

Santiago, veintisiete de julio de dos mil siete.

Vistos:

Ante el Ministro de Fuero designado al efecto, se sustanció el proceso Rol N° 2.182-1998, en el denominado “**episodio San Javier**”, para indagar la existencia de los supuestos delitos de **secuestro de Teófilo Segundo Arce Toloza, de José Esteban Sepúlveda Baeza, de Segundo Abelardo Sandoval Gómez y de Leopoldo Mauricio González Norambuena**. Se sustanció igualmente para investigar la perpetración y responsabilidad en los presuntos delitos de **homicidio calificado** de las mismas personas precedentemente indicadas.

Por sentencia definitiva de 15 de mayo de 2006, el Ministro de Fuero resolvió absolver, en el aspecto penal, a Claudio Abdón Lecaros Carrasco de los cargos formulados en su contra como supuesto autor del delito de secuestro. De igual manera, decidió absolver a Sergio Víctor Arellano Stark, Gabriel del Río Espinoza, Carlos Luis Romero Muñoz, Mario Armando Axel Cazenave Pontilla y Julio Antonio Barros Espinace de la acusación que enderezara en su contra, como autores de los delitos de homicidio calificado ya aludidos, por estimar que los favorece la amnistía. En el aspecto civil, en la referida sentencia se desestima la excepción de incompetencia y se rechaza las acciones civiles, por prescripción.

En contra de este fallo, la parte de los querellantes y la de los demandantes civiles dedujeron recursos de apelación. Apelaron, también, la parte del Consejo de Defensa del Estado (sólo el aspecto penal), los querellantes, los demandantes y los sentenciados Gabriel del Río Espinoza, Claudio Lecaros Carrasco y Sergio Arellano Stark. Este último dedujo, además, recurso de casación en la forma.

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

**Primero:** Que en el señalado recurso se esgrimen las causales de invalidación formal que pasan a indicarse, por las razones que igualmente se reseña:

**a.- la del artículo 541 N° 1** del Código de Procedimiento Penal, esto es, falta de emplazamiento: Aduce la defensa que el auto acusatorio no cumplió con las exigencias del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, de momento que en esa resolución no se imputa a su representado ningún “hecho” determinado que revele la autoría que le es atribuida y tampoco se indica en ella cuál de las hipótesis del artículo 15 sería materia de los cargos. Añade que esta omisión le impidió defenderse adecuadamente, de modo de propender a que el sentenciador concluyera su falta de responsabilidad o, al menos, su absolución por falta de convicción;

**b.- la del artículo 541 N° 9** del Código de Procedimiento Penal, en relación con el numeral 4° de su artículo 500, vale decir, la de no haberse extendido el fallo en la forma dispuesta por la ley: Argumenta que en la sentencia cuestionada simplemente se decide su responsabilidad desoyendo la circunstancia de que no se encontraba en el lugar cuando se verificaron los sucesos; invocándose medios de prueba cuyo análisis no conduce legal ni racionalmente a esa conclusión condenatoria; arguyéndose la existencia de presunciones que, en verdad, no revisten las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal; y, en fin, faltando las consideraciones para desestimar el valor probatorio de las declaraciones de los acusados Del Río Espinoza y Romero Muñoz, en cuanto ninguno de ellos señala haber recibido de Arellano Stark la orden de ultimar a las víctimas. Así, la imputación que se formula en su contra carece de sustento probatorio. De haberse observado la exigencia formal omitida, continúa, se habría concluido su inocencia o se habría decidido absolver, con arreglo al artículo 456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal;

**c.- la del artículo 541 N° 9** del Código de Procedimiento Penal, en relación con su artículo 500, numerales 3 a 7, y con su artículo 501: Expresa que, en rigor, la sentencia definitiva cuestionada no lo absuelve ni lo condena sino que declara la amnistía a su favor. Siendo esta última una causal de extinción de la responsabilidad penal, significa que no puede ser materia de sentencia sino que de sobreseimiento definitivo;

**Segundo:** Que, en lo atinente a la causal de invalidación del artículo 541 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, el recurso no puede ser admitido por no haber observado el recurrente la exigencia que le impone el inciso primero del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, la de haber reclamado de la falta que ahora cuestiona “ejerciendo oportunamente y en todos sus grados” los recursos que la ley le franquea para la corrección que promueve;

**Tercero:** Que, acerca de la causal del artículo 541 N° 9, desarrollada bajo la letra c.- del fundamento que precede, entiende esta Corte que el recurrente puede tener la calidad de parte “agraviada”, en la medida que a un encausado no le es indiferente que se lo absuelva por inocencia, por falta de participación o – al margen de la nomenclatura procesal que se emplee – porque los hechos acerca de los que ha sido acusado están cubiertos por la amnistía. Empero, como todo mecanismo de nulidad formal, el recurso de casación en la forma es desestimable cuando de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo impugnado o cuando el vicio no ha tenido influencia en lo dispositivo de la sentencia, condiciones éstas que no pueden predicarse del fallo cuestionado, en el aspecto que se examina, desde que – hipotéticamente – de ser efectivo el defecto que se reclama, es susceptible de corregir a través del recurso de apelación;

**Cuarto:** Que, en lo que concierne a la tercera de las causales de nulidad postuladas por el recurrente, es decir, la atinente a la falta de consideraciones, la revisión de la sentencia impugnada, particularmente, la de sus considerandos 32º, 33º, 34º, 35º y 36º), lleva a sostener que en ellos se contienen las reflexiones en virtud de las cuales el sentenciador de primer grado accedió al convencimiento de la intervención que cupo en los hechos al acusado Arellano Stark. Cuestión diferente es el reproche que se formula a ese fallo en cuanto a que los indicios en que se asila el juez de la causa serían insuficientes para comprobar esa participación o que las presunciones invocadas estarían desprovistas de las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, cuestionamientos que rebasan, con mucho, el tamiz del requisito meramente formal y que más bien tienen relación con aspectos de fondo, extraños al recurso intentado. En suma, no es efectivo el vicio que se arguye ni se configura la causal examinada;

II.- En cuanto a los recursos de apelación.

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

a.- en el apartado 15º), se elimina la mención de la circunstancia 5ª del artículo 391 del Código Penal y la frase “con premeditación y...”;

b.- se suprimen sus fundamentos 24º) a 30º) y 34º);

c.- en el párrafo signado con la letra a) del considerando 33º), se desecha la reflexión final que se inicia con la frase “...dando la orden correspondiente...” y que concluye con la expresión “...de la manera establecida en esta sentencia.”. Asimismo, en el párrafo individualizado bajo la letra b) del señalado fundamento, se suprime la afirmación que comienza con la frase “...pero que ante la insistencia...” y que termina con las palabras “...para su cumplimiento;”;

- d.- en el considerando 36°), se suprime la frase "...al coronel del Río...";
- e.- en su motivo 44°), se desecha la referencia a los considerandos 24° a 30°, ambos inclusive, la mención del apellido "del Río" y su párrafo segundo;
- f.- se eliminan los basamentos 45°) a 52°) y 55°) a 80°).

Y se tiene, en su lugar, y, además, presente:

**A.- Sobre la calificación del hecho punible.**

**Quinto:** Que, amén de lo expresado en el motivo 15°) de la sentencia recurrida, que esta Corte ha reproducido con una sola modificación, es pertinente añadir que, por la forma en que se desencadenaron los hechos, es dable concluir que concurre en su verificación la circunstancia calificante de la alevosía. En efecto, del comportamiento observado por los agentes es posible apreciar, por un lado, una conducta de engaño o de ocultamiento de sus intenciones, evidenciado por la falsa versión que proporcionarían a los entonces detenidos, en cuanto a que los conducían a una diligencia de reconstitución de escena, mendacidad que les permitió generar un clima de confianza en las víctimas, confianza de la que esos hechos se valieron para cumplir su objetivo; y, por el otro, el aprovechamiento de la situación de indefensión en que los colocaron, al hacerlos correr, para, luego, ultimarlos, como si se tratara de una huída;

**B.- Sobre la participación del acusado Del Río.**

**Sexto:** Que, en la tesis del sentenciador de primer grado, el acusado Gabriel del Río Espinoza habría sido quien impartió la orden al fiscal militar, capitán Carlos Romero Muñoz, para proceder a la ejecución de las personas que, a la sazón, permanecían detenidas;

**Séptimo:** Que, según lo dispone el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, nadie puede ser condenado por un crimen o simple delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, con los medios de prueba legal, no solo la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible sino que, particularmente y además, que en él haya correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. Como se sabe, dicho precepto impone un límite al sentenciador, en el sentido de que únicamente puede acceder a la decisión condenatoria cuando, con las probanzas estatuidas por la ley, adquiere la certeza legal necesaria, en términos que, para que esa decisión de condena pueda tener lugar, es preciso que el convencimiento esté libre o exento de toda duda razonable;

**Octavo:** Que el acusado de que se trata ha negado toda intervención punible en los hechos investigados. En ese contexto, se tiene que de la revisión del proceso aparece que los únicos datos de eventual inculpación están constituidos por los antecedentes que pasa a referirse: a) las declaraciones de Carlos Luis Romero Muñoz (reseñadas en el motivo 16° de la sentencia de primer grado), en cuanto afirma que el entonces Coronel Gabriel del Río Espinoza le dio la orden de "eliminar" a los involucrados en el incidente de San Javier, señalándole que no debía aceptarse el ataque a fuerzas armadas uniformadas; b) la circunstancia de que el mencionado Del Río Espinoza era la máxima autoridad militar y administrativa del Departamento de Linares y c) los hechos reconocidos por Del Río Espinoza en orden a que el 30 de septiembre de 1973 se reunió con el General Arellano Stark y, de otra parte, que dio a conocer la comunidad la ocurrencia de los sucesos en la forma que recogieran los medios de comunicación de la época, esto es, que las muertes de las víctimas se produjeron con motivo de una reconstitución de escena en la que habrían pretendido darse a la fuga;

**Noveno:** Que, en lo inmediato, la circunstancia de que el acusado Del Río Espinoza haya tenido el carácter de autoridad máxima en el lugar y época de acaecimiento de los sucesos, no permite sostener que concurren su respecto las fundadas presunciones de

participación criminal. En efecto, aún de asumirse que el aludido, en su condición de Coronel y Jefe del Departamento de Linares tomara conocimiento de aquello, tal antecedente no comporta, de suyo, responsabilidad penal. A lo más, pudiera significar un grado de responsabilidad política evidente que, en todo caso, es ajena a este pronunciamiento. De otra parte, el testimonio de Romero Muñoz resulta insuficiente para los fines que interesan, precisamente por su carácter singular. Por lo mismo, tampoco puede decirse que su aceptación conduzca a probar un hecho del que sea posible inferir uno desconocido y, por sobre todo, no es capaz de conducir indefectiblemente a la intervención que se atribuye a Del Río Espinoza, toda vez que no excluye la posibilidad de que Romero Muñoz haya actuado por cuenta propia o que lo hubiere hecho a insinuación de persona diversa, máxime si en cuenta se tiene que, en su condición de fiscal militar, no dependía necesariamente del acusado y que, en esa misma calidad, los detenidos se encontraban a disposición suya y no bajo el imperio del mencionado coronel. Acerca de los hechos que son admitidos por el encartado, al margen del reparo que sea dable efectuar a su proceder a la luz de los sucesos que han sido posteriormente conocidos, lo cierto es que ellos no comportan ningún modo de intervención punible, menos aún si se tiene en cuenta las explicaciones que el mismo aporta en tal sentido, esto es, que la publicación en el diario local la dispuso haciendo fe de la información que le proporcionarían sus subordinados, puesto que él “no andaba en terreno” (fojas 504) y que en la reunión sostenida con el General Arellano, él le dejó en claro su postura de respetar el curso de los procedimientos y de no matar a nadie (fojas 503).

Consecuentemente, al no existir medios de prueba de fuerza bastante para establecer alguna forma de participación penalmente culpable por parte de Gabriel del Río Espinoza, cabe librar sentencia absolutoria a su favor;

#### **C.- Sobre la amnistía.**

**Décimo:** Que, con la sola excepción del acusado Arellano Stark, la defensa de los demás procesados ha alegado en su beneficio la aplicación de la amnistía prevista en el Decreto Ley 2191 de 1978;

**Undécimo:** Que, acerca de tales alegaciones, es ineludible señalar que, mediante Decreto Supremo N° 752, de 5 de diciembre de 1950, Chile ratificó e incorporó a su ordenamiento jurídico interno los denominados “Convenios de Ginebra de 1949”. Acontece que el artículo 3°, común a todos los Convenios de Ginebra, prohíbe, para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”;

**Duodécimo:** Que, de otra parte, el Instrumento Internacional aludido contempla, en su artículo 146, el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio. De igual manera, los Estados se obligan a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Su artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, consultando, entre ellos, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, los atentados graves contra la integridad física o a la salud, las deportaciones, los traslados ilegales y las detenciones ilegítimas; y su artículo 148

establece que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”;

**Décimo Tercero:** Que, en consecuencia, al suscribir y ratificar los citados Convenios, el Estado de Chile se impuso la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos;

**Décimo Cuarto:** Que, ahora bien, los mentados convenios no solo se aplican a situaciones de conflagración internacional sino que, excepcionalmente y además, a los casos de "conflicto armado sin carácter de internacional". Así lo prevé el artículo 3º, común para todos los Convenios de Ginebra. Aún cuando no existe una definición de tal clase de conflicto, se ha dicho sobre el particular que “el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no esta subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse” y que lo contrario “sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3º en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias”. (Corte Suprema, recurso de casación, Rol N° 3125-04)

En esa virtud, la pertinencia al caso de los pactos internacionales aludidos, pasa necesariamente por determinar si la situación vivida en nuestro país, a la época de los hechos determinados en autos, es susceptible de identificar con el estado de “conflicto armado sin carácter internacional” a que se hace referencia en aquellos convenios;

**Décimo Quinto:** Que, basado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", la Junta de Gobierno de la época dictó, con fecha 12 de septiembre de 1973, el Decreto Ley N° 5, cuyo artículo 1º, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, declaró que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" tanto para los efectos de la aplicación de la penalidad consultada en ese código como para el de las demás leyes penales e, inclusive, para todos los efectos de dicha legislación. Tal estado persistió hasta el 11 de septiembre de 1974, cuando el Decreto Ley N° 641 declaró el Estado de Sitio, en grado de defensa interna, arguyéndose que las condiciones imperantes conformaban un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, lo que importó el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”, situación que se prolongó hasta el 11 de marzo de 1975;

**Décimo Sexto:** Que, en directa relación con lo que se viene expresado, resulta pertinente enfatizar que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente

la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”, de forma tal que los citados Decretos Leyes números 3 y 5 no hicieron más que atender a la primera de esas hipótesis, la constatación oficial, conclusión que se ve reafirmada al atenderse al mencionado Decreto Ley N° 641 que declaró el Estado de Sitio, en grado de defensa interna, régimen que únicamente es posible disponer “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad” (artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640). Por consiguiente, a través de dichas normas, el gobierno de facto de la época efectuó un inequívoco reconocimiento legislativo del estado de guerra interior existente en el país;

**Décimo Séptimo:** Que, aparte de lo expresado, debe ponerse de relieve que el Decreto Ley N° 5 no solo interpretó el estado aludido para la aplicación de la penalidad en tiempo de guerra sino que explícitamente declaró que el estado de guerra debía entenderse “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales. De ahí que resulte inconcuso que, dentro de esa legislación, deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en 1951. En suma, estos últimos no solo eran ley vigente al tiempo de la perpetración de los delitos materia de este proceso sino que, primordialmente, ley aplicable y pertinente para su juzgamiento;

**Décimo Octavo:** Que, así las cosas, esta Corte no puede sino concluir que, al 02 de octubre de 1973, el territorio nacional se encontraba, real y jurídicamente en estado de guerra interna, y que, por ende, existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra. Consecuentemente, tales convenios resultan plenamente aplicables a los homicidios cometidos en las personas de Teófilo Segundo Arce Toloza, de José Esteban Sepúlveda Baeza, de Segundo Abelardo Sandoval Gómez y de Leopoldo Mauricio González Norambuena;

**Décimo Noveno:** Que, en virtud de su soberanía, una Nación puede amnistiar las infracciones penales que se ejecuten y que estén sometidas a su potestad, pero le está vedado hacerlo cuando en virtud de un compromiso internacional ha limitado esa facultad. Es indudable que la amnistía corresponde a un acto de auto exoneración de responsabilidad criminal, no solo porque se dicta con posterioridad a la comisión de los hechos que se busca comprender en ella – carácter ulterior que es inmanente a ella – sino porque se genera por quienes detentan el poder y con relación a sucesos directamente ligados a su ejercicio, pretendiendo, de ese modo, asegurar la impunidad de los responsables que actuaron a su amparo. En suma, se trata de un acto proscrito por el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra y, por lo mismo, inaplicable en casos como el examinado;

#### **D.- Sobre la prescripción.**

**Vigésimo:** Que, de otra parte, las mismas defensas han invocado a favor de los acusados los beneficios inherentes a la prescripción de la acción penal. Efectivamente, según se ha visto, los hechos pesquisados en autos ocurrieron el día 02 de octubre de 1973, sin que exista evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra de los responsables, con anterioridad al 13 de abril de 1994, época en que se entabló la querrela de fojas 4 del proceso 381- 95 del Tercer Juzgado Militar de Concepción, que se ha tenido a la vista. En ese contexto, sería dable asumir que la responsabilidad atribuida a los acusados, por los homicidios calificados de Teófilo Segundo Arce Toloza, de José Esteban Sepúlveda Baeza, de Segundo Abelardo Sandoval Gómez y de Leopoldo Mauricio González Norambuena, se ha extinguido por prescripción de la acción penal;

**Vigésimo Primero:** Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación que tiene como fundamento inmediato el simple transcurso del tiempo y que responde a objetivos de paz social y la seguridad jurídica. Sin embargo, conforme se ha determinado en este fallo, a la época de ocurrencia de los sucesos que han dado origen a este proceso, el territorio nacional se encontraba en una situación de guerra interna y, como se ha dicho, le resultan plenamente pertinentes los Convenios de Ginebra de 1949. Pues bien, conforme se destacara, el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”, de lo que se sigue no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos sino, también, el impedimento para la aplicación de causales absolutorias de responsabilidad penal que normalmente consulta la legislación interna, como es el instituto de la prescripción. Como quiera que sea, una solución distinta importaría contrariar los artículos 1º, 3º y 147 del citado ordenamiento internacional, en la medida que ellos propugnan sancionar, en todo tiempo y lugar, el homicidio en cualquiera de sus formas, particularmente, cuando se lo ha perpetrado en hipótesis de conflicto armado sin carácter internacional;

**Vigésimo Segundo:** Que, desde luego, la prohibición de auto exoneración no solo concierne a situaciones explícitas, cual sería el caso de las amnistías auto concedidas, sino que comporta igualmente la proscripción momentánea de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, desde que las mismas han sido ideadas para producir sus efectos en situaciones de normalidad institucional, en estados de paz social, mas no en contextos de vulneración o de excepcionalidad del ordenamiento jurídico. Como esta última es la que atañe a los hechos materia de autos, fuerza es concluir que los homicidios a que se refieren estos antecedentes, son imprescriptibles;

#### **E.- Sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.**

**Vigésimo Tercero:** Que, asentada como ha sido la perpetración de los delitos de homicidio y la participación culpable que cupo en ellos a los encausados Carlos Luis Romero Muñoz, Mario Armando Axel Cazenave Pontilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace, corresponde hacerse cargo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad invocadas por sus defensas, las que han quedado reseñadas en los fundamentos 38º, 39º, 40º y 41º de la sentencia de primer grado;

**Vigésimo Cuarto:** Que cabe reconocer a cada uno de los acusados, incluido Sergio Arellano Stark, la aminorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, por estar comprobada con los extractos de filiación y antecedentes de fojas 1.803 (Arellano), 1.011 (Romero), 1.139 (Cazenave), 1.598 (Parada) y 1.167 (Barros), probanzas conforme a las cuales es posible establecer que su conducta anterior ha estado exenta de todo reproche. En cambio, debe rechazarse la solicitud de las respectivas defensas de considerar la atenuante del artículo 11 N° 9, por no encontrarse acreditado en autos su fundamento. En efecto, la sola colaboración -entendida en este caso como confesión- no es bastante para configurarla, toda vez que es menester que ella tenga el carácter de sustancial, cualidad que no concurre en este caso, desde que el hecho pudo esclarecerse en virtud de otros antecedentes, diversos de la confesión de los correspondientes acusados. Tampoco puede aceptarse la “media prescripción” o la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal, en virtud de las motivaciones que han llevado a esta Corte a desechar la posibilidad de la prescripción de la acción penal;

**Vigésimo Quinto:** Que, por su parte, la defensa de los acusados Romero Muñoz, Cazenave Pontilla y Parada Muñoz han invocado en su beneficio la “atenuante” del artículo

214 del Código de Justicia Militar, la que cabe desechar en razón de que no concurren sus presupuestos. En efecto, difícilmente puede aceptarse que el asesinato de personas indefensas sea constitutivo de una “orden de servicio”, en los términos que exige la norma legal aludida, razón más que suficiente para desestimar su concurrencia;

**Vigésimo Sexto:** Que, por otro lado, la misma defensa de los encausados Cazenave Pontilla y Parada Muñoz y la de Barros Espinace han impetrado la circunstancia atenuante especial del artículo 211 del Código de Justicia Militar. Determinado, como fuera, que, a la época de los hechos, el primero tenía el grado de teniente y secretario de la fiscalía militar; que el segundo tenía el grado de suboficial mayor; que el tercero era cabo de ejército y chofer del fiscal militar; que todos ellos eran subordinados directos del capitán de ejército y fiscal militar Carlos Luis Romero Muñoz; y, en fin, que todos los anteriormente mencionados cometieron los homicidios, esto es, delitos comunes, en cumplimiento de las órdenes que recibieran de ese superior jerárquico, fuerza es concluir que les beneficia la modificatoria de responsabilidad penal que contempla el señalado artículo 211;

**Vigésimo Séptimo:** Que no es dable aceptar la atenuante del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con su artículo 10 N° 10, alegada por la defensa de los acusados Parada Muñoz y Barros Espinace, toda vez que ella descansa en los mismos supuestos de hecho de la atenuante especial del artículo 211 del Código de la especialidad, que ha sido acogida;

**Vigésimo Octavo:** Que, en su informe de fojas 2012, la Fiscalía Judicial manifestó su parecer en orden a que perjudicaría a los acusados la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal, opinión que esta Corte no comparte puesto que ella exige que el culpable se sirva de su condición de funcionario público para la perpetración del delito, requiriéndose así en él un ánimo de aprovechamiento de tal carácter, al cometerse la acción, condiciones que no se advierten presentes en el caso que se examina;

#### **F.- Sobre otras alegaciones.**

**Vigésimo Noveno:** Que, en la contestación de la fojas 1436, la parte del acusado Romero Muñoz alegó la eximente del artículo 10 N° 10 del Código penal, en relación a lo preceptuado por los artículos 334, 336 y 337 del Código de Justicia Militar, arguyendo que estaba legalmente obligado a obedecer las órdenes que, según su versión, le impartiera el comandante de la guarnición, Coronel del Río; alegación que no puede prosperar, de momento que en autos no ha quedado demostrado el presupuesto básico sobre el que se asienta dicha causal de justificación, esto es, que efectivamente Romero Muñoz hubiera actuado en cumplimiento de alguna instrucción impartida por Gabriel del Río Espinoza.

De otra parte, la defensa de Julio Antonio Barros Espinace ha solicitado que a la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar se la considere como muy calificada, pretensión que debe desestimarse, primero, porque para ello es necesario que se trate de una orden relativa al servicio, cuya no es la situación y, enseguida, porque, de acuerdo con la normativa común, para ese tratamiento de privilegio es indispensable que concurra una sola circunstancia atenuante y, en su caso, son dos las que lo favorecen;

#### **G.- Sobre la determinación de las penas.**

**Trigésimo:** Que, al determinar el quantum de la pena, cabe tener presente las consideraciones que se indica:

a) la pena asignada al delito de homicidio calificado, previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

b) favorece a cada uno de los sentenciados Mario Armando Axel Cazenave Pontilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace dos circunstancias



atenuantes, sin que los perjudiquen agravantes, por lo que la pena abstracta es susceptible de rebajar en dos grados, obteniéndose así un rango de penalidad concreta de presidio menor en su grado máximo;

c) a su turno, beneficia a los acusados Arellano Stark y Romero Muñoz una circunstancia atenuante, sin que los afecten agravantes, de modo que está vedado imponer la sanción asignada al delito, en su grado máximo;

**Trigésimo Primero:** Que, dentro de los límites de cada grado, esta Corte determinará la cuantía de las penas correspondientes, atendiendo al número y entidad de las circunstancias atenuantes y a la extensión del mal producido;

Por estas razones, se declara que:

**I.- se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de fojas 1967.

**II.- se revoca** la sentencia apelada de quince de mayo de dos mil seis, escrita de fojas 1835 a 1917 en cuanto por ella se absuelve a los procesados Sergio Víctor Arellano Stark, Carlos Luis Romero Muñoz, Mario Armando Axel Cazenave Pontilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace de los cargos formulados en su contra en las acusaciones de fojas 1178 y 1605 y, en su lugar, se decide que los mismos quedan condenados como autores de los homicidios calificados de Teófilo Segundo Arce Toloza, de José Esteban Sepúlveda Baeza, de Segundo Abelardo Sandoval Gómez y de Leopoldo Mauricio González Norambuena, a las penas siguientes:

1.- Sergio Arellano Stark y Carlos Luis Romero Muñoz, a sufrir, cada uno de ellos, la pena 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 e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa;

2.- Mario Armando Axel Cazenave Pontilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace, a sufrir, cada uno, la pena privativa de libertad de **tres años y un día** de presidio menor en su grado máximo; accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas de la causa.

**III.- se confirma** en todo lo demás apelado la mencionada sentencia.

Acordada la condena del sentenciado Sergio Arellano Stark, con el voto en contra del ministro señor Astudillo, quien estuvo por absolverlo de la acusación enderezada en su contra, por estimar que los indicios referidos en el motivo 32° de la sentencia apelada no satisfacen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y, por ende, son insuficientes para asentar la participación que le es atribuida en los delitos materia de esta causa.

Resuelta, asimismo, con las siguientes prevenciones del ministro señor Astudillo:

a.- la de condenar al sentenciado Julio Barros Espinace en calidad de cómplice de los delitos de homicidio, conforme a las siguientes reflexiones:

- según la definición contenida en el artículo 16 del Código Penal, son cómplices los que, no siendo autores, cooperan en la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. En ese sentido, se ha precisado que la complicidad supone una forma de participación que no es concluyente en la perpetración del hecho punible, es decir, atañe a aquellos casos en que el agente contribuye a la ejecución del ilícito pero lo hace de un modo tal que, aún de no mediar su ayuda, el delito igualmente habría podido ejecutarse;

- al entender de quien previene, los antecedentes enunciados en el motivo 21º) del fallo apelado no permiten asentar que dicho acusado llevara a cabo las acciones que, de modo implícito, le son imputadas en esa sentencia, esto es, la de gritar a los detenidos que debían correr y la de disparar en contra de éstos, ya que en tal sentido solo se dispone de la inculpación del también sentenciado Parada Muñoz, insuficiente para esos efectos. Con todo, el propio reconocimiento del acusado en orden a que estuvo en el lugar de los hechos; que trasladó a los detenidos hasta ese sitio y, luego, que ayudó a cargar sus cuerpos, sin vida, en un vehículo, es esencialmente concordante, en esos aspectos, con los dichos del mencionado Parada Muñoz y, por lo mismo, es prueba idónea para establecer que la admitida es la intervención que le cupo en el hecho;

- desde ese punto de vista, en concepto de quien suscribe esta prevención, los antecedentes a que se ha hecho referencia dan cuenta que Barros Espinace participó en un hecho ajeno; que contribuyó de un modo prescindible a su ejecución, o sea, sin tomar parte directa e inmediata en la perpetración y que lo hizo, entonces, de la manera que describe el artículo 16 del Código Penal.

b.- la de aplicar en beneficio de todos los condenados la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal, de acuerdo con las siguientes motivaciones:

- en rigor, la prescripción propiamente dicha es esencialmente diversa del instituto contemplado en el artículo 103 del Código Penal. Mientras aquella constituye una causal de extinción de la responsabilidad penal, ésta corresponde a una forma especial de aminoración, basada en lo desproporcionado que resulta la imposición de sanciones elevadas – objetivo que es particularmente pertinente en este caso – para hechos que si bien deben ser sancionados, han de serlo de un modo acorde con la circunstancia manifiesta de haberse verificado hace más de 30 años.

- las normas de Derecho Internacional, que se han tenido en cuenta en este fallo para desestimar la prescripción de la acción penal tienen por fundamento final la necesidad de evitar que conductas determinadas, que tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional reprueban de manera especial, queden en la impunidad. Empero ello no puede significar que deba contrariarse un principio tan esencial y capital como el de la pena legal.

- así, en la medida que la prescripción gradual comporta igualmente sanción para los hechos, el previniente no logra advertir obstáculo o reparo para su procedencia. Antes bien, estima que es un imperativo darle aplicación.

Atendiendo a la extensión de las penas que les han quedado impuestas y por no concurrir sus exigencias, no se concede a los sentenciados Sergio Arellano Stark y Carlos Luis Romero Muñoz ninguno de los beneficios alternativos de la Ley 18.216. Consecuentemente, deberán cumplirlas efectivamente y se contarán desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono los días de privación de libertad que registran en esta causa, esto es, para Romero entre el 29 de noviembre y el 3 de diciembre de 2.004, según consta de fojas 989 a 1.010 y en cuanto a Arellano no registra abonos que computar.

Reuniéndose respecto de los condenados Mario Armando Axel Cazenave Pontilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace los requisitos del artículo 15 de la Ley 18.216, se les concede el beneficio de la libertad vigilada, fijándose en 3 años y 1 día el período de observación y tratamiento correspondiente, quedando sujetos al cumplimiento de las restantes exigencias de su artículo 17.

Para el caso de serles revocados tales beneficios deberán cumplir efectivamente las penas corporales impuestas en esta sentencia, las que se empezarán a contar desde que se presenten o sean habidos sirviéndoles de abono los días que permanecieron privados de

libertad por esta causa, esto es, respecto de Cazenave entre el 08 y el 11 de febrero de 2.005, según consta de fojas 1092 y de 1.120; respecto de Barros entre el 8 y el 11 de febrero de 2.005, según consta de fojas 1.092 y de 1.121; y respecto de Parada entre el 23 y 25 de agosto de 2.005, según consta de fojas 1.549 y de 1.576.

Redactó el ministro señor Astudillo.

Regístrese y devuélvase.

Nº 8.806-2.006.-

Pronunciada por la **Octava Sala**, integrada por los ministros señores Juan González Zúñiga y Omar Astudillo Contreras y el abogado integrante señor Angel Cruchaga Gandarillas.