

Santiago, veinticinco de abril de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos autos Rol N° 196-2010, del 34° Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de cinco de abril de dos mil dieciséis, escrita a fojas 978 y ss., se condenó a **René Ortega Troncoso** y **Fernando Luis Donoso Concha**, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales y el pago de las costas de la causa, en calidad de autores del delito de Homicidio Calificado de José Alejandro Tapia Muñoz y Héctor Juan Malvino Campos, perpetrado en Santiago el día 8 de octubre de 1973, previsto y sancionado por el artículo 391 N° 1 del Código Penal.

Impugnada esa decisión por la vía de apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de cinco de octubre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.107 y ss., confirmó el fallo de primer grado con declaración que se eleva la pena impuesta a los dos condenados, a la de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, sin perjuicio de las sanciones accesorias que el mismo fallo les impone.

Contra este pronunciamiento las defensas de los sentenciados Donoso Concha y Ortega Troncoso, interpusieron sendos recursos de casación en el fondo a fojas 1.114 y 1.127, arbitrios que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1.145.

Y considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Donoso Cocha se funda en la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción de las leyes reguladoras de la prueba que contienen los artículos 488 y 460 N° 8 y 11 del Código de Procedimiento Penal.

En relación al aludido artículo 488, protesta el recurso porque la participación se establece no en base a hechos reales y probados, sino a otras presunciones. Agrega que los antecedentes indican que la detención ocurrió 3



días antes del hallazgo de los cadáveres, esto es, el 4 de octubre de 1973, pero el tribunal declara que el allanamiento, detención y muerte ocurre el 8 de ese mes y año.

Expresa también que no hay antecedentes de que el acusado supiera que se allanó el domicilio sin una orden judicial.

En lo concerniente a los N°s. 8 y 11 del artículo 460 del Código de Enjuiciamiento Criminal, sostiene el recurrente que la pareja de la víctima y denunciante que declara en esta causa, carece de imparcialidad, por lo que es un testigo inhábil.

Refiere, asimismo, que había más funcionarios de la Tenencia aparte de los condenados, y las características de aquellos no constan en la investigación.

Por último, expresa que hay violación del principio de razón suficiente y falta de argumentación razonable y que sólo se cuenta con un testigo presencial que no ha sido corroborado con otra prueba.

Al concluir, luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se invalide éste y que en el de reemplazo se declare que no se ha acreditado legalmente participación de Donoso Concha.

Segundo: Que, por su parte, en el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del acusado Ortega Troncoso, se invoca la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 488 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal y 15 y 391 del Código Penal.

Arguye el arbitrio que las presunciones de que se vale el fallo no cumplen los extremos de los N°s. 1 y 2 del citado artículo 488. Explica luego que la prueba con que se construyen las presunciones es ilícita porque no cumple con la publicidad, contradictoriedad e inmediación.

Por otra parte, sostiene que los testimonios que fundan los indicios son



contradichos con otros, por lo que hay falta de precisión en la presunción judicial.

Después de examinar las declaraciones prestadas por otros carabineros en la causa, afirma que las declaraciones de los sentenciados desconocen lo ocurrido a las víctimas; el reconocimiento fotográfico de la cónyuge de una de las víctimas se hace utilizando una fotografía que no corresponde a Ortega Troncoso; la camioneta perteneciente a la Tenencia Eneas Gonel en que se habrían trasladado a las víctimas no se ocupaba para fines operativos relacionados con detención de personas; la mayoría de zonas citadas en el fallo no corresponde a la jurisdicción de la Tenencia Eneas Gonel; y, en esta unidad, Ortega Troncoso era reemplazado por el Sargento Luengo, sin que haya alguna prueba de que el día de los hechos estaba a cargo aquél y no éste.

Luego de explicar la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se invalide éste y que en el de reemplazo se absuelva al acusado Ortega Troncoso por falta de participación.

Tercero: Que previo al análisis de estos arbitrios es necesario precisar los hechos que el tribunal de la instancia ha tenido por establecidos en el motivo segundo del pronunciamiento de primer grado, que señala: *“en la madrugada del día 08 de octubre de 1973, un grupo de funcionarios de Carabineros de la Tenencia ‘Eneas Gonel’, dirigidos por el Teniente René Ortega, y acompañado de los subalternos Luis Fernando Donoso Concha, Onofre Roberto Andrade Bahamonde y Luis Bravo Hernández, proceden a allanar sin orden judicial y armados, la propiedad ubicada en calle Río Amazona N° 3662, Población Santa Mónica, comuna de Conchalí, y encontrándose ya en su interior proceden a detener a dos de sus moradores, José Alejandro Tapia Muñoz y Héctor Malvino Campos, a quienes sacan de la propiedad y les ordenan subir a una camioneta marca Ford, color blanco, y*



bajo custodia los trasladan hasta un lugar desconocido, sin informarles a ellos ni a sus familiares a dónde se les trasladaba; que, días después, los familiares de las señaladas víctimas, encuentran sus cuerpos sin vida en el Instituto Médico Legal, cuyos Protocolos de Autopsia, signados con los números 3194/73 y 3195/73, indican como fecha de fallecimiento de Héctor Juan Malvino Campos el día 08 de octubre de 1973, a las 03:00 horas, en la vía pública y, como causa de muerte 'múltiples (treinta y dos) heridas de bala con entradas y salidas de proyectiles, distribuidas en ambas extremidades superiores e inferiores, tórax, abdomen y cráneo encefálicas' y, para el caso de José Alejandro Tapia Muñoz, como fecha de fallecimiento el día 08 de octubre de 1973, en la vía pública y, como causa de muerte 'heridas de bala (cuatro), transfixiante, tóraco abdominal, cervicales, facio-cervical y branquial'".

Tales sucesos fueron calificados en la sentencia como constitutivos de los delitos reiterados de homicidio calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 1, del Código Penal, por las calificantes de alevosía y premeditación.

Cuarto: Que en ambos recursos de casación se cuestiona la participación de cada uno de los condenados en los hechos establecidos por la sentencia en estudio, por lo que cabe abocarse a revisar si las normas reguladoras que esgrimen, han sido efectivamente vulneradas, único modo en que sus pretensiones pueden prosperar.

Al respecto, cabe señalar que en ambos arbitrios se defiende la infracción del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, norma que establece diversos extremos para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, en este caso, de la participación de los acusados en delito objeto de la sentencia.

De dichos extremos, esta Corte ha aclarado que sólo constituyen normas reguladoras de la prueba que pueden ser revisados en sede de casación, el contenido en el ordinal 1°, esto es, que las presunciones judiciales



se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales y, del ordinal el 2º, la exigencia de multiplicidad de ellas. Los demás extremos, esto es, que las presunciones sean graves; precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata, no pueden considerarse reglas reguladoras de la prueba, ya que queda entregado a los jueces de la instancia afirmar o negar su cumplimiento como resultado de un ejercicio de ponderación y valoración del conjunto de las presunciones judiciales, cuestión que les es privativa a los sentenciadores del grado y que no puede ser controlado por esta Corte.

Así, ha dicho antes este Tribunal al señalar: *“las exigencias contenidas en los ordinales N° 2 a 5 del artículo 488 para constituir prueba completa, como las relativas a su gravedad, precisión y concordancia, tampoco puede conseguirse por esta vía [recurso de casación], pues demanda juicios y valoraciones que escapan a un control acotado a errores de derecho propio de la casación de fondo”* (SCS Rol N° 32.259-15 de 23 de diciembre de 2015. En el mismo sentido Rol N° 8758-15 de 22 de septiembre de 2015) y, complementando lo anterior, ha declarado que el artículo 488 en estudio es norma reguladora de la prueba, *“sólo en cuanto establece una limitación a las facultades de los jueces del fondo para dar por probados los hechos litigiosos a través del uso de presunciones judiciales. Por ello, un correcto y competente examen respecto de esta infracción importa respetar la prohibición que tiene esta Corte de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, ya que de realizarlo se volvería a examinar y valorar los antecedentes probatorios que ya fueron apreciados, además de revisar las conclusiones a*



que aquellos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en asuntos de derecho” (SCS Rol N° N° 33.997-16 de 13 de octubre de 2016).

Quinto: Que, sentado lo anterior, como se adelantó, en ambos arbitrios se cuestiona la infracción del citado artículo 488 y, dado que la sentencia desarrolla de manera conjunta para ambos condenados la forma en que establece sus participaciones en los hechos, se analizará igualmente de manera conjunta si se ha producido tal quebrantamiento a la luz de lo razonado en el motivo anterior.

Pues bien, para descartar la denunciada infracción basta revisar los hechos que sirven de cimiento a las presunciones judiciales mediante las que se establece la participación de los acusados, con lo cual se revela que tales hechos son reales y probados, esto último, no mediante otras presunciones.

En efecto, primero, en su considerando 6° la sentencia establece que *“a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, esto es, el día 08 de octubre del año 1973, los encausados, Ortega Troncoso y Donoso Concha, desempeñaban sus funciones en la Tenencia ‘Eneas Gonel’, dependiente de la 5° Comisaría de Carabineros de Chile de la comuna de Conchalí, el primero a cargo de dicha unidad policial, con el grado de Teniente y, el segundo, con el grado de Cabo Segundo.”* Este hecho, como la misma sentencia aclara, se tuvo por probado no fundándose en otras presunciones, sino sustentándose en las propias declaraciones prestadas en el proceso por los acusados, de sus respectivas Hojas de Vida y Calificaciones, y de las declaraciones prestadas por los ex funcionarios de Carabineros de Chile, Guzmán Valencia, Bustos San Juan, y Plaxedes González.

Luego el fallo fija como segundo hecho, sostén de una segunda presunción, que *“la Población Santa Mónica, ubicada en la comuna de Conchalí, lugar en que ocurren los hechos, se encontraba bajo la jurisdicción o custodia de la Tenencia ‘Eneas Gonel’, unidad policial en la que, como ya se*



dijo, prestaban funciones los acusados de autos”, lo que se tuvo por acreditado no como resultado de otras presunciones, sino en función, como lo refiere la sentencia, a lo declarado en autos por los propios encausados, a lo que se agregan las afirmaciones efectuadas en el proceso por los ex funcionarios de Carabineros de Chile, Salgado Morán y Bustos San Juan.

En tercer lugar, la sentencia tiene como hecho demostrado, el que en diligencia de reconocimiento fotográfico, *“la testigo presencial de la detención de su conviviente a la fecha de los hechos, doña Juana de las Mercedes Muñoz Ibarra, habiéndole sido exhibidas un total de 12 fotografías correspondientes al personal que integró la dotación de la Tenencia ‘Eneas Gonel’ al mes de octubre de 1973, emanadas del Departamento de Derechos Humanos, Subdirección General de Carabineros de Chile, agregadas de fojas 450 y siguientes de autos, reconoce a los encausados Ortega Troncoso y Donoso Concha, además de los ex funcionarios de dotación de la unidad policial antes citada, de apellidos Andrade Bahamonde y Bravo Hernández, como parte de los integrantes de la patrulla policial que participó en la detención de la víctima Tapia Muñoz el día de los hechos”, agrega la sentencia que a este reconocimiento debe otorgársele mérito probatorio “teniendo en consideración que la declarante no sólo no manifiesta dudas al momento de identificar a los encausados en los términos antes señalados, sino que es susceptible de distinguirlos entre un total de 12 fotografías que le fueron exhibidas, detallando, además, la función que a cada uno de ellos reconocidos les correspondió en la detención materia de investigación, o la actitud de aquellos al momento de la misma, como cual de los funcionarios era el más joven, cual dio un punta pie a la puerta del dormitorio en el que pernoctaba junto a la víctima, a qué lado del dormitorio se quedó parado dicho funcionario, quien le ordenó a la víctima que se levantara y le indicó que debía acompañarlos, etcétera”. De este hecho, el reconocimiento fotográfico de los acusados por parte de una testigo presencial del alejamiento violento de las*



víctimas de su domicilio -y no de una presunción-, la sentencia construye la consiguiente presunción de participación, justificando además el porqué tiene mérito para cumplir tal función, al aludir a la precisión y detalle de la misma deposición.

La sentencia, asimismo, tiene como hecho probado, soporte de otra presunción judicial, el que *“los aprehensores se movilizaban a bordo de una camioneta marca Ford, color blanco”*, y esta presunción tiene su origen en la declaración de la referida deponente Muñoz Ibarra, y no en otras presunciones.

Finalmente, el fallo establece que la aludida camioneta marca Ford, color blanco, era *“utilizada para diversos fines en dicha unidad policial”* [en la Tenencia "Eneas Gonel"], nuevamente, no en base a una presunción, sino de conformidad a lo dicho por *“los propios encausados, así como el resto de los ex funcionarios de Carabineros de Chile que desempeñaron sus funciones en la Tenencia ‘Eneas Gonel’ a la época de los hechos, y que han prestado declaración en el proceso”*.

De ese modo, la sentencia tiene por probados una serie de hechos y circunstancias -a saber, que los acusados al día de los hechos se desempeñaban en la Tenencia Eneas Gonel de Carabineros, en cuya jurisdicción se encuentra la Población Santa Mónica en que se ubica el domicilio desde son retirados compulsivamente las dos víctimas, lo cual se hace en una camioneta cuyas características coinciden con la que se utilizaba en dicha unidad policial, sumado todo ello al reconocimiento fotográfico por parte de un testigo presencial que indica que los dos acusados participaron en la detención de los ofendidos-, cada uno de los cuales sirvió de asiento a su correlativa presunción judicial, conjunto de las cuales permitieron a los jueces de las instancias concluir, como se indica en el motivo 2° del fallo de alzada que, *“los elementos de convicción indicados en el fallo, reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y constituyen, por ende, un conjunto de presunciones judiciales que permiten tener por demostrada en*



juicio la participación de Ortega Troncoso y Donoso Concha en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Punitivo”.

Y, atendido que tales hechos se tuvieron por demostrados por medios distintos a las presunciones, y que las presunciones que se apoyan en aquéllos son múltiples -más que una unidad-, se cumplen en la especie los únicos extremos revisables mediante el presente recurso de casación, pues si dichas presunciones son o no graves, precisas, directas o concordantes, éstos son extremos que, como cabe insistir, no pueden ser examinados por esta vía casacional, desde que caen dentro de las facultades privativas de valoración de los jueces del grado.

Sexto: Que, en razón de lo anterior, deberá desestimarse la infracción denunciada en ambos recursos al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, desde que las demás alegaciones que se efectúan en relación a esta disposición se dirigen a cuestionar los hechos establecidos como sostén de las presunciones judiciales atendida una supuesta insuficiencia de la prueba que sirvió para ese efecto o por la existencia de elementos probatorios que impedirían asentar tales hechos, cuestionamientos que recaen más bien en la ponderación que hicieron los sentenciadores del cúmulo probatorio para ir estableciendo cada uno de los hechos que sirvieron para fundar las presunciones judiciales, convicción que no puede ser revisada por esta Corte sino se alega la infracción de una específica norma legal -distinta al artículo 488- que impida a los sentenciadores arribar a esas conclusiones del orden fáctico. En efecto, esta última exigencia resulta inexcusable, si se tiene en cuenta que, precisamente la ley señala en diversas disposiciones que si respecto de un determinado medio probatorio no se cumplen los requisitos legales para tener por probados determinados hechos en función de ese único medio, esa prueba podrá servir de soporte a una presunción judicial, así, por ejemplo, el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, en relación a la prueba de testigos, el artículo 473 en el caso de la prueba pericial y el artículo



484 en lo concerniente a la confesión. En otras palabras, si la declaración de algunos de los testigos que sirvieron para establecer los hechos que se utilizaron como base de las presunciones judiciales fijadas por la sentencia, son contrarias, contradichas o no concordantes con las de otros testigos, ése es justamente uno de los supuestos en que la ley permite expresamente en el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal -al no cumplirse los extremos del artículo 459 del mismo código para que tales testimonios puedan ser estimados por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido un hecho-, que una de esas declaraciones contradictorias o contrapuestas pueda constituir una presunción judicial, la que, a su vez, para llegar a constituir prueba completa de un hecho, deberá aunarse a otras presunciones, y cumplir todas ellas los requisitos de ser graves, precisas, directas y concordantes, como en la especie estimaron los sentenciadores. En definitiva, por lo explicado, mal podría conculcar la sentencia el referido artículo 488 al valerse de una declaración, supuestamente contradictoria con la de otro u otros testigos, si aquella declaración constituye una presunción judicial que junto a otras presunciones satisfacen los extremos que demanda la norma en estudio. De otra forma, frente a dos testimonios de contenido opuesto o divergente, ninguno de ellos podría servir para construir una presunción judicial -no obstante que uno sea concordante con todo el resto de la prueba y el otro no-, conclusión contraria a lo que, con claridad meridiana, se colige de dispuesto en los artículos 464 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

En plena concordancia con lo que se viene razonando, antes esta Corte ya ha declarado que *“Conviene no olvidar que en un proceso jurisdiccional los únicos hechos que se tienen por probados son aquellos que así declara el propio órgano jurisdiccional mediante sus resoluciones, no hay otros, sin perjuicio que las partes del proceso, estimen que a la luz de la prueba conocida en sus distintas instancias, debió haberse declarado como acreditados otros hechos o circunstancias. Entonces, si hay o no hechos reales y probados que*



sirvan para cumplir el primer requisito del artículo 488, ello es una decisión estrictamente jurisdiccional, que en el caso de autos fue negativa como ya se indicó, de manera que la estimación que hace el recurrente de que con los diversos elementos de convicción que expone y analiza se encuentran probados una serie de hechos que sirven de base a presunciones que cumplen los requisitos exigidos por el artículo 488, no pasa de ser una apreciación y conclusión diversa a la que han arribado los sentenciadores de alzada que no da pie para sostener el arbitrio intentado” (SCS Rol N° 32.259-15 de 23 de diciembre de 2015).

Séptimo: Que, aparte de la infracción antes analizada y desestimada, en el recurso deducido por la defensa de Donoso Concha se acusa la vulneración del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal en sus numerales 8° y 11°, dado que la testigo Muñoz Ibarra estaría afectada por las inhabilidades para ser testigo que señalan tales disposiciones.

Al respecto, como ya fue explicado en el motivo 5° ut supra, la declaración de la testigo Muñoz Ibarra fue considerada como una presunción judicial de las que trata el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, y no en tanto prueba testimonial del artículo 459 del mismo código, precisamente por remisión del artículo 464 al no cumplir los requisitos que impone el citado artículo 459, entre los que se encuentra el de ser testigo hábil, de manera que incluso de afectarle alguna de las inhabilidades alegadas -lo que, en todo caso, no es así-, ello no impedía al juez usarla de base a una presunción judicial, como lo hizo.

Octavo: Que, respecto de la infracción a los artículos 15 y 391 del Código Penal que se denuncia en el recurso interpuesto por la defensa de Ortega Troncoso, dado que los hechos asentados por el fallo no serán modificados por no vulnerarse norma reguladora de la prueba alguna en dicha labor jurisdiccional, tales hechos se subsumen en la figura de homicidio calificado contemplada en el citado artículo 391 y la participación que a ambos



acusados se imputa se ajusta a uno de los casos de autoría que trata el artículo 15 del Código Penal (N° 1 como afirma el considerando 2° del fallo de alzada), de manera que la infracción denunciada de dichas disposiciones debe ser desestimada.

Noveno: Que, por último, en los arbitrios se efectúan una serie de otros cuestionamientos de variada índole, todos ellos expuestos en los basamentos 1° y 2° ut supra, los que no tienen conexión con las normas ya analizadas y sin que los recursos expresen su vinculación con la infracción de otra norma reguladora de la prueba en particular, defecto que ni siquiera permite a esta Corte abocarse a su estudio, por no cumplir a su respecto las exigencias del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil.

Décimo: Que por las consideraciones precedentes el pronunciamiento de alzada no ha incurrido en las hipótesis de nulidad pretendidas en los recursos de casación en el fondo formulados por la defensas de Fernando Donoso Concha y René Ortega Troncoso, lo que conduce a su rechazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 536, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo formalizados por las defensas de los acusados Fernando Luis Donoso Concha y René Ortega Troncoso a fs. 1114 y 1127, respectivamente, en contra de la sentencia de cinco de octubre de dos mil dieciséis dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que corre a fs. 1107 y ss., la que no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

N° 95069-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.





WXPCBBXKVY

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinticinco 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.

