responsabilidad penal, fundado en el artículo 10 N°10 del Código Penal, para acto seguido solicitar la imposición de una pena menor por operar a su favor las atenuantes del artículo 211 y 214 del Código de Justicia Militar y finalmente la del artículo 103 del Código Penal.

Por ello, entonces, lo que los comparecientes empiezan por desconocer, termina siendo aceptado. En consecuencia, se trata, de motivos incompatibles entre sí, basados en supuestos distintos, contradictorios e inconciliables, que se anulan recíprocamente, totalmente ajenos al recurso de derecho estricto que es el de casación.

TRIGESIMO CUARTO: Que en las circunstancias expuestas y como consecuencia de las antinomias anotadas, no se ha dado cumplimiento a las exigencias de mencionar expresa y determinadamente la forma en que se ha producido la infracción de ley que motiva el recurso, como ordena el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

Dadas las consideraciones precedentes, representativas de graves imprecisiones en las formalizaciones de los individualizados libelos, contrarias a la naturaleza y fines de este recurso de nulidad, procede desestimar, en todos sus capítulos, los promovidos en autos en representación de los condenados Waldo Ojeda Torrent y Marcelo Marambio Molina.



TRIGESIMO QUINTO: Que en lo relativo a los recursos deducidos a fojas 7905 y 7837 por las defensas de Patricio Díaz Araneda y Ricardo Yáñez Mora, referido a la configuración de la causal 1ª el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el equivocado rechazo de la minorante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal, resulta necesario anotar que los jueces del fondo, han compartido los razonamientos de la juez a quo para estimar que los delitos de secuestro y homicidio cometidos en forma reiterada, con ocasión del viaje al norte del país, efectuado por la comitiva comandada por el General de Ejército Sergio Arellano Stark se tratan de delitos de lesa humanidad, agregando en sus fundamentos séptimo y octavo que por lo anterior resulta incuestionable la imprescriptibilidad de aquellos, razón que también ha de tenerse en consideración en relación con la prescripción gradual, pues los mismos fundamentos son los que impiden el acogimiento del artículo 103 del Código Penal.

TRIGESIMO SEXTO: Que en lo concerniente a esta infracción y asentado como lo ha sido en el proceso el carácter de delito de lesa humanidad de los ilícitos pesquisados, esta Corte comparte el criterio sustentado en el fallo, de manera que no es posible, entonces, sostener que se ha errado al desestimar la referida minorante de responsabilidad penal, toda vez que su concurrencia no es procedente en el caso que se revisa, por lo que los recursos, en este aspecto, deberán ser rechazados.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que, la defensa de Ricardo Yáñez Mora, como segundo capítulo del recurso, denunció como error de derecho la no aplicación a favor de su representado, de las minorantes de responsabilidad penal del artículo 11 N° 6 y 11 N° 9 del Código Penal, apareciendo con ello de manifiesto que tal cuestionamiento apunta a los hechos establecidos, pues para que prosperen han debido quedar asentadas aquellas circunstancias fácticas que permitan sostener respecto de este enjuiciado que su conducta pretérita merece el reconocimiento de la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y que sus declaraciones



prestadas durante el proceso configuran la circunstancia del artículo 11 N° 9 del mismo cuerpo legal, lo que no aconteció en la especie.

TRIGESIMO OCTAVO: Que, como corolario de lo anterior y en atención a lo razonado precedentemente, tampoco resulta posible admitir, entonces, el capítulo de la infracción de lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, denunciado por las defensas de Patricio Díaz y Ricardo Yáñez en sus respectivos libelos, por cuanto la pena ha sido correctamente determinada sobre la base de las modificatorias de responsabilidad penal asentadas en el proceso.

II.- EN CUANTO AL ASPECTO CIVIL:

TRIGESIMO NOVENO: Que, en lo referido a la decisión civil contenida en el fallo atacado, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, deduce en el segundo otrosí de fojas 7961 recurso de casación en el fondo denunciando violación de los artículos 17 a 27 de la Ley 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, porque se concedió a los demandantes una indemnización, en circunstancias que ya habían sido reparados por el mismo hecho, al haber sido resarcidas con los beneficios de la ley citada que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Afirma que la Ley 19.123 estableció a favor de los familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, una bonificación compensatoria y una pensión mensual, así como beneficios sociales, lo que ya ha satisfecho las pretensiones o indemnizaciones aquí reclamadas.

En segundo término, denuncia infringidos los artículos 2 N°1, 17, 18,19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 19.213; y 19 y 22 inciso 1° del Código Civil, al haber desestimado la excepción de preterición legal respecto de las demandantes excluidas por las leyes de reparación, no obstante que por un criterio lógico la reparación pecuniaria debe estar destinada a quienes son y fueron los más directamente afectados en los procesos de violación a los derechos humanos acontecidos en nuestro país.



A continuación denunció que lo resuelto infringe los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil, todos ellos en relación a los artículos 19 y 22 inciso 1º de ese mismo cuerpo normativo, lo que se produjo al haberse dejado de aplicar al caso concreto las normas de derecho interno sobre prescripción.

Explica que el artículo 2332 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para la prescripción de las acciones civiles indemnizatorias, el que no se aplicó en la situación de autos bajo el argumento que se trataba de acciones provenientes de violación de derechos humanos que serían imprescriptibles, con lo cual se negó aplicación a la prescripción como regla general.

Es un hecho que la demanda se notificó el once de octubre de dos mil trece, de modo que se dejó de aplicar la norma en estudio y, a consecuencia de ello, lo mismo ocurrió con los artículos 2497 y 2492 del Código Civil que ordenan la procedencia de las reglas de la prescripción contra el Estado y como regla general. Lo mismo sucede con el artículo 2514 de ese cuerpo normativo, que sólo exige el transcurso del tiempo para que tenga lugar la prescripción.

Aduce el recurrente que el error de derecho se comete porque los jueces desatendieron el claro sentido que emana del tenor literal de las disposiciones legales citadas, lo que también importa una infracción a las normas de interpretación del artículo 19 inciso 1º del Código Civil, como asimismo, debieron los jueces considerar el contexto de la ley para que existiera la debida correspondencia entre ellas, en especial con lo dispuesto en el artículo 2497 del Código Civil.

El representante del Fisco también denuncia falsa aplicación de las normas de derecho internacional sobre derechos humanos que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. Sostiene que la sentencia extendió la imprescriptibilidad prevista para el ámbito penal en derechos humanos a los aspectos civiles que se han entregado a la regulación del derecho interno y que significa además, una grave confusión de categorías jurídicas. Sostiene,



también, que en la sentencia nada se dijo sobre disposiciones concretas que avalen la imprescriptibilidad en materia civil, efecto que tampoco está establecido en ningún tratado internacional ni reconocido en principios de derecho internacional o *ius cogens*.

Todo lo anterior le permite solicitar, para el caso de acoger el recurso deducido, la anulación de la sentencia impugnada y que se dicte en su lugar una que rechace la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos.

CUADRAGESIMO: Que, por último, en lo referido a la sección civil del fallo, por el que se denuncian diversas infracciones de ley en relación a la imprescriptibilidad declarada de la acción civil de indemnización de perjuicio, cabe considerar que toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar los ilícitos, declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer las acciones civiles indemnizatorias derivada de los delitos que se ha tenido por acreditados.

Así entonces tratándose de delitos de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que las acciones civiles indemnizatorias estén sujetas a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescritas las acciones intentadas por los actores contra el Estado de Chile.



A resultas de lo explicado, no era aplicable la normativa interna del Código Civil, cuyo diseño y redacción no es propio a la naturaleza de los hechos indagados en este proceso y que, como ya se adelantó, corresponden a delitos de lesa humanidad, por lo que no es posible sujetar las acciones civiles indemnizatorias a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, como reclama el representante del Fisco. Se trata de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como los que aquí se estudian, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda. A lo anterior lo obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.



El artículo 6° de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las “Bases de la Institucionalidad” -por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción- y ordena que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. El mismo artículo 6° enseña que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, y concluye señalando que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De este modo, no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que en cuanto a la alegación del Fisco de Chile para que se declaren improcedentes las indemnizaciones por daño moral que se han demandado en razón de que de conformidad con la Ley N° 19.123 los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización, tal alegación debe ser igualmente rechazada, por cuanto la ley citada que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. Se



trata en consecuencia de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere haber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, finalmente, también procede rechazar el recurso en cuanto postula la supuesta preterición legal sobre la base de una supuesta decisión del legislador, que habría privilegiado el resarcimiento los familiares más próximos al afectado, ya que cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar, existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar su concurrencia y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso está satisfecho.

CUADRAGESIMO TERCERO: Que, en consecuencia, no se han producido los errores de derecho denunciados en el recurso que se analiza, por lo que también será desestimado.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que :



I.- Se rechazan los recursos de casación en la forma formalizados por el Programa Continuación Ley 19.123, el Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile y la parte querellante representada por Cristián Cruz a fojas 7909, 7961 y 7943, respectivamente.

II.-Se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos por las defensas de los sentenciados Waldo Ojeda Torrent a fojas 7865, Patricio Díaz Araneda a fojas 7905, Pedro Espinoza Bravo a fojas 7952, Ricardo Yáñez Parra a fojas 7837 y Marcelo Marambio Molina a fojas 7932, así como, por el Programa Continuación Ley 19.123 y el Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile a fojas 7909 y 7961 respectivamente, en contra de la sentencia de ocho de julio de dos mil dieciséis, escrita fojas 7820 y siguientes, la que en consecuencia no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo de los arbitrios interpuestos por la defensa de los condenados, en lo que se refiere específicamente a la circunstancia especial contenida en el artículo 103 del Código Penal, por los siguientes motivos:

1.- En cuanto al delito de secuestro, su carácter de permanente, en que el estado antijurídico causado se mantiene en el tiempo, impide tener una fecha cierta y precisa a partir de la cual pueda contarse el tiempo o período de prescripción de la acción penal a que alude el precepto citado.

2.- En cuanto a los delitos de homicidio calificado, no obstante ser delitos instantáneos y proceder, genéricamente, la atenuante de que se trata, no estuvo por aplicarla en la especie y no hace por tanto, uso de la facultad conferida por los artículos 65 y siguientes del Código Penal, atendido el extenso número de víctimas alevosamente asesinadas y las reprobables circunstancias de comisión de los ilícitos.

Acordado el rechazo de los recursos deducidos por las defensas Patricio Díaz y Ricardo Yáñez, con el voto en contra del Ministro señor Cisternas y el Abogado Integrante Sr. Rodríguez quienes fueron del parecer de



acogerlo en lo referido a la media prescripción de la acción penal y rebajar en consecuencia la pena impuesta, haciendo aplicables sus efectos a todos los condenados, por las siguientes razones:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del



ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento de su ocurrencia, esto es, los días ocho de febrero, seis de septiembre, veinte y veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y cinco, fechas que permiten precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

A las reflexiones recién expuestas el abogado integrante señor Rodríguez adiciona los argumentos que pasa a exponer:

A.- Que, desde luego, no es en posible declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los encausados en virtud de la prescripción de la acción penal, dado el carácter fijado a los ilícitos perpetrados, aunque este disidente sólo acepta la imprescriptibilidad, de esa acción persecutoria debido exclusivamente a que los hechos se cometieron cuando todo el territorio nacional se encontraba bajo el estado de guerra interna legalmente declarado por el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1974, lo que torna plenamente aplicables los Convenios de Ginebra, aprobados por nuestro país en 1950 y en vigor desde aquella época.

B.- Que ello no impide considerar la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como “muy calificada”, puesto que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de tiempo y la forma de computarlo, ello de ninguna manera la hace perder su identidad jurídica de



mitigante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas, diseminadas a lo largo de toda la normativa punitiva, pero que “nada tienen que ver con la extinción de” esa responsabilidad (Politoff et al: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, t. I, 2006, pág. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, 2009, pág. 17; y González et al: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, pág. 120), cuya colocación se explica sólo para aprovechar las reglas comunes recién indicadas y que por su calidad excepcional, deben aplicarse en forma restrictiva, toda vez que, en todo el resto, el instituto se gobierna por la preceptiva general señalada para las morigerantes por los artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal.

C.- Que, por lo demás, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes ni siquiera mencionan esta institución de la prescripción, lo cual, amén de corroborar su esencia diferente del motivo de extinción, en realidad no pudo ser de otro modo, si se repara en su origen contenido en la sesión 138, de 16 de mayo de 1873, de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal...explicado y concordado”, t. I, segunda edición, 1899, pág. 238; y Manuel de Rivacoba: “Actas de las sesiones...”, 1974, págs. 197 y 198), recogida más tarde por Austria, así reafirma su naturaleza de atenuante con la condición de muy calificada que expresamente le confiere la ley.

D.- Que, en lo que concierne a los secuestros, por lo pronto, se trata de delitos de consumación permanente, en los cuales, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consuma, pero el encierro o la detención, en otras palabras el resultado, empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

E.- Que la cesación de ese estado antijurídico, en cambio, puede o no depender del arbitrio del delincuente: así ocurre cuando devuelve al ofendido, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en



que se realiza la entrega (artículo 142 bis del Código Penal). Empero, también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados “cursos salvadores”, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga del propio agraviado o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas posteriores tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su inimputabilidad, sobreviniente, o su incapacidad para levantar la prórroga del estado antijurídico, o la muerte del secuestrado, situación igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

F.- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace bastante tiempo los enjuiciados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente habilita inferir dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro, circunstancia que provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del injusto, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a su persecución.

G.- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificaron las detenciones y encierros irregulares, y como las querellas criminales encaminadas a la averiguación de los hechos punibles fueron presentadas una vez transcurrido el lapso determinado por la ley para la prescripción, que en la especie no es dable declarar debido a la naturaleza de los ilícitos, pero que, como se dijo, no obsta a la morigeración de la penalidad .

H.- Que, por último, este discrepante fue de parecer de recomendar a la señora Ministra instructora considerar llegado el momento de analizar la eventual



unificación de las penas infligidas a los convictos de que se trata, en los términos que contempla el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y las disidencias y prevención de sus autores.

Rol N° 62036-2016

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E, y Sra. Leonor Etcheberry C. No firman los Abogados Integrantes Sr. Rodríguez y Sra. Etcheberry, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a diez de abril de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

