

## CASO VILLA LOS TORREONES.

Coyhaique, treinta de Octubre de dos mil diez.

### VISTOS:

Se ha ordenado instruir sumario en la causa criminal Rol 16.996-AyB, a la que se le acumularon los roles N° 16.209 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, Rol N° 2.182-98 y la Rol N° 16.996-B, del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, con el fin de investigar la existencia del delito de Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya y la responsabilidad que les pudiera corresponder en estos hechos a los procesados **Juan José González Andaur**, cédula nacional de identidad N° 4.179.111-K, chileno, casado, estudios medios, nacido el 01 de Diciembre de 1939, sin antecedentes anteriores, pensionado de las fuerzas armadas, 66 años, con domicilio en calle Cerro San Valentín N° 1720 de Coyhaique; **José Erwin Maricahuin Carrasco**, cédula nacional de identidad N° 8.412.043-K, chileno, nacido el 05 de Enero de 1954 en Colaco, 52 años, casado, estudios medios, soldador, sin antecedentes anteriores, domiciliado en Sector Los Calafates, Pargua Alto sin número; y **Nelson Hernán Ojeda Soto**, cédula nacional de identidad N° 7.468.411-4, chileno, nacido el 27 de Agosto de 1954 en Purránque, 52 años, casado, estudios básicos, sin antecedentes anteriores, con domicilio en Población Las Lengas, Pasaje José Pomar N° 804 de Coyhaique.

Se inició la investigación mediante el oficio N° 2171, de fecha 11 de Diciembre de 2002, de la Iltrta. Corte de Apelaciones de Coyhaique, referido a la presentación que hiciera, en su oportunidad, el Ministro del Interior don José Miguel Insulza Salinas, respecto de siete detenidos desaparecidos en la XI Región, entre los cuales figura Moisés Ayanao Montoya, documento que se encuentra agregado de fojas 1993 a 1995, constando de los antecedentes agregados lo siguiente:

1.- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación Tomo I, páginas 427 y 428, en lo pertinente, donde se señala que respecto a los casos de la XI Región de Aysén existen 10 casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas entre el 11 de Septiembre de 1973 y fines de ese mismo año, todas ellas con resultado de muerte o desaparición y donde la Comisión adquirió la convicción de que existió responsabilidad del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio. Que, en lo que interesa, el mando superior de la XI Región fue asumido desde el 11 de Septiembre por efectivos del Ejército y de Carabineros. La primera de esas ramas tuvo bajo su cargo las ciudades de Coyhaique y Cochrane, en tanto que Carabineros ejerció una presencia más activa en Puerto Aysén y en localidades más pequeñas como Puyuhuapi, Chile-Chico y Puerto Cisnes y los principales centros de detención fueron Las Bandurrias, el gimnasio del Regimiento N° 14 Aysén, ambos lugares a cargo del Ejército y la Cárcel Pública de Coyhaique, a cargo de Gendarmería. Que el 21 de Octubre de 1973 fue muerto por una patrulla militar, en el camino que une Coyhaique con Puerto Aysén, Moisés Ayanao Montoya, 19 años, obrero, sin militancia política conocida, y que por diversos antecedentes que pudo estudiar la comisión tuvo por acreditado que el afectado fue muerto por efectivos militares, sin que mediara provocación alguna de parte suya. Que la inscripción de su defunción indica como causa de la muerte "Impartida por la autoridad militar, herida a bala"; que el requirente de la inscripción es un oficial de Ejército y el médico que certificó la muerte fue un profesional perteneciente a la misma institución; el cadáver fue enterrado en Coyhaique, cementerio El Claro, si darse noticias de ello a los familiares de la víctima, y que la comisión se formó convicción de que esa muerte constituye una grave violación de los Derechos Humanos, por tratarse de una ejecución al

margen de la ley, además de lo irregular de esta ejecución por la evidente desproporción de fuerza entre el menor Ayanao Montoya y una patrulla militar dirigida por un oficial y que la inhumación irregular del cuerpo de la víctima hace presumir un ánimo de ocultamiento.

2.- Tomo III del Informe ya mencionado, que en su página 43 señala que Moisés Ayanao Montoya fue muerto en Aysén en Octubre de 1973; era soltero, tenía 19 años de edad, obrero y sin militancia política conocida, y que el día 21 de Octubre de 1973 fue ejecutado por agentes del Estado en el kilómetro 26, camino a Puerto Aysén y su cuerpo enterrado ilegalmente por las autoridades en el Cementerio El Claro de Coyhaique, sin conocimiento de la familia.

3.- Documentos agregados de fojas 551 a 668, en lo pertinente, relacionados con una declaración pública de la Comisión Regional de Derechos Humanos de Coyhaique.

4.- Testimonial de Héctor Jorge Ainol Saldivia, de fojas 2178 a 2178 vuelta.

5.- Deposition de Olivia Lepio Chiguay, de fojas 2179.

6.- Acta de Inspección Ocular y reconstitución de escena del Tribunal al sitio del suceso, de fojas 2180 a 2180 vuelta.

7.- Testimonio de Margarita Purísima Contreras Romaní, de fojas 2181.

8.- Deposition de Timo León Contreras Romaní, de fojas 2182 a 2183.

9.- Orden de Investigar debidamente diligenciada por la Policía de Investigaciones de esta ciudad y que rola de fojas 2243 a 2246, ampliado mediante Informe Policial agregado de fojas 2936 a 2945, relacionadas con el hecho ordenado investigar.

10.- Certificado de defunción, de fojas 2396, en el que consta que la defunción de Moisés Ayanao Montoya ocurrió con fecha 25 de Octubre de 1973, a las 15:15 horas, en el kilómetro 26 camino a Puerto Aysén y la causa impartida por la autoridad militar – herida a bala.

11.- De fojas 2476 a 2477 vuelta, 2642, 2643 y 3241, declaraciones indagatorias del procesado Juan José González Andaur.

12.- Deposition de Ariela de Lourdes Ayanao Montoya, de fojas 2663 a 2664 vuelta.

13.- Copia del expediente Rol N° 1.420-91, del VII Juzgado Militar de Coyhaique, ordenado tener la vista.

14.- De fojas 2975 a 2977 vuelta y fojas 4125, declaraciones indagatorias del procesado José Erwin Maricachuín Carrasco.

15.- De fojas 2996 a 2997, se deja constancia de las diligencias de excavación y exhumación en el Cementerio El Claro.

16.- Informe Pericial Fotográfico N° 051-003 agregado de fojas 3065 a 3086, evacuado por la Policía de Investigaciones de Chile, correspondiente a la Inspección ocular y reconstitución de escena realizada en el kilómetro 26 de la ruta Coyhaique a Puerto Aysén, que contiene una relación pormenorizada de los lugares y las versiones de sus protagonistas.

17.- Deposition de María Procelia Vargas Bahamondes, de fojas 3146.

17.- Testimonial de Irma Hernández Aguilar, de fojas 3147 a 3148.

18.- Declaración del Médico Legista Jaime Arturo Ceballos Vergara, de fojas 3242.

19.- Informe de la Unidad Especial de Identificación de Derechos Humanos, del Servicio Médico Legal de Santiago, de fojas 3428 a 3474 con un set fotográfico y plano al Cementerio El Claro.

20.- Declaración de Nelson Hernán Ojeda Soto, de fojas 3486 y siguientes.

21.- Deposition del Médico cirujano Lionel Grez Labbé de fojas, 3524 a 3524 vuelta.

22.- Atestado de la arqueóloga Ximena Adriana Novoa Sepúlveda, de fojas 3525 a 3525 vuelta.

23.- Deposition de Karla Soledad Moscoso Matus, cirujano dentista, de fojas 3526 a 3526 vuelta.

- 24.- Informe Pericial agregado de fojas 3532 a 3572, con un set fotográfico, sobre exhumaciones efectuadas desde el Cementerio El Claro de Coyhaique.
- 25.- Nuevo Informe Pericial agregado de fojas 3575 a 3584 referido a los trabajos de exhumaciones correspondientes al Cementerio El Claro de Coyhaique.
- 26.- Informes Periciales Fotográficos N° 129-2003 agregado de fojas 3960 a 3974, N° 131-2003 que corre de fojas 3976 a 3988 y el N° 133-2003 rolante de fojas 3991 a 4040, evacuados por peritos de la Policía de Investigaciones de Chile, realizados en el Cementerio El Claro de Coyhaique.
- 27.- Nuevos Informes Periciales Fotográficos, N° 135-2003, agregado de fojas 4167 a 4188, y N° 136-2003, que rola de fojas 4192 a 4205.
- 28.- De fojas 4392 a 4399 vuelta, rola auto de procesamiento en contra de Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, por el delito de Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya.
- 29.- A fojas 5057, rola extracto de filiación y antecedentes del procesado Juan José González Andaur.
- 30.- A fojas 5058, rola extracto de filiación y antecedentes del procesado Nelson Hernán Ojeda Soto.
- 31.- Informe de resultado de A.D.N., practicado a piezas dentarias de las osamentas exhumadas desde el Cementerio El Claro de Coyhaique, agregado de fojas 5627 a 5639, complementado con el Acta de Compatibilidad entre la ficha antropomórfica de Moisés Ayanao Montoya y las osamentas exhumadas desde el Cementerio El Claro, de fojas 5640 a 5642.
- 32.- De fojas 6193 a 6200 rola acusación fiscal dictada en contra de los procesados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, por el delito de Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya.
- 33.- A fojas 6203, rola adhesión a la Acusación Fiscal por parte del Ministerio del Interior.
- 34.- De fojas 8647 a 8647 vuelta, corre, en lo pertinente, adhesión a la Acusación Fiscal por parte del Fiscal Judicial no Inhabilitado de la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique.
- 35.- De fojas 9128 a 9133 vuelta, corre contestación de la Acusación Fiscal y Adhesión por parte de la defensa de los procesados, deduciendo excepciones de previo y especial pronunciamiento de los números 4, 6 y 7 del Artículo 433 del Código de Procedimiento Penal.
- 36.- De fojas 9235 a 9242, rola presentación del Ministerio del Interior, evacuando el traslado conferido respecto de las excepciones de previo y especial pronunciamiento.
- 37.- A fojas 9249, se recibió la causa a prueba.
- 38.- A fojas 9352 vuelta, se certificó el término del probatorio.
- 39.- De fojas 9354 a 9355, se decretó medida para mejor resolver.
- 40.- De fojas 9772 a 9773, rola informe pre-sentencial del encausado Nelson Hernán Ojeda Soto.
- 41.- De fojas 9778 a 9779, rola informe pre-sentencial del encausado Juan José González Andaur.
- 42.- De fojas 9935 a 9937, rola informe pre-sentencial del encausado José Erwin Maricahuin Carrasco.
- 43.- A fojas 10085, se trajeron los autos para la dictación del fallo.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**I.- EN CUANTO A LOS ARTÍCULOS DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO FORMULADOS POR LAS DEFENSAS DE LOS ENCAUSADOS:**

**COSA JUZGADA**

**PRIMERO:** Que, el abogado Patricio Blanche Sepúlveda, en representación de los encausados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, previo a la contestación de la acusación fiscal, dedujo excepciones de previo y especial pronunciamiento, entre ellas la cosa juzgada del numeral 4° del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, cuya resolución quedó para la definitiva.

Como fundamento del artículo expresa que este tribunal tuvo a la vista una causa del Séptimo Juzgado Militar de Coyhaique, la Rol N° 1.420-91, por homicidio calificado e inhumación ilegal de Moisés Ayanao Montoya, proceso que pasó a conocimiento del Tribunal Militar después que la Corte Suprema resolviera una contienda de competencia entre ese Juzgado Militar y el Segundo Juzgado del crimen de Coyhaique que investigaba la Rol N° 8.051, dirimiéndose a favor de la Justicia Militar, cuyo Rol 1.420-91 también sirvió para que se acumulara una causa del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, la Rol N° 12.497. Que así entonces, el tribunal castrense en la Rol N° 1.420, a la que se le acumularon las causas ya mencionadas, dictó sobreseimiento total y definitivo aplicando la amnistía contenida en el Decreto Ley 2.191, elevándose en consulta a la Corte Marcial la que la aprobó el 10 de agosto de 1994, archivándose los antecedentes, por lo que conforme al artículo 148 del Código de Justicia Militar y 418 del Código de Procedimiento Penal ese sobreseimiento tiene la autoridad de cosa juzgada. Agrega que con todo, se continuó realizando la investigación esclareciéndose las circunstancias en que ocurrieron los hechos y la participación de una patrulla militar en la muerte de Moisés Ayanao, hechos que en todo caso están insertos en el sobreseimiento definitivo dictado por la Justicia Militar basado en autoridad de cosa juzgada. Que en todo caso, la Excma. Corte Suprema, considerando el dictamen de su Fiscal, determinó que el Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique en la Rol N° 12.497, era competente para el sólo objeto de practicar diligencias destinadas a reunir elementos de convicción para identificar a la persona a que se refiere la investigación, establecer si entre los inhumados en el cementerio Río Claro se encuentra aquél y hacer entrega de su cuerpo a los familiares que lo soliciten, lo que está en concordancia con el sobreseimiento definitivo ya aludido y que arrastró a que las acciones penales se encuentren extinguidas a favor de los acusados de esta causa.

**SEGUNDO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la cosa juzgada, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, pide su rechazo sosteniendo que si bien la cosa juzgada como institución en el juicio criminal no se encuentra claramente reglamentada, como en el Código de Procedimiento Civil, no cabe duda que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables. Que, para que pueda aplicarse la cosa juzgada en materia penal, tiene que producirse una doble identidad, del hecho punible y del actual procesado, y que si en ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio, y con mayor razón si en la primera causa no hay un procesado, y que por ello, en el caso de autos, no existe cosa juzgada, y que si bien puede cumplirse el primer requisito, no se cumple la identidad de partes, porque el derecho penal afecta a personas determinadas, por lo que se requiere que exista una identidad física, es decir, debe estar totalmente determinada la persona respecto de la cual se aplicó el sobreseimiento, y para ello es indispensable que haya sido parte en el juicio, es decir que a lo menos se haya dictado auto de procesamiento en su contra.

A modo de ilustración, refiere jurisprudencia para señalar que la Excma. Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que para que pueda aplicarse la cosa juzgada en materia

penal, tiene que producirse esa doble identidad, y cita las rol N° 4.622-02, la rol N° 2.626-2001, la rol N° 2097-98, todas sentencias de casación y en las cuales la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado acerca de la cosa juzgada en materia penal, en el sentido expuesto por dicho letrado, el cual en definitiva pide que se rechace la excepción de cosa juzgada que solicitan los encausados Juan José González Andaur, Nelson Hernán Ojeda Soto y José Erwin Maricahuin Carrasco.

**TERCERO:** Que, en lo que atañe a la excepción de la cosa juzgada, la Corte Suprema en reiterados fallos, ha declarado que a esta institución en materia criminal no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Que, de otro lado, las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal, giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fundamentales en el juicio penal, y son, por un lado, la acreditación de los hechos que constituyen el ilícito penal, y por el otro, la determinación del o los autores responsables del mismo. Sobre estos dos hechos fuerza la ley la atención investigativa y probatoria del juez, y cuando ello se logra, es permitido el sometimiento a proceso.

A su turno, el tratadista Rafael Fontecilla, al comentar los hechos referidos anteriormente sostiene que surgen dos elementos relevantes, que constituyen la médula de la decisión que el juez debe hacer en la sentencia, el hecho punible y la persona a quien se le atribuye la ejecución o participación de ese hecho, y que sobre esos extremos versa el juzgamiento y determinan, por ende, la cosa juzgada, respecto de la cual indica lo siguiente: “por lo tanto, el concepto de identidad, del cual no podemos desprendernos, porque es de la esencia de la institución de la cosa juzgada que tiene por objeto evitar la repetición procesal, de lo que es idéntico, sólo puede surgir de la comparación del hecho y de la persona del procesado en el enfrentamiento de dos procesos. De modo que la excepción de cosa juzgada puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) Identidad de hechos punibles, técnicamente tipos, y b) Identidad entre los sujetos activos del delito” (Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica, 1978, III Tomo, página 231).

Que, por su parte, el profesor Fernando Gómez de Liaño, sostiene que “para que se produzca la cosa juzgada penal, no es necesario acudir a la tesis de las tres identidades del artículo 1251 del Código Civil, que es sólo de aplicación al proceso civil, pues sólo exige la concurrencia de dos identidades, la del sujeto activo y de los hechos, no influyendo en este sentido las partes acusadoras, por su carácter instrumental, y eventual en muchos casos” (El Proceso Penal Español, Editorial Jurídica Forum S.A., Oviedo, Quinta Edición, página 242).

**CUARTO:** Que, el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, recoge los principios doctrinarios consignados anteriormente, cuando autoriza el sobreseimiento definitivo sólo “cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”.

Que, en consecuencia, de lo expuesto puede concluirse que en materia penal sólo puede aplicarse la cosa juzgada cuando se haya producido la doble identidad: del hecho punible y del actual procesado, porque si entre ambos procesos si bien el hecho investigado puede ser el mismo, pero el actual procesado no es el de aquella causa, entonces no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio, y con mayor razón si en la primera causa no hubiera habido reo, que es precisamente lo que ocurre en el caso en análisis, según se dirá enseguida:

Que, en efecto, de los antecedentes existentes en la causa constan los siguientes hechos:

a) Que, en el Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique se tramitó la causa Rol N° 8.090, la que se inició por querrela de doña María Erita Vera Vera, por los delitos de Homicidio Calificado e Inhumación Ilegal en la persona de su padre don Juan Vera Oyarzún, deducida en contra de J. M. Fuentealba Suazo, un tal carabinero de apellido Salinas y un tal teniente de Ejército de apellido Molina y en contra de quienes resulten culpables;

b) Que, con fecha 19 de diciembre de 1990, se dirimió por la Excma. Corte Suprema una contienda de competencia trabada y se declaró que era competente para conocer de estos antecedentes el Séptimo Juzgado Militar de Coyhaique a quien se remitió los autos respectivos;

c) Que, se inició - entonces - en este último tribunal la causa Rol N° 1.420-91 en la que luego de efectuarse escasas diligencias, entre ellas algunas relacionadas con la muerte de otra persona, que no es objeto de esta investigación, Juan Bautista Vera Cárcamo y sin que se hubiera tomado declaración indagatoria en esta última causa, a ninguno de los actuales procesados, con excepción de Nelson Hernán Ojeda Soto, encausado por el Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya, testimonio que además fue prestado bajo juramento, se procedió a declarar cerrado el sumario por estimarse se encontraba agotada la investigación y con fecha 03 de agosto de 1993 el Séptimo Juzgado Militar, estimando que los hechos delictuosos investigados ocurrieron dentro del ámbito temporal que establece el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, que concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurridos en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, sobreseyó total y definitivamente dicha causa Rol N° 1.420-91 por encontrarse extinguida la responsabilidad penal de las personas presuntamente inculpadas de los hechos investigados en ella. Que la mencionada resolución fue aprobada por la Itma. Corte Marcial por resolución de fecha 10 de Agosto de 1994, decisión ésta que fue acordada con el voto en contra del entonces Ministro Sr. Enrique Paillás, quien estuvo por revocar el sobreseimiento respectivo por estimar que no estaba agotada la investigación que permita aclarar completamente los hechos y perseguir la responsabilidad de quienes corresponda y considerando que la amnistía no era aplicable a este caso. Esta causa fue archivada con fecha 30 de agosto de 1994.

**QUINTO:** Que, en consecuencia, y de acuerdo a las razones de doctrina y de texto, como ya se señaló, no cabe considerar como concurrente la excepción de cosa juzgada alegada para dichos encausados, puesto que, para que esta institución jurídica opere y sea aplicable, debe, según se ha dicho, necesariamente producirse una doble identidad entre la presente causa y la anterior, signada con el Rol N° 1.420-91, situación que en la especie no se da.

Que, además, se ha sostenido reiteradamente que la cosa juzgada, en el orden penal, tiene como objetivo evitar una doble decisión sobre la misma materia, por lo que corresponde a los jueces velar porque ello no ocurra verificándose si entre ambos procesos existe doble identidad, tanto del hecho punible como de los procesados, tanto anteriores como actuales; y en el caso de autos se puede constatar, de acuerdo a lo ya expuesto, que en la causa Rol N° 1.420-91, del Séptimo Juzgado Militar ya citado y también en la Rol N° 8.090 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, que la antecedió, no existen procesados y consta del claro tenor de la resolución de sobreseimiento total y definitivo que fuera pronunciada en la Rol N° 1.420-91 del Juzgado Militar, que dicho sobreseimiento fue dictado en términos generales, sin especificarse, determinarse ni individualizarse ningún responsable en los hechos investigados, como ocurrió en la presente causa.

Cabe hacer notar, a este respecto, que la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en diversas sentencias, se ha encargado de dejar sentada claramente dicha doctrina y así lo resolvió en los fallos que a continuación se transcriben:

a.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 29 de diciembre de 1998; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos 8° al 11° que no hay Cosa Juzgada no obstante de que se trata del mismo hecho investigado, pero los procesados son distintos, por lo que resulta requisito esencial la identidad de procesados en ambos procesos;

b.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 28 de enero de 2000; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en su considerando 3° “...no puede producirse la cosa juzgada que se invoca en la resolución impugnada, pues para que pueda operar dicha causal debe haber – identidad procesal entre ambas causas y la identidad sólo puede surgir de la comparación del hecho punible y de la persona del procesado al confrontar un proceso con otro-“.

c.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 12 de mayo de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que en su considerando 10° acoge el mismo razonamiento señalado anteriormente; es decir, solo puede aplicarse la cosa juzgada si existe doble identidad; el hecho punible y el actual procesado, agregando además “no cabe sostener que aquella sentencia produzca excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio. Con mayor razón, si en la primera causa no hubo reo”.

d.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 4 de noviembre de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos tercero al quinto que no procede la cosa juzgada, por cuanto el concepto de “identidad” es relevante y esencial y el tenor literal del artículo 408 N° 7 exige que el “hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”.

e.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 11 de noviembre de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos tercero, cuarto y quinto los mismos argumentos ya reseñados precedentemente, por los cuales no hay identidad de sujeto pasivo si no son los mismos procesados, y, en consecuencia, no hay cosa juzgada.

f.- Fallo de la Excma. Corte Suprema, de fecha 4 de agosto de 2010, Rol 7.089-09, en el que se entregan los elementos doctrinarios y jurídicos para concluir que en materia criminal no puede aplicarse la triple identidad que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que no procede la cosa juzgada mientras no se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el sobreseimiento sólo puede decretarse cuando está agotada la investigación, y en tanto exista identidad de hechos e identidad entre los sujetos activos del delito.

Que, por tanto, de acuerdo a los antecedentes existentes en la presente causa, a juicio de este sentenciador, no aparece como concurrente la doble identidad que legalmente se requiere para hacer procedente la excepción de cosa juzgada a que se hizo referencia con antelación; además que tampoco se agotó la investigación como lo exige nuestra normativa, lo que quedó plasmado en el voto disidente a que se hizo referencia, habiéndose incumplido numerosas diligencias que incluso estaban decretadas en la causa Rol N° 8.090 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, según consta de fojas 248 a 255 vuelta de dicho expediente; y al haberse decretado el sobreseimiento definitivo por la Justicia Militar en términos generales, sin señalarse o especificarse el caso concreto sobre el que incidía, pero más aún sin haberse atribuido algún tipo de responsabilidad penal a alguno de los actuales encausados del caso Villa Los Torreones, en forma particular, preciso e individualizado, mediante las formas procedimentales que inequívocamente permitan dar por sentado el enjuiciamiento de alguno de ellos, los que incluso no fueron interrogados en las instancias respectivas, y no habiéndose

sometido a proceso a persona alguna en las causas anteladas, por lo que no se ha adquirido la certeza jurídica plena de concurrir los dos presupuestos necesarios para que opere la institución de que se trata, que son los fundamentos de ésta - imposibilitar nuevos juzgamientos en virtud de la misma - no cabe sino desechar la excepción de previo y especial pronunciamiento de cosa juzgada planteada por sus defensas a favor de los encartados Juan José González Andaur, Nelson Hernán Ojeda Soto y José Erwin Maricahuin Carrasco.

### **AMNISTIA**

**SEXTO:** Que, la misma defensa, y previo a contestar la acusación fiscal y sus adhesiones, opuso como artículo de previo y especial pronunciamiento el contemplado en el numeral 6° del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la amnistía, en relación a la segunda de las excepciones deducidas, sosteniendo que el artículo 1° del Decreto Ley N° 5 de 22 de septiembre de 1973 dijo lo siguiente: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “el estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra que establece el Código de Justicia militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”, y que por su parte el artículo 418 del Código de Justicia Militar dijo que: “Para los efectos de este Código, se 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”; y por último el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política de 1925 dice que el estado de sitio podía decretarse por guerra exterior o conmoción interior, y que en tal contexto el Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973 dispuso en su artículo único “Declárese a partir de esta fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarían en la emergencia”.

Agrega el articulista que el análisis del texto literal del artículo 1° del decreto Ley N° 5 permite concluir que el estado de sitio declarado lo fue por conmoción interior y no por ataque o guerra exterior, lo que determina objetivamente que en el país dicho estado de sitio no significó de manera alguna la existencia de guerra externa o interna, ya que de haber existido dicha situación extrema beligerante, carecía de sentido efectuar la interpretación contenida en el artículo analizado, ya que hubiera bastado con que el Decreto Ley N° 3 lo hubiera hecho derechamente, debiendo tenerse presente además que la interpretación aludida no está referida específicamente a la norma legal que estableció el estado de sitio en el país, esto es, al Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973, sino al artículo 418 del Código de Justicia Militar. Que debe entonces analizarse dicha normativa considerando que la legislación de orden público vigente en 1973 permitía declarar el estado de sitio, ya sea con motivo de guerra exterior o por conmoción interna y que el estado de sitio a que alude el artículo 1° del Decreto Ley N° 5 de 1973, no es otro que el establecido por el Decreto Ley N° 3 dictado el 11 de septiembre de 1973, que dispuso en su artículo único: Declárese a partir de esta fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarían en la emergencia”, sin especificar los motivos de tal determinación adoptada, por lo que la extensión interpretativa referida constituye sólo una ficción legal que no refleja en lo absoluto la realidad de aquella época en que no hubo cuerpos armados antagónicos que a través de una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, teniendo cada bando en conflicto bajo su dominio una parte del territorio nacional, condiciones estas que son las que



definen la Convención de Ginebra y su Protocolo II como constitutivas del estado de guerra que determina su aplicación.

Agrega que, a mayor abundamiento, y siguiendo la línea de razonamiento expuesta, cabe tener presente que como de acuerdo con la normativa de orden público vigente en esa data el estado de sitio pudo decretarse por guerra exterior o conmoción interior, el Decreto Ley N° 3 teniendo en vista la realidad objetiva nacional e internacional del país, declaró a partir del 11 de septiembre de 1973 el estado de sitio en todo el territorio de la República por conmoción interior, tal como lo expone claramente el interpretativo artículo 1° del Decreto Ley N° 5, y no por ataque y/o guerra exterior, circunstancias objetivamente inexistentes a esa época, y más aún considerando con una mínima lógica y racionalidad jurídica, la absoluta inconsecuencia que importaba el que, decretado el estado de sitio en base a un estado de guerra exterior, se dictara acto seguido el Decreto Ley N° 5 para interpretar el artículo 418 del Código de Justicia Militar a fin de que se considerara que dicho estado de sitio ya decretado por un estado de guerra, se entendiera “estado o tiempo de guerra” a los efectos ya dichos.

Por último, expone que en lo que respecta a los principios que informan el derecho público en nuestro país, sólo a partir del 17 de agosto de 1989, fecha de vigencia de la ley 18.825, que introdujo la modificación al artículo 5° de la Constitución Política, subordinando a los tratados internacionales la legislación chilena en materia de derechos humanos ratificados por Chile, los tratados internacionales pasaron a primar sobre lo establecido en la legislación chilena solamente una vez publicados en el Diario Oficial, puesto que con anterioridad la legislación interna y muy especialmente la de orden público -calidad que tienen las disposiciones sobre la amnistía según explícitamente lo señala la Excma. Corte Suprema- (Rev. D° y Juris. 1932, 11ª Parte, Sección 1ª, pág.247, prima sobre las normas contenidas en los tratados internacionales, por lo que habiendo sido publicada la ley 18.825 el 17 de agosto de 1989, en tanto que la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) publicada en el Diario oficial el 05 de enero de 1991 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, priman sobre la legislación nacional pertinente sólo a contar de dichas fechas, y por lo tanto, ambos estatutos no pueden inhibir la aplicación del decreto Ley 2.191 de 1978 que según establece el mismo abarca el lapso que va desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, de lo que resulta, entonces, que de resolverse lo contrario en la materia, se vulneraría el principio de la no retroactividad de la ley penal que contempla el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política y el artículo 18 del Código Penal, por lo que, por las razones expuestas la excepción de la amnistía procede que sea acogida.

**SÉPTIMO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la amnistía, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, dijo que en la causa se encuentra establecido mediante la acusación fiscal el delito de homicidio calificado de Moisés Ayanao, que se trata de un delito especial que por sus características y el periodo en que fue cometido constituye un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad, que no puede ser objeto de amnistía o prescripción. Agrega que mediante la dictación del Decreto Ley N° 5, todo el territorio nacional quedó bajo estado de sitio, asimilado a un estado de guerra, para los efectos de la penalidad y demás efectos legales, cuyas consecuencias fueron gravísimas, con una penalidad agravada que derivó incluso en penas de muerte, con consejos de guerra, procedimientos muy sumarios, etc., y también entró a regir el estatuto del derecho internacional humanitario contenido en los cuatro Convenios de Ginebra, y

el artículo 3° común, en relación al artículo 146, en relación a los artículos 147 y 148, disponen que ninguno de los países que forman parte de esas convenciones pueden exonerarse o exonerar a otra parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de las infracciones previstas en el convenio, es decir, hay una expresa prohibición de amparar la impunidad, y de declarar jurídicamente extinguida la responsabilidad criminal en razón de la amnistía o de la prescripción penal, y que en caso de conflictos de normas legales los Convenios de Ginebra tienen aplicación preeminente conforme lo dispone el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile, cuestión así resuelta también por la Corte Suprema.

**OCTAVO:** 1.- Que respecto a la causal de extinción de responsabilidad penal llamada amnistía, prevista en el artículo 1° del decreto Ley 2191, en relación con el artículo 93 N° 3 del Código Penal, cabe consignar lo siguiente:

a) Que el 12 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno, que entonces había asumido el poder, después que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al Gobierno Constitucional, dictó el Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1° declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el decreto Ley N° 3, debería ser entendido como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad para todos los efectos legales;

b) Que el día 11 de septiembre de 1974, se dictó el Decreto Ley 641, que declaró al país en estado de sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley 640, debido a las condiciones de ese momento, y ello motivo el funcionamiento de los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra, conforme al Título III del Libro I del citado cuerpo legal, con la jurisdicción militar de ese entonces, aplicándose el procedimiento del Título IV del Libro II del mismo código y la penalidad para tiempo de guerra;

c) Que, a su vez, el artículo 418 del Código de Justicia Militar, señala que hay estado de guerra - o tiempo de guerra- no tan sólo cuando ella ha sido oficialmente declarada, o el estado de sitio, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización, aunque sin declaración oficial;

d) Que, de lo reseñado resulta, entonces, que de acuerdo a las normas mencionadas, en el país existía un estado de guerra interior, y tanto es así que el Decreto Ley N° 5, citado en la letra a), interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de entonces y las demás leyes penales y dispuso que, en general, lo era -ese estado de guerra- para todos los efectos de esa legislación, es decir el Código de Justicia Militar y las leyes penales;

e) Que, en este orden de ideas, resulta inconcuso que dentro de las citadas normas del Código de Justicia Militar y las leyes penales, deben incluirse, entre otras, los Convenios de Ginebra, que datan del año 1949 y son: Convenio de Ginebra I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra II, para los heridos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra III, sobre prisioneros de guerra y Convenio de Ginebra IV, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra. Estos convenios fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950, en Berna, y entraron en vigor seis meses después, y fueron publicados en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1950, y por lo tanto resultaban a no dudarlo leyes plenamente vigentes a la fecha de perpetrarse el ilícito que se investiga en la causa:

f) Que, en relación a los Convenios de Ginebra, ellos tienen aplicación, en general, a los conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún cuando el estado de guerra no lo haya reconocido alguna de esas partes, pero, excepcionalmente, también tienen

aplicación en casos de conflictos armados sin carácter internacional, conforme a su artículo 3°, común para todos los Convenios de Ginebra;

g) Que, de lo anteriormente expuesto, se colige que en la época en que ocurrieron los hechos investigados en estos autos, el país se encontraba en estado de guerra interna y, conforme al mencionado artículo 3°, común para los Convenios de Ginebra, existía un “conflicto armado no internacional”;

h) Que, por ende, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, resultan plenamente aplicables al delito investigado, esto es, homicidio calificado, los Convenios de Ginebra, ya citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, delega a los Estados Contratantes, para el caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios, la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitidas por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Del mismo modo, el referido instrumento internacional consigna, 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 esas convenciones graves que define el convenio, así como también los Estados se obligan a buscar a tales personas, a hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del acuerdo, precisando en su artículo 147 lo que debe entenderse por infracciones graves, entre otros, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, los atentados graves a la integridad física o a la salud, las deportaciones, los traslados ilegales y las detenciones ilegales.

Como Chile se impuso, con la suscripción y ratificación de dichos Convenios de Ginebra, la delegación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, en especial si fueren detenidos, le quedó vetada toda medida que ampare los agravios cometidos contra personas que se encuentren en dicha situación, así como también que se logre la impunidad de sus autores; por el contrario, conforme al derecho internacional, los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. En este orden de ideas, no cabe duda que la institución de la amnistía cobra una importancia fundamental si se tiene presente que es una especie de auto exoneración al margen de los instrumentos suscritos por Chile.

i) Que, debe aún referirse a la tesis levantada por quienes afirman que los Convenios de Ginebra, al contrario, posibilitan la dictación de la amnistía, al contemplarse en el Protocolo II, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (artículo 6° N° 5) que una vez terminadas las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posibles a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado y que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Que, sin embargo, para entender el sentido del artículo 6° N° 5, común para todos los Convenios de Ginebra, menester es interiorizarse sobre la finalidad de esta disposición en un convenio que es estrictamente de derecho humanitario y que está destinado a ser aplicado en los conflictos internos, y por tanto ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios sobre conflictos internacionales. Refuerza lo que se dice si se tiene presente que el Protocolo I,

sobre guerras internacionales, no contiene ninguna disposición que diga relación con el otorgamiento de amnistías e indultos entre las partes enfrentadas una vez producido el cese de hostilidades. Por otro lado, el precepto del Protocolo I que consagra garantías procesales - artículo 75- tiene una redacción similar al artículo 6° del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a la amnistía.

2.- Que, de lo expuesto precedentemente, debe concluirse que el Decreto Ley 2191, de 1978, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia. La denominada ley de amnistía viene a exonerar de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, ya que se dictó con posterioridad a ellos por las autoridades que detentaban el poder durante y después de los hechos, a fin de garantizar la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del Protocolo IV de los Convenios de Ginebra.

3.- Que, además de lo ya dicho, a juicio de este sentenciador, tampoco es procedente alegar la amnistía que se analiza, porque conforme a la indagación efectuada en esta causa estamos en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina “delitos contra la humanidad”, respecto de los cuales no corresponde aplicar la amnistía.

Los crímenes contra la humanidad son aquellos injustos que no tan solo contravienen los bienes jurídicos garantizados por el legislador penal, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa, de tal manera que en ellos existe una íntima conexión entre los delitos comunes y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, si se tiene presente que lo que caracteriza a dichos crímenes de lesa humanidad es la forma cruel con que son perpetrados algunos ilícitos, lo que contraría de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose, en algunos casos, la presencia de ensañamiento con algunas víctimas, conjugándose así un eminente elemento intencional, en la voluntad del agente, y ello constituye, a no dudarlo, un ultraje a la dignidad humana y representa una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los derechos Humanos. Por ello, dichas transgresiones son imprescriptibles e imposibles de amnistiarlas, por ser contrarias y prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de que según el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, el ejercicio de la soberanía se encuentran limitados por los derechos esenciales de la persona humana, siendo deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, entre ellos los cuatro Convenios de Ginebra, que establecen el deber de los estados partes -entre ellos Chile- de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

**NOVENO:** Que, del modo que se ha razonado, sólo cabe, entonces, rechazar la petición sobre la aplicación de la ley de amnistía solicitada por la defensa de los encausados González Andaur, Maricahuín Carrasco y Ojeda Soto, lo que la Excma. Corte Suprema ha efectuado en numerosos fallos de reciente data, en todos los cuales ha optado por el rechazo de la mencionada institución, y sólo por vía ejemplar se pueden mencionar las siguientes:

- a) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 1.369-09, de 20 de enero de 2010;
- b) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 1.746-09, de 25 de enero de 2010;
- c) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 5.279-09, de 14 de abril de 2010;
- d) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 3.302-09, de 18 de mayo de 2010;

- e) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 2.596-09, de 8 de julio de 2010;
- f) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 4.419-09, de 13 de julio de 2010.

### **PRESCRIPCION**

**DECIMO:** Que, respecto a la tercera excepción de previo y especial pronunciamiento deducida, el profesional indicado, esto es el abogado Patricio Blanche Sepúlveda, hace presente que la prescripción de la acción penal se encuentra directamente relacionada - en lo positivo – con lo previsto en los artículos 93 N° 6, 94, 95, 96 y 102 del Código Penal y 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal e importa la extinción de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo y ha sido impugnada como fuente de la extinción de la responsabilidad penal respecto de los ilícitos que se generan a partir del 11 de septiembre de 1973 con motivo de asumir el gobierno del país las fuerzas armadas, por aplicación de los principios del derecho internacional penal referidos a los ilícitos de lesa humanidad que deben primar, según se sostiene, sobre la legislación interna de Chile. Agrega que atendido lo dispuesto en la parte final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, si bien es cierto que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, ello debe entenderse en relación a lo que previene de manera explícita y clara la misma Constitución en su artículo 32 N° 17 en relación con lo establecido en su artículo 50 N° 1, lo que excluye automáticamente a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica respecto del tiempo transcurrido, previo a su ratificación, aprobación y publicación en el Diario Oficial, por lo que no cabe sino concluir que en la especie el tribunal debiera decretar el sobreseimiento definitivo y total de esta causa.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la prescripción de la acción penal, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, pide su rechazo sosteniendo que no es procedente la prescripción respecto del ilícito investigado en el presente proceso atendido que el mismo se inició durante el periodo en que rigió el estado de guerra en Chile y, por lo mismo, resulta imprescriptible a la luz de las claras disposiciones que sobre el particular establecieron los Convenios de Ginebra de 1949 y por ser delito de lesa humanidad.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que la prescripción es una institución que tiene como efecto el hecho de que extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, y se justifica por motivos históricos, políticos, jurídicos, humanitarios, entre los que más se citan por la doctrina. Se configura y apoya en el transcurso del tiempo y descansa, al decir del profesor Sergio Politoff, “en el principio de la seguridad jurídica” (Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, Editorial Jurídica, año 2003, página 578).

El profesor Eduardo Novoa Monreal (Curso de Derecho Penal, parte general, Tomo II, 3° Edición, año 2005, página 402), al comentar la prescripción afirma que ésta se justifica “porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son los de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, pero que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte”, y agrega que “ello explica que en todas las

legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos”.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, sin embargo, a la institución de la prescripción le son plenamente aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria en los delitos de lesa humanidad.

Que, en efecto, nuestro Código Penal, en sus artículos 94 y 95 señala que la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes en el plazo de quince o diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el ilícito, y en el caso de simples delitos, en el plazo de cinco años a partir de esa data.

Que, sin embargo, tal como ya se expuso al analizarse la excepción de la amnistía, el Estado de Chile, en cuanto componente o miembro del concierto internacional, reconoce derechamente la imprescriptibilidad tratándose de delitos que ofendan gravemente la conciencia jurídica de la humanidad, entre otros, precisamente, el homicidio calificado.

Que, en efecto, el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre protección de civiles en tiempos de guerra señala 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”.

Que, de dicha norma de orden internacional se infiere la imposibilidad de aplicar las causales extintivas de responsabilidad penal, como lo es la prescripción, en el orden jurídico interno de cada parte contratante, donde desde luego se incluye Chile, suscriptor también de ese cuerpo legal, de suerte que, además, de la prohibición de aplicar en nuestro ordenamiento interno la amnistía, también ello se extiende a la prescripción. De otro modo, se quebrantarían los artículos 1º, 3º y 147 del citado cuerpo legal que resguarda los derechos esenciales de toda persona humana, al sancionar, en todo tiempo y lugar, entre otros ilícitos, el secuestro u homicidio calificado de las personas en caso de conflicto armado sin carácter internacional, situación esta última que es la que ocurre en el caso que se analiza. Esta prohibición implica la suspensión de las instituciones que estaban vigentes, como por ejemplo la prescripción de la acción penal, concebida para que opere en un estado de paz social, pero en ningún caso en situaciones anormales de quebrantamiento del orden público.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, según lo ha resuelto en forma reiterada la Excma. Corte Suprema, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra nación puede hacer prescribir - y también amnistiar - las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad; más, si Chile ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como las Convenciones de Ginebra de 1949, aprobadas por Decreto Supremo 752, de 1951, y publicadas en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, y que entonces se encontraban vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en estos autos, no puede, en consecuencia, soberanamente, sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados convenios, para incumplir las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, amén de las argumentaciones ya dichas, cabe aún mencionar, para el rechazo de la prescripción que pide la defensa de los encausados González Andaur, Maricahuin Carrasco y Ojeda Soto, que conforme a las normas internacionales sobre derechos humanos, en cuanto consagra como delito de lesa humanidad al homicidio calificado de personas, en las condiciones en que acaecieron los hechos relativos a esta causa, los que la propia

norma internacional declara imprescriptible, siendo que dicho estatuto internacional fue reconocido y plasmado para su resguardo en el artículo 5° de la Carta Fundamental, cuando consagra el ejercicio de la soberanía, la que reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que dimanar de la naturaleza humana, *Ius Cogens* que por mandato constitucional debe relacionarse con los convenios y tratados celebrados y ratificados por Chile y por lo tanto le son vinculantes, ello es precisamente lo que sucede, conforme a la Carta Fundamental, con los delitos de lesa humanidad, según lo expone el profesor Humberto Nogueira Alcalá en su libro “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, página 231”; y es lo que ocurre, por ejemplo, con la propia Convención de Viena sobre derecho de los tratados, vigente en Chile desde el 27 de Enero de 1980, y cuyo artículo 27 señala que el Estado no puede invocar su propio derecho interno con el fin de eludir sus obligaciones internacionales, ya que de hacerlo comete un hecho lícito que compromete la responsabilidad internacional del propio Estado.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, además, cabe señalar que el Decreto Ley N° 3, de 18 de septiembre de 1973, declaró estado de sitio en todo el territorio de la República por la causal de “conmoción interior”, habiéndose fijado el carácter de esta por el Decreto Ley N° 5, de 22 de septiembre de 1973, que expresó que debía entenderse como Estado o Tiempo de Guerra y ello, no sólo para los efectos de la penalidad establecida por el Código de Justicia Militar y demás leyes penales de ese tiempo, sino “para todos los demás efectos de dicha legislación”, frase esta que en forma uniforme se ha interpretado de que dichos efectos abarcan las causales de extinción de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias de la misma y, además, las normas jurídicas penales de carácter internacional aplicables a dicha situación, lo que se tradujo, en la práctica, en la existencia de “Consejos de Guerra”, “Prisioneros de Guerra” y, también, en la aplicación de la penalidad de “Tiempos de Guerra”. Como consecuencia de lo anterior debe concluirse que nuestro país vivió bajo un “Estado o Tiempo de Guerra” desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de septiembre de 1974, en virtud del Decreto Ley N° 3 y Decreto Ley N° 5, sin perjuicio que también se ha estimado que con posterioridad a dicha fecha y hasta el 10 de septiembre de 1975, de conformidad con los Decretos Leyes N° 641 y 922, subsistió dicho estado o tiempo de guerra, por la dictación de los señalados decretos, que declararon en todo el territorio de la república estado de sitio en grado de defensa interna, obteniéndose como consecuencia de lo anterior que, en el lapso a que se hizo referencia, son aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, que establecen para las partes contratantes la prohibición de auto exonerarse por las responsabilidades en que pueden haber incurrido en relación con graves infracciones a dichos Convenios, entre ellos, el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos y la detención ilegítima lo que jurídicamente viene a significar un impedimento o prohibición de aplicar causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

Que, aparte de lo indicado precedentemente y relativo a la prescripción de la acción penal, cabe indicar que los fundamentos de esta institución lo constituyen el transcurso del tiempo, que hacen inútil la pena, y la inactividad del Estado en perseguir los delitos, computándose el término de ella desde el día en que se hubiere cometido el ilícito, según lo dispone el artículo 95 del Código Penal, pero también y para una acertada resolución debe dejarse establecido que de acuerdo a los elementos de juicio existentes y contexto en que se perpetró el hecho, ello tuvo lugar formando parte de un ataque generalizado en contra de una parte de la población civil, constituyendo la conducta de los responsables parte de un patrón sistemático y organizado en contra de las víctimas, ataque que se materializó genérica y globalmente en contra de aquella parte de la población civil y no sólo contra una sola víctima y,

consecuencialmente, estos supuestos fácticos permiten determinar que la conducta criminal se perpetró en crímenes de naturaleza de lesa humanidad, reconocido por el derecho penal internacional de los derechos humanos y, por ello, debe ser también rechazada la excepción de prescripción de la acción penal alegada por cuanto, para el derecho chileno, es obligatoria la normativa del derecho internacional penal de los derechos humanos, dentro de los cuales se enmarcan los crímenes de lesa humanidad y respecto de los cuales es inadmisibile la prescripción que pretende impedir, ya la investigación como también la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y, es así, que el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República establece expresamente que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana”, agregando que “es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De lo anterior se puede concluir, inequívocamente, que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de:

a) Los crímenes contra la paz, que consisten en desatar conflictos armados en violación a los Tratados Internacionales – Carta de las Naciones –; b) Los crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales – I y II, respectivamente – sobre conflictos internacionales y no internacional; y c) Los crímenes de lesa humanidad tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

Enseguida, la concreción de tipos penales por conductas lesivas en contra de la humanidad se gesta del literal c) del artículo 6° del “Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que define como crimen contra la humanidad:

“A saber, asesinato, exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, ya sea en violación o no del derecho interno del país donde han sido perpetrados”.

Luego la obligación de aplicar e interpretar las leyes penales en ese marco, surge también de los mismos Tratados Internacionales, entre ellos, de la norma del artículo I, Común de los Cuatro Convenios de Ginebra, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario el cual tiene como fuente los Principios Generales del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, los que reconocen la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. (Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad).

Enseguida, la afectación para nuestro Derecho Penal de los Principios Generales de Derecho Internacional referidos, está dada por la normativa constitucional antes analizada, reconocida también por la Excelentísima Corte Suprema (Alfredo Etcheberry. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, año 2002, páginas 38 y 39).

Entre tales Principios Generales del Derecho Penal Internacional se encuentra precisamente el referente a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, lo que aparece tangible para los Estados Partes de las Naciones Unidas, por medio de la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad,



adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en la que dichos Estados convienen lo siguiente:

#### Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido:

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 08 de agosto de 1945, conformada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación para el derecho interno del país donde fueron cometidos.

Que si bien dicho instrumento no ha sido ratificado por Chile, no hay discusión que éste y los instrumentos que la fundamentan son vinculantes vía del Principio General de Derecho Internacional, de tratado internacional y por la propia Carta de las Naciones Unidas de la cual Chile es parte; en efecto, tal Convención sobre Imprescriptibilidad se fundamenta expresamente en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre extradición y el castigo de los criminales de guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

En consecuencia, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, en cuyo contexto se ha dado el de este proceso, proviene de la hermenéutica jurídica que obligatoriamente debe emplearse al interpretar esa materia, en la que el intérprete del derecho debe considerar, tal como siempre lo ha señalado nuestro más alto Tribunal, de que si se trata de “delitos contra la humanidad”, rigen “los Principios del derecho Internacional”, éstos como categoría de norma de Derecho Internacional General (“Ius Cogens”), conforme al acervo dogmático y convención universal y de la aceptación de la práctica de los tribunales nacionales miembros de la Organización de las Naciones Unidas, como también de los fallos de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a esta clase de crímenes, tal como lo es, entre éstos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 52 y siguientes de la Convención Americana de Derechos Humanos).

**DÉCIMO SEPTIMO:** Que, en consecuencia, de acuerdo a las razones y fundamentos señalados precedentemente, no cabe sino desestimar, como se ha dicho, la excepción de previo y especial pronunciamiento de prescripción de la acción penal deducida por la defensa de los encausados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, interpuesta por ésta en el respectivo escrito de contestación a la acusación fiscal.

#### **II.- EN CUANTO AL FONDO:**

**DÉCIMO OCTAVO:** Que a fin de dar por establecida la existencia del delito de Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya, que ha sido materia de la acusación fiscal de fojas 6193 a 6200 y adhesión de fojas 6203, en contra de los procesados, **JUAN JOSÉ GONZÁLEZ ANDAUR, JOSÉ ERWIN MARICAHUIN CARRASCO y NELSON HERNÁN OJEDA SOTO**, se han reunido en autos los siguientes elementos de juicio:

**1.-** Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación Tomo I, páginas 427 y 428, en lo pertinente, donde se señala que respecto a los casos de la XI Región de Aysén existen 10 casos

de violaciones a los derechos humanos ocurridas entre el 11 de Septiembre de 1973 y fines de ese mismo año, todas ellas con resultado de muerte o desaparición y donde la Comisión adquirió la convicción de que existió responsabilidad del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio. Que, en lo que interesa, el mando superior de la XI Región fue asumido desde el 11 de Septiembre por efectivos del Ejército y de Carabineros. La primera de esas ramas tuvo bajo su cargo las ciudades de Coyhaique y Cochrane, en tanto que Carabineros ejerció una presencia más activa en Puerto Aysén y en localidades más pequeñas como Puyuhuapi, Chile-Chico y Puerto Cisnes y los principales centros de detención fueron Las Bandurrias, el gimnasio del Regimiento N° 14 Aysén, ambos lugares a cargo del Ejército y la Cárcel Pública de Coyhaique, a cargo de Gendarmería. Que el 21 de Octubre de 1973 fue muerto por una patrulla militar, en el camino que une Coyhaique con Puerto Aysén, Moisés Ayanao Montoya, 19 años, obrero, sin militancia política conocida, y que por diversos antecedentes que pudo estudiar la comisión tuvo por acreditado que el afectado fue muerto por efectivos militares, sin que mediara provocación alguna de parte suya, que la inscripción de su defunción indica como causa de la muerte “Impartida por la autoridad militar, herida a bala”, que el requirente de la inscripción es un oficial de Ejército y el médico que certificó la muerte fue un profesional perteneciente a la misma institución, el cadáver fue enterrado en Coyhaique, cementerio El Claro, si darse noticias de ello a los familiares de la víctima, y que la comisión se formó convicción de que esa muerte constituye una grave violación de los Derechos Humanos, por tratarse de una ejecución al margen de la ley, además de lo irregular de esta ejecución por la evidente desproporción de fuerza entre el menor Ayanao Montoya y una patrulla militar dirigida por un oficial y que la inhumación irregular del cuerpo de la víctima hace presumir un ánimo de ocultamiento.

**2.-** Tomo III del mismo Informe ya mencionado, que en su página 43 señala que Moisés Ayanao Montoya fue muerto en Aysén en Octubre de 1973, era soltero y tenía 19 años de edad, era obrero y sin militancia política conocida, y que el día 21 de Octubre de 1973 fue ejecutado por agentes del Estado en el kilómetro 26, camino a Puerto Aysén y su cuerpo enterrado ilegalmente por las autoridades en el Cementerio El Claro de Coyhaique, sin conocimiento de la familia.

**3.-** Documentos agregados de fojas 551 a 668, en lo pertinente, relacionados con una declaración pública de la Comisión Regional de Derechos Humanos de Coyhaique, donde se expone, entre otros casos, el de Moisés Ayanao Montoya y en el que se señala que una patrulla militar que iba a buscar al tío del menor Moisés Ayanao terminó sacando de la casa a éste último, llevado a un corral y ejecutado y que se ignora el lugar en que fue inhumado, agregándose también una ficha con los datos personales de la víctima y una fotocopia de su inscripción en el Registro de Defunción.

**4.-** Fotocopias agregadas de fojas 2064 a 2166 extraídas de la Causa Rol N° 8051, donde un Ministro en Visita Extraordinaria de la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique investigó una denuncia por Homicidio Calificado e Inhumación Ilegal de varias personas, entre las cuales se encontraba Moisés Ayanao Montoya.

**5.-** Testimonial de Héctor Jorge Ainol Saldivia, de fojas 2178 a 2178 vuelta, quien manifestó que cuando ocurrieron los hechos, en el mes de Octubre de 1973, tenía alrededor de 13 años de edad y vivía en la casa de Juan José Segundo Montoya Muñoz, quien convivía con su madre Carmen Dolores Saldivia Barrientos. Que junto a ellos vivía Moisés Ayanao Montoya, que entonces tendría unos 17 o 18 años y todos vivían en el fundo Río Negro, kilómetro 26, camino Aysén - Coyhaique. Que en el mes de Octubre de 1973, un día que no puede precisar, se encontraban en la casa su padrastro Segundo Montoya, su madre Dolores Saldivia, su hermanastro de crianza Moisés Ayanao Montoya y Honorio Montoya que era hermano de su padrastro; que el se

encontraba viendo las ovejas que estaban pariendo en ese entonces, en el alto de un cerro aledaño a la casa cuando observó que había llegado una patrulla de cuatro militares, uno de los cuales daba las órdenes, que no les vio la cara pero sí las espaldas, iban armados y apuntaban hacia la tranquera en dirección contraria hacia donde él se encontraba, que llegaron a pie y cuando los vio se volvió hacia el monte para que no lo vieran porque le dio miedo; que en eso sintió cuatro balazos y se dio cuenta que por ese lugar se habían ido dos militares y salió de su escondite bajando a la casa pensando que los militares se habían ido pero cuando iba bajando se dio cuenta que habían dos militares en el interior de la casa, los que lo habían visto por lo que lo llamaron a viva voz y le apuntaron con sus armas por lo que obedeció de inmediato y bajó; que cuando estaba frente a ellos le preguntaron por Segundo Montoya y les respondió que se había ido donde Manuel Jiménez Álvarez que vivía en el kilómetro 30, pero al final los militares igual encontraron a Segundo Montoya en el camino cuando iba de regreso a la casa y se lo llevaron a Coyhaique. Agrega que a él le dieron órdenes para que entrara a la casa y en eso se presentó en el lugar un hombre montado a caballo y se trataba de Enrique Ramírez con el cual eran vecinos; que a ellos les pidieron una lona y los instruyeron para que no salieran de la casa porque ellos se iban. Que ellos salieron a mirar al patio de la casa y vieron que estaban sacando un bulto a la altura de un arroyo que quedaba en la parte baja de la casa y observaron como el bulto lo envolvieron en la lona y lo pusieron atravesado en la cangalla de la montura y dos militares se fueron con Enrique Ramírez el cual iba tirando el caballo y los otros dos militares pasaron hacia la casa de Jiménez porque andaban buscando a Segundo Montoya al cual encontraron en el camino. Que como dos horas después regresó Enrique Ramírez quien les entregó la lona que iba llena de sangre y ellos sospecharon de inmediato que habían matado a Moisés Ayanao Montoya y no a Segundo Montoya porque este último lo encontraron en el campo de Jiménez en el kilómetro 30.

Agrega, a fojas 3244, que en referencia a las características físicas de Moisés Ayanao Montoya, a la fecha de ocurridos los hechos que terminaron con su muerte, él tenía entre 17 a 19 años de edad, de una estatura de 1,65 metros o más, no era gordo ni flaco, de contextura normal, que era derecho y de pelo color negro. Que respecto al vestuario que usaba el día de su muerte recuerda que llevaba botas de goma de color negro, de media caña, ya que ese día iban a sembrar papas.

**6.-** Deposición de Olivia Lepio Chiguay, de fojas 2179, quien manifestó que todo lo que sabe respecto de la muerte de Moisés Ayanao Montoya es por los dichos de su finado marido, Segundo Montoya, que era tío de Moisés y de sus dichos se enteró que después del 11 de septiembre de 1973 los militares llegaron hasta ese lugar, aunque no puede precisar el lugar exacto y procedieron a detener a Moisés Ayanao Montoya, que era un joven de 19 años de edad y que vivía con su marido Juan Segundo Montoya, quien entonces estaba casado con Carmen Dolores Saldivia, cuyo hijo también vivía con ellos y se llamaba Héctor Jorge Ainol Saldivia, de unos 12 años de edad y también vivía en esa casa Honorio Montoya que era tío de Moisés Ayanao. Que sabe también que los militares detuvieron al que fue su marido Juan Segundo Montoya en Coyhaique y después lo dejaron en libertad.

**7.-** Acta de inspección ocular y reconstitución de escena del Tribunal al sitio del suceso, de fojas 2180 a 2180 vuelta, con la presencia del testigo Héctor Jorge Ainol Valdivia, quien vivía junto a Moisés Ayanao Montoya y sus familiares, a la fecha de la ocurrencia de los hechos investigados, en la cual se deja constancia, después de caminar una hora aproximadamente por un sendero vecinal y sortear las dificultades propias del camino montañoso, se llega a una explanada, en la cual, según el testigo presente, en ese lugar se encontraba construida la casa donde ellos vivían,

que era de madera, de un piso, con un antejardín y en la cual moraban su padrastra Segundo Montoya, su hermano de crianza Moisés Ayanao, Honorio Montoya que era hermano de su padrastra y que fue en ese lugar en que una patrulla militar compuesta por un cabo de ejército y tres soldados conscriptos procedieron a detener a Moisés Ayanao, al cual habrían llevado hasta un bajo donde corre un riachuelo, lugar en el cual lo habrían ejecutado, con armas de fuego, agregando el testigo que él se encontraba en un monte viendo las ovejas que estaban pariendo cuando escuchó disparos, por lo que se escondió detrás de unos matorrales, desde donde observaba lo que acontecía y que cuando los integrantes de la patrulla se dieron cuenta de su presencia lo llamaron y le preguntaron si había escuchado los disparos, que después le ordenaron que ingresara a su casa y que desde entonces no vio más a Moisés Ayanao, el cual después de haber sido ejecutado, su cadáver fue puesto sobre la montura de un caballo y trasladado, por un lugareño y la patrulla, hasta la casa del poblador de apellido Contreras, utilizando el mismo camino vecinal. Posteriormente el tribunal, realiza el trayecto de vuelta, hasta llegar a la casa de Margarita Contreras Romaní, pobladora que señaló que su hermano Timo fue el que atendió a la patrulla militar y los llevó hasta la casa de los Montoya y después que regresó le facilitó un caballo en el cual fue puesto el cadáver de Moisés Ayanao, el cual presente en el lugar, expresó que a la entrada de su casa atendió a la patrulla militar que andaba buscando a Segundo Montoya, por lo que los acompañó y les señaló la casa de éste, que después regresó a la suya y que más tarde volvió parte de la patrulla con el poblador de apellido Ramírez, el cual traía un caballo de tiro y sobre la montura un cadáver que él reconoció como el de Moisés Ayanao, el que fue trasladado a un caballo de su propiedad y a petición de la patrulla, los acompañó hasta el embarcadero, llevando él mismo el caballo y ya en el embarcadero, subieron todos a un bote, también de su propiedad, en el cual cruzaron a la ribera norte del río Simpson, trayecto que hicieron en unos minutos y que a su llegada, la patrulla que estaba compuesta por dos soldados conscriptos, se bajaron del bote con el cadáver de Ayanao y que él regresó con la embarcación a su domicilio, diligencia complementada con los Informe Periciales Fotográficos evacuados por la Policía de Investigaciones de Chile, rolantes de fojas 2248 a 2256 y de fojas 3065 a 3086.

**8.-** Testimonio de Margarita Purísima Contreras Romaní, de fojas 2181, quien expuso que, según lo que recuerda, el día de los hechos, no recuerda fecha exacta, pero fue a fines del mes de Septiembre o principios del mes de octubre de 1973, vio que una patrulla de militares compuesta de cuatro personas, de los cuales no conocía a ninguno, pasaron a pie cerca de su casa en dirección a la montaña. Que posteriormente, muy tarde de ese mismo día, regresó la patrulla de militares, pero solo iban dos de ellos, también a pie, además de un civil de nombre Enrique Ramírez, fallecido, el cual tiraba un caballo de la rienda, en el cual iba atravesado sobre la montura el cadáver de Moisés Ayanao Montoya, boca abajo, lo que le produjo miedo. Que los dos militares conversaron con su hermano Timo León Contreras Romaní, el cual los atendió porque los militares necesitaban que los vadeara y por eso fueron atendidos por su hermano.

**9.-** Deposición de Timo León Contreras Romaní, de fojas 2182 a 2183, quien manifestó que con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, le parece que en el mes de Octubre de ese año, día no lo puede precisar, se encontraba en ese lugar junto a su hermana Margarita, además de su padre Daniel Contreras San Martín, ya fallecido, cuando pasó a su casa una patrulla militar compuesta de cuatro personas al mando de un cabo al cual ubicaba anteriormente debido a que en esa época él tenía unos 17 años y participaba en pichangas de fútbol que se hacían en una cancha del kilómetro 26, donde también participaba ese cabo, de nombre Juan y al cual apodaban “Jony”, y los otros tres que integraban la patrulla eran conscriptos a los cuales no ubicaba; que el cabo conversó con su padre y le pidió que le mostrara el camino para llegar hasta donde Segundo

Montoya al cual andaban buscando y su padre le dijo que fuera él a endilgarlos porque en esa época él conocía perfectamente todos esos caminos, obedeciendo y así fue como acompañó a la patrulla militar a la cual dirigió por el camino vecinal pero no llegó hasta la casa de los Montoya porque después de caminar unos cuatro o cinco kilómetros y cuando se asomaba la casa de los Montoya el cabo de Ejército le dijo que se devolviera a su casa, lo cual hizo, lo que ocurrió en horas de la tarde y cuando llegó de regreso a su casa escucharon tres disparos que provenían de la casa de los Montoya y que ellos pensaron que habían matado a Segundo Montoya porque a él lo andaban buscando.

Agrega en su declaración agregada a Cuaderno Separado N° 00, que respecto a las características físicas del desaparecido Moisés Ayanao Montoya, era un joven campesino de unos 18 años o más, fornido, de 1,70 metros de estatura, aproximadamente, ni gordo ni flaco, contextura normal, sin deformaciones y pelo negro. Que con respecto a su vestuario recuerda que el día que fue muerto llevaba ropa oscura, un pantalón café o negro, no recuerda si llevaba cinturón, calzaba botas de goma de media caña de color negro, lo cual no se le olvida y le quedó grabado porque la gente de campo acostumbra a usar botas y el finado Ayanao las andaba trayendo puestas cuando él ayudó a bajar su cadáver del caballo a tiro que llevaba un vecino. Que tenía el dorso desnudo de la cintura para arriba e incluso debajo de las botas se le veían medias de lana cruda de oveja; que no recuerda el número de calzado pero pudo haber sido 41 o 42 fácilmente; que no tenía jeans sino un pantalón de trevira o policrón, de los de antes y que también cree recordar que andaba con una camisa de nylon rosada o celeste y la tenía subida por lo que se le veía el dorso descubierto y que cuando el vio que era rosada también lo que pudo haber visto era la sangre.

**10.-** Orden de Investigar debidamente diligenciada por la Policía de Investigaciones de esta ciudad y que rola de fojas 2243 a 2246, ampliado mediante Informe Policial agregado de fojas 2936 a 2945, relacionadas con el hecho ordenado investigar, estableciéndose que efectivamente en el mes de Octubre del año 1973, en el sector Villa Los Torreones, camino Puerto Aysén a Coyhaique, una patrulla militar a cargo del entonces cabo Juan José González Andaur, que también la integraba, entre otros, José Erwin Maricahuin Carrasco, dio muerte a Moisés Ayanao Montoya, a quien trasladaron a lomo de caballo, con la colaboración de lugareños, para luego trasladarlo a la ribera norte del río Simpson e inhumado posteriormente en el cementerio El Claro de la ciudad de Coyhaique.

**11.-** Certificado de defunción de fojas 2396 en el que consta que la muerte de Moisés Ayanao Montoya ocurrió con fecha 25 de Octubre de 1973, a las 15:15 horas, en el kilómetro 26 camino a Puerto Aysén y la causa impartida por la autoridad militar – herida a bala.

**12.-** Deposition de Ariela de Lourdes Ayanao Montoya, de fojas 2663 a 2664 vuelta, quien expone que es hermana de Moisés Ayanao Montoya y que por los relatos de sus tíos Honorio y Segundo Montoya supo que para el día en que murió su hermano Moisés, en la casa se encontraba, además de ellos, Dolores Saldivia, el hijo de ésta de unos 14 años de nombre Jorge y su hermano Moisés y de improviso llegó una patrulla militar compuesta por unos cinco militares, quienes llegaron buscando a su tío Segundo porque, según ellos, estaba metido en asuntos políticos, pero su tío no estaba en esos momentos y entonces los militares le dijeron a su hermano Moisés “Ya, si no está tu tío Segundo, estas tú, porque igual estas metido en política”, y comenzó la tortura para todos; le comenzaron a pegar a su tío Honorio porque salió a defender a Moisés, le pegaron con la culata del fusil, golpes de pie y puños y lo dejaron inconsciente; que después obligaron a que arrancara Moisés hacia un bajo y cuando iba cruzando el cerco le dispararon y lo mataron, dejándolo en ese lugar hasta que oscureció; que cuando llegó la noche

fueron hasta el lugar donde estaba su hermano muerto y lo empaquetaron, lo pusieron en un pilchero y lo sacaron hasta llegar al kilómetro 26, después de cruzar el río en bote, y lo subieron a un vehículo militar donde ya había otro cadáver y que según lo que se comentó después a ambos cadáveres los llevaron a Coyhaique y nunca más los entregaron a los familiares. Que los propios vecinos le aconsejaron a su madre que fuera a reclamar el cuerpo de su hermano a los militares pero ella rechazó hacerlo porque tuvo miedo porque éstos le habían dicho que si reclamaba otro familiar podría ser muerto por ellos.

Agrega que el cadáver de su hermano no ha aparecido y menos ha sido entregado a su familia; que es la única familiar directo de Moisés y que éste estaba preparado para entrar a hacer su servicio militar, que hasta se había cortado el pelo, que de política no entendía nada y no era un peligro para nadie porque era muy tranquilo y no se justificaba que lo hubieran matado.

**13.-** Causa Criminal Rol N° 1.420-91, del VII Juzgado Militar de Coyhaique, ordenada tener a la vista, incoada bajo el Rol N° 8.051, con fecha 20 de julio de 1990, ante el Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, a la cual se le acumuló la rol N° 8.090, iniciada por denuncia de Ninón Neira Vera, por la Comisión Chilena de Derechos Humanos, Regional Coyhaique, por los delitos de Homicidio Calificado e Inhumación Ilegal, Juan Bautista Vera Cárcamo y Moisés Ayanao Montoya, solicitando se disponga la investigación del caso y el castigo de los responsables, en la cual prestaron declaración diversos testigos, constando, que en el cuaderno separado de visita extraordinaria, a fojas 104 y resolviendo cuestión de incompetencia, con fecha 19 de diciembre de 1990, la Excm. Corte Suprema declaró que era competente para conocer de la causa el Séptimo Juzgado Militar de Coyhaique, ordenando se remitiera los autos a dicho tribunal, mismo que con fecha 26 de julio de 1993, según consta de fojas 344 del Tomo II, declaró cerrado el sumario, por encontrarse agotada la investigación, y con fecha 03 de noviembre de 1993, según consta de resolución agregada a fojas 349 y siguientes del Tomo II, dictó el sobreseimiento total y definitivo, en lo pertinente, por encontrarse acreditado que en los hechos investigados, durante el mes de octubre de 1973, falleció Moisés Ayanao Montoya, al interior del fundo Río Negro, ubicado en el kilómetro 26 del camino Coyhaique – Aysén, a consecuencia de heridas a bala ocasionadas por personal militar, y por encontrarse los hechos investigados dentro del ámbito temporal que establece el Decreto Ley 2.191, que concedió la amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, y no se encuentra entre los casos exceptuados de dicho beneficio y por haberse extinguido la responsabilidad penal, entre otras causas, por la amnistía, conforme a lo dispuesto por el artículo 93 N° 3 del Código Penal, resolución que fuera aprobada por la Itma. Corte Marcial, por resolución de fecha 10 de agosto de 1994, rolante a fojas 354, ordenándose, a fojas 355, el archivo de los autos mediante resolución de fecha 30 de agosto de 1994; expediente del cual pueden extraerse los siguientes elementos de juicio:

a) Declaración de Dania Ninón Neira Vera, de fojas 10, quien ratificando plenamente la denuncia interpuesta, manifiesta, en lo pertinente, que en cuanto a Moisés Ayanao Montoya, tenía en aquel entonces 19 años de edad, vivía al lado de su madre, no tenía tilde político ni pertenecía a agrupación alguna y fue ultimado en su casa por una patrulla militar, también de Coyhaique y comandada por Joaquín Molina Fuenzalida, sin orden de autoridad competente, sin consejo de guerra, sin juicio alguno y sin que el país se encontrare en estado de guerra civil, expresando, además, que según se desprende de la inscripción de defunción, ésta fue requerida por Joaquín Molina Fuenzalida y la muerte fue constatada por el médico José Fuentealba Suazo, quien debió extender los certificados respectivos.

**b)** Testimonial de Juan José Segundo Montoya Muñoz, quien expuso que, en fecha que no recuerda, a principios de octubre de 1973, se encontraba en el predio “Río Negro”, junto a su hermano Honorindo Montoya Muñoz, su conviviente de esa época doña Carmela Valdivia y su sobrino Moisés Ayanao Montoya, trabajando en la cosecha de papas y como no tenía sacos para entregar, fue aproximadamente a tres kilómetros de su domicilio, donde el hombre que le compraría las papas, para que le diera las bolsas y cuando regresaba, más o menos a las 18:00 horas, cuando seguía la huella, aproximadamente a un kilómetro antes de llegar a su domicilio, fue atajado por dos militares, cuyas identidades no conocía, quienes le preguntaron su nombre y al dárselos le dijeron que los tenía que acompañar. Que luego lo llevaron hasta el lugar donde estaba la balsa y un camión militar, le ataron las manos con alambre y lo subieron a la parte posterior del camión y como ya estaba bastante oscuro no vio cuantos militares andaban o si había alguien mas en el camión e inmediatamente lo condujeron a Coyhaique, al regimiento, lugar donde estuvo aproximadamente ocho días y cuando fue dejado en libertad se dirigió a su casa y allí su ex conviviente le manifestó que llegaron tres militares a la casa, cuando él andaba consiguiendo los sacos y preguntaron por él y después le preguntaron el nombre a su hermano y a su sobrino, maltrataron a su sobrino, mientras que a su hermano y a su ex conviviente los encerraron en la casa. Que según le contó su ex conviviente, ella escuchó cuando maltrataban e interrogaban a su sobrino y después le dijeron que arranque y como éste estaba asustado lo hizo y en ese momento sintió los disparos, al parecer dos tiros. Que posteriormente se enteró que los mismos militares habían obligados a su vecino Enrique Ramírez, para que saque el cuerpo de su sobrino en pilchero y lo deje al otro lado de la balsa, por lo cual presume que cuando él fue subido al camión, ya estaba allí su sobrino Moisés; que nunca supo que fue del cuerpo de Moisés Ayanao ni donde fue sepultado, el que no participaba en política ya que era muy joven y que él era partidario del partido comunista y posiblemente dicha patrulla lo buscaba a él y lo confundieron con su sobrino. Que su sobrino tenía 17 años de edad, era delgado, moreno, pelo negro y no tenía defectos físicos y que el día que fue muerto vestía un par de botas de goma, medias de lana y un pantalón negro.

**c)** Certificado médico de defunción, a fojas 52, en el cual se consigna que el nombre del fallecido corresponde a Moisés Ayanao Montoya, soltero, 19 años de edad, estudios primarios, obrero; como fecha y lugar del fallecimiento, 25 de octubre de 1973, a las 15:15 horas, en el kilómetro 26 a Puerto Aysén; como causa inmediata de muerte, figura “impartida por la autoridad militar”, “herida a bala”, certificando la muerte el médico José Fuentealba Suazo.

**d)** Acta de Inscripción de Defunción, del Servicio de Registro Civil e Identificación, de fojas 66, de la cual consta que Moisés Ayanao Montoya, nacido el 20 de octubre de 1954, falleció el 25 de octubre de 1973, a las 15:15 horas, en el kilómetro 26 camino a Aysén, a causa de “Impartida por la autoridad militar – herida a bala”, y será sepultado en el cementerio Coyhaique, cuyo requirente fue Joaquín Molina Fuenzalida; quien comprobó la efectividad de la defunción con certificado del médico José Fuentealba Suazo, en tanto que en el rubro de observaciones y firmas se lee la leyenda “Practicada por orden del 5to. Juzgado Militar de Punta Arenas, Fiscalía del Ejército de Coyhaique, según oficio que se archivó con el N° (no aparece), en el legajo de defunciones del presente año”, inscripción N° 148, practicada el 26 de octubre de 1973, que figura en la página 149 del Registro de Defunciones de Coyhaique, N° uno, del Departamento de Coyhaique.

**e)** Orden de investigar, agregada de fojas 74 a 102, junto a sus anexos de fojas 103 a 112, que en lo pertinente, estableció que Moisés Ayanao Montoya falleció el día 25 de octubre de 1973, en el interior del fundo Río Negro, ubicado en el kilómetro 26 del camino Coyhaique –

Aysén, a consecuencia de heridas a bala; que no se logró establecer el lugar preciso en que se encontrarían sus restos; que se desempeñaba como agricultor y participaba en reuniones del partido comunista y que su certificado de defunción fue extendido por el médico José María Fuentealba Suazo.

**f)** Declaración extrajudicial de Rodolfo Enrique Ramírez Riquelme, de fojas 100, prestada ante funcionarios de la Policía de Investigaciones, en la cual expuso que después del pronunciamiento militar, al parecer en el mes de octubre del año 1973, en circunstancias que se encontraba en su casa, llegaron hasta allí dos militares, a los que nunca antes había visto, pidiéndole que trasladara en su caballo el cadáver de una persona, desde el campo de la familia Montoya, por lo cual se dirigió a ese lugar acompañado de los dos militares, quienes le indicaron el lugar donde se encontraba el muerto, a unos cien metros de la casa de los Montoya, reconociendo el cadáver de Moisés Ayanao, el cual solo presentaba restos de sangre alrededor de boca y nariz, lo instaló en la montura de su caballo y lo trasladó hasta la casa de la familia Contreras, quienes tenían un bote con el cual se podía cruzar el río Simpson, para poder salir al camino. Que fue toda su participación en esos hechos, ignorando las circunstancias de la muerte de Ayanao, ya que los militares no le dijeron nada.

**g)** Declaración de Oscar Humberto Torres Asencio, de fojas 130 vuelta, quien expuso que a fines de septiembre o principios del mes de octubre del año 1973 en circunstancias que vivía en el kilómetro 26, camino a Aysén, en Villa Los Torreones, estaban en la balsa que atravesaba el río Simpson, por cuanto iban al otro lado a realizar faenas agrícolas junto a su hermano Patricio Torres, su tío Emilio Torres y Germán Soto Vargas, cuando llegó hasta dicho lugar una patrulla militar, compuesta por cinco integrantes aproximadamente, entre ellos el que se encontraba a cargo de la misma, al parecer cabo, a quien conocía como Yonny o Juan González Andaur, ya que éste era compadre de su tío Emilio Torres y siempre lo veía en el domicilio de su tío, quien le solicitó que lo atravesaran al otro lado del río y le indicaran el camino para llegar a la casa de Moisés Ayanao Montoya; su tío lo acompañó hasta una altura y le indicó más o menos el lugar donde estaba ubicada dicha vivienda, dirigiéndose la patrulla hacia ese lugar, mientras que ellos comenzaron a trabajar. Que después no volvió a ver la patrulla e ignora como habían cruzado, pero que luego conversando con Timo Contreras, le manifestó que él los había cruzado en bote y con ellos iba el cadáver de Moisés Ayanao y que en esos momentos no supieron en que andaban, pero a los días después salió un bando por radio, en el que se señalaba la muerte de Moisés Ayanao y en ese momento presumieron que la patrulla compuesta por González Andaur y sus conscriptos habían dado muerte a ese joven y que ignora las causas de ello.

**h)** Testimonial de Carmen Dolores Valdivia Barrientos, de fojas 197, quien manifestó que conoció a Moisés Ayanao ya que convivía con el tío de éste, Juan Segundo Montoya Muñoz y que en el año 1973, no recuerda fecha exacta, pero después del golpe de estado, llegó una patrulla compuesta por cuatro militares, en circunstancias que ella junto a Honorindo Montoya, padre de su conviviente y el sobrino de éste, Moisés Ayanao, estaban trabajando en labores agrícolas, los cuales al acercarse les dieron orden de levantar los brazos y después preguntaron por Moisés, quien contestó y de inmediato lo llevaron, dándole golpes de pies en el cuerpo, hacia los corrales, mientras que a ellos les dijeron que se metieran dentro de la casa, por lo que tuvieron que obedecer y al rato se sintieron unos dos disparos, pero los militares que estaban dentro de la casa les dijeron que no salieran a ninguna parte y que luego les preguntaron por el muchacho, y les respondieron que se había ido donde unos vecinos y que no iba a volver nunca más, y que cuando llegó su hijo Héctor Aynol, que había salido a ver unos animales, le informó que había visto que los militares habían matado a Moisés y que el cuerpo se los habían llevado



en una lona, que nunca le entregaron el cuerpo ni menos se les informó donde lo habían sepultado.

i) Declaración de José María Fuentealba Suazo, de fojas 238 y siguientes, quien, en lo pertinente, expuso que efectivamente fue médico del ejército, desde el año 1972 hasta 1982 y que efectivamente extendió el certificado de defunción de fojas 52 y cuya letra no le pertenece, reconociendo si como suya la firma estampada al pie del mismo y que respecto a la persona fallecida la recuerda por haberle hecho la autopsia y más que nada por tratarse de un muchacho joven, menor de veinte años, quien había muerto camino a Puerto Aysén y del cual, casi tiene la seguridad, que tenía una herida de bala en el tórax y por la misma, la causa de la muerte. Que la autopsia, como aparece en el certificado, se la ordenó la autoridad militar, pero no recuerda quien físicamente y que ésta la hizo en su calidad de médico del ejército, no fue ordenada por un tribunal.

**14.-** Testimonial de Irma Hernández Aguilar, de fojas 3147 a 3148, quien expone que para el golpe militar del año 1973 tenía 28 años y trabajaba en la Corporación de la Reforma Agraria y que un día de mediados de Octubre de ese mismo año, cuando concurría en un vehículo del servicio, al asentamiento Pinuer, entre las 15:00 o 16:00 horas, al pasar frente al cementerio del sector El Claro pudo percatarse que en el interior de dicho recinto había un camión del Ejército y en su interior, en la carrocería, se veían dos ataúdes y a mano derecha dos hoyos recién hechos. Que ellos siguieron su camino y no se detuvieron ya que estaban temerosos porque esos días permanecían detenidos varios compañeros y que posteriormente, alrededor de las 17:30 horas, volviendo en dirección a Coyhaique, se detuvieron en el cementerio e ingresaron y pudieron observar que había dos tumbas recién hechas las que no tenían cruces ni ninguna marca o señal, lo que le llamó la atención porque no tenían flores, rejas o alguna cruz que indicara quien había sido sepultado. Hace presente que el sitio en el cual estaban las dos tumbas nuevas ese día y que estaban una al lado de otra, con una separación de aproximadamente medio metro, correspondía al que en ese momento estaba colocada una carpa.

**15.-** Declaración del Médico Legista Jaime Arturo Ceballos Vergara, de fojas 3242, quien manifiesta que considerando lo observado en el cementerio El Claro, respecto a la presencia de un cuerpo esqueletizado de un adulto joven que les llamó la atención que fuera enterrado con botas de goma, el que fuera ubicado en un cuadrante que no tiene identificación alguna en la superficie como una cruz o tumba, unido al hecho de que dos testigos confirmaron dicho lugar como altamente probable, por lo que se hace necesario realizar la exhumación de ese cuerpo para su traslado a la Unidad de Identificación del Servicio Médico Legal de Santiago para un acabado estudio pues existe una alta probabilidad, que se debe confirmar con métodos objetivos, de que sean los restos del desaparecido Moisés Ayanao Montoya.

**16.-** Informe de la Unidad Especial de Identificación de Derechos Humanos, del Servicio Médico Legal de Santiago, de fojas 3428 a 3474 con un set fotográfico y plano al Cementerio El Claro, detallándose las labores efectuadas por los peritos en dicho lugar.

**17.-** Deposición del Médico cirujano Lionel Grez Labbé de fojas, 3524 a 3524 vuelta, quien en lo pertinente manifestó que en el estudio antropométrico que en el acto hace entrega al Tribunal, se concluye que la osamenta exhumada desde el cementerio El Claro, corresponde a un individuo de entre 16 a 25 años; que se recibió muestra de sangre de un familiar de Ayanao Montoya, la cual ya está secuenciada; que se envió muestra de huesos para examen de ADN y una vez recibido el resultado de dicho examen se debe cotejar con el resultado del familiar donante de sangre.

**18.-** Atestado de la arqueóloga Ximena Adriana Novoa Sepúlveda, de fojas 3525 a 3525 vuelta, quien en lo pertinente expone que las osamentas exhumadas desde el cementerio El Claro corresponden a un individuo de sexo masculino, con una edad comprendida entre los 16 y 25 años, de lateralidad derecha, una estatura aproximada entre 1,56 a 1,62 metros, con lesiones en el húmero derecho que indican realización de trabajo contra resistencia, que no es posible determinar causa de muerte y la data de ella es probablemente superior a 25 años. Que se recibió muestra de sangre de familiar de Moisés Ayanao Montoya y que las características morfológicas de la osamenta estudiada podrían corresponder al sexo y la edad del desaparecido Moisés Ayanao Montoya. Que por otro lado la descripción de la ropa realizada por ella, como perito, es coincidente con los antecedentes presentados por la familia que estuvo presente en el momento de la exhumación, y por otra parte, la posición, profundidad y la orientación del esqueleto es coincidente con la información proporcionada por una persona que participó en la inhumación y presente en la exhumación, reforzando lo anterior el hecho de que no apareció ni balas ni lesiones por bala en el cráneo, antecedentes que concuerda con la forma de morir que describen los inculpados.

**19.-** Deposición de Karla Soledad Moscoso Matus, cirujano dentista, quien de fojas 3526 a 3526 vuelta manifiesta que con respecto a una osamenta exhumada desde el cementerio El Claro, con fecha 04 y 05 de Abril de 2003, ésta fue periciada, determinándose que se trata de osamenta única, de sexo masculino, con una edad comprendida entre 16 a 25 años, de una estatura entre 1,56 a 1,62 metros, de lateralidad derecha; que se realizó toma de muestra para examen de ADN mitocondrial y toma de muestras sanguíneas de probables familiares. Que los antecedentes recopilados en terreno, respecto a la ubicación, la descripción de las botas de goma recortadas asociadas a la osamenta, que eran de diferente número y modelo, la información entregada por una persona que manifestó haber participado en la inhumación quien describe el terreno, el tipo de ataúd, le permiten pensar que podría haber coincidencia entre las osamentas encontradas y periciadas y la persona buscada.

**20.-** Informe Pericial agregado de fojas 3532 a 3572, con un set fotográfico, sobre exhumaciones efectuadas desde el Cementerio El Claro de Coyhaique, el cual concluye que corresponden a género masculino, de edad comprendida entre los 16 y 25 años, de lateralidad derecha, talla aproximada en un rango de 156.394 y 162.976 centímetros, con lesiones del húmero derecho que indican realización de trabajo físico contra resistencia, estropatía gemelar en ambos fémur, producto de la realización de movimientos a repetición contra resistencia, lesiones costales perimortem tipo fractura de la sexta, séptima y octava costillas, no siendo posible determinar la causa de muerte y cuya data de muerte probablemente superior a 25 años, complementado con el agregado de fojas 3575 a 3584 referido a los trabajos de exhumaciones correspondientes al Cementerio El Claro de Coyhaique.

**21.-** Informes Periciales Fotográficos, evacuados por la Policía de Investigaciones, N° 135-2003, agregado de fojas 4167 a 4188, y N° 136-2003, que rola de fojas 4192 a 4205, que contiene, el primero, fijación de excavación y osamentas de las diligencias efectuadas en el Cementerio El Claro, y el segundo, que ilustra las vestimentas de las osamentas extraídas desde ese lugar.

**22.-** Informe de resultado de A.D.N., practicado a piezas dentarias de las osamentas exhumadas desde el Cementerio El Claro de Coyhaique, agregado de fojas 5627 a 5639, complementado con el Acta de Compatibilidad entre la ficha antropométrica de Moisés Ayanao Montoya y las osamentas exhumadas desde el Cementerio El Claro, de fojas 5640 a 5642, en el cual se concluye que la coincidencia de polimorfismos obtenidos en la secuencia de ADN mitocondrial realizada entre las muestras de sangre de Ariela de Lourdes Ayanao Montoya, hermana de

Moisés Ayanao Montoya y las piezas dentarias N° 14 y 18 de éste último, indica que puede existir una relación genética de línea materna entre ellas, al no haber diferencia entre las secuencias de las muestras y al tratarse de una secuencia única, los resultados tienden a una asociación positiva entre ambas muestras y son compatibles con un parentesco de línea materna y en consideración a los antecedentes antropomórficos expuestos y los resultados de los exámenes de ADN, es opinión de los peritos firmantes que la osamenta humana protocolo 998-03, corresponde a Moisés Ayanao Montoya.

**23.-** Resolución del Tribunal, rolante a fojas 5643, de fecha 17 de Marzo de 2004, mediante la cual, atendido los antecedentes antropomórficos, los resultados de los exámenes de A.D.N. practicados a las osamentas humanas exhumadas desde el Cementerio del Sector El Claro de esta ciudad, los oficios N° 3645 y 4259, de fecha 20 de Febrero de 2004 y 03 de Marzo de 2004, respectivamente, ambos provenientes de la Unidad Especial de Identificación de Detenidos Desaparecidos del Servicio Médico Legal de la ciudad de Santiago, se declaró que dichas osamentas correspondían al detenido desaparecido Moisés Ayanao Montoya, ordenándose oficiar al servicio Médico Legal de Santiago para que proceda, con los debidos resguardos, remitir las osamentas hasta el Servicio Médico Legal de esta ciudad para su posterior entrega a los familiares.

**DÉCIMO NOVENO:** Que atendido el mérito probatorio de los antecedentes que se han allegado a esta causa y que fueron consignados en el motivo anterior, los que constituyen presunciones judiciales que reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, se pueden dar por establecido los siguientes hechos:

a) Que, en circunstancias que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública el día 11 de septiembre de 1973 asumieron el Mando Supremo de la nación, reuniendo los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo en la Junta de Gobierno, según se dejó establecido en el Bando N° 5, de igual fecha, así como en el Decreto Ley N° 1, posteriormente aclarado y complementado por los Decretos Leyes N° 128, 527 y 788, se dispuso entre otras medidas el Estado de Sitio en todo el Territorio Nacional, lo que derivó en nombramientos de Jefes de Plaza, recayendo esta última designación en lo tocante a la XI Región en el Coronel de Ejército y Comandante del Regimiento N° 14 Aysén Humberto Gordon Rubio.

b) Que en las condiciones anteriormente anotadas, con fecha 25 de Octubre de 1973, se conformó una patrulla compuesta por miembros del Ejército para concurrir y detener a Segundo Montoya, que vivía en el sector Los Torreones, kilómetro 26 del camino Puerto Aysén a Coyhaique, la que estaba integrada, por el sargento Luis Egaña Salinas (actualmente fallecido), el cabo Juan José González Andaur, instructor de artillería, el cabo de reserva Erwin Maricahuin Carrasco y el soldado conscripto Nelson Hernán Ojeda Soto, los que se movilizaban en un camión unimog de propiedad del Ejército y conducido por el segundo de los indicados, con la misión específica de arrestar y trasladar a la persona indicada hasta el Regimiento N° 14 Aysén de Coyhaique.

c) Que una vez que la patrulla llegó al sector de Los Torreones, el camión Unimog se internó por un camino vecinal, unos dos kilómetros, estacionaron el camión en que se movilizaban y luego procedieron a cruzar el río en una embarcación y al llegar la patrulla al otro lado comenzó a hacer las indagaciones en las casas aledañas con el fin de ubicar la vivienda donde vivía Segundo Montoya, persona que debían arrestar. En dicho lugar fueron guiados por un joven con el cual penetraron las sendas de ese camino vecinal, en una distancia de unos cinco kilómetros y un poco antes de llegar hasta la casa de la persona buscada el joven guía se apartó de la patrulla militar, por instrucciones de ésta, para regresar a su casa, en tanto que la patrulla

continuó por ese sendero hasta llegar al domicilio de la persona requerida, el cual no se encontraba en éste dado que momentos antes había salido por otro camino vecinal en dirección a Puerto Aysén. Que la patrulla procedió a interrogar a las personas que en esos momentos estaban en el domicilio de Segundo Montoya, entre las cuales se encontraba Moisés Ayanao Montoya, de 19 años de edad, sobrino de la persona que se buscaba, el que luego de ser golpeado y presumiblemente al intentar huir u ordenado correr por la patrulla, éstos procedieron a hacer uso de sus armas de fuego, los fusiles sig que portaban, resultando muerto aquel en el mismo lugar, a consecuencia de los impactos recibidos por dicho armamento, debiendo concluirse, en todo caso, y considerando la forma en que se perpetró el hecho y las condiciones del terreno, solitario, desierto y despoblado, como así también el alto poder de fuego de las armas utilizadas, que la víctima no tuvo posibilidad alguna de evitar su muerte.

**d)** Que ocurrido lo anterior, los miembros de la patrulla, luego de comprobar que Ayanao Montoya no tenía signos vitales, pusieron su cadáver, envuelto en una lona, sobre un caballo, atravesado en la montura del mismo, llevaron el animal a tiro e hicieron el camino de regreso, hasta llegar a la misma casa donde vivía el joven que les había indicado el camino, al cual le pidieron que les facilitara otro caballo de tiro y además los trasladara en bote para cruzar el río, llegando hasta el camión Unimog en cuya parte trasera depositaron el cuerpo, luego de lo cual se dirigieron hasta las dependencias del Regimiento N° 14 Aysén donde dieron cuenta de lo ocurrido.

**e)** Que, con posterioridad a haber ingresado el cadáver de Moisés Ayanao Montoya al interior del Regimiento N° 14 Aysén, personal militar de ese Regimiento, sin que se le practicara autopsia de rigor, llevó, clandestinamente, dicho cadáver hasta el cementerio vecinal El Claro de Coyhaique, traslado que se hizo en un camión Unimog, y en dicho lugar se procedió a cavar una fosa y sepultar el cuerpo, sin dar aviso o comunicar de ello a la familia.

**f)** Que, con motivo de la presente investigación, fue ubicada la fosa donde fue depositado el cadáver de Moisés Ayanao Montoya, con parte de sus vestimentas, entre las que se destaca las botas de agua que usaba la víctima al momento de su muerte y el cinturón artesanal, razón por la cual y con el auxilio de peritos del Servicio Médico Legal se exhumó dicho cadáver y luego fue trasladado hasta Santiago, para los exámenes antropológicos, los cuales resultaron positivos, y mitocondriales o de A.D.N. los que finalmente concluyeron que dichas osamentas efectivamente corresponden a Moisés Ayanao Montoya, encontrándose inscrita, además, su defunción en el Servicio de Registro Civil de Coyhaique, con el N° 148, en el que se encuentra consignada como fecha de defunción el día 25 de octubre de 1973, a las 15:15 horas, como lugar de esto, el kilómetro 26, camino Aysén, y como causa de muerte, herida a bala, requerimiento impartido por la autoridad militar.

**VIGÉSIMO:** Que los hechos descritos en el fundamento que antecede, constituyen la comisión del delito de Homicidio Calificado cometido en la persona de Moisés Ayanao Montoya, que comprende y sanciona el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y cuarta del Código Penal, esto es, la alevosía y la premeditación conocida, y cuya sanción a la fecha en que ocurrieron los hechos investigados en esta causa era de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, puesto que ha quedado comprobado que individuos que integraban una patrulla militar, con fecha 25 de Octubre de 1973, se trasladaron hasta el sector denominado Los Torreones, kilómetro 26, de la ruta entre Puerto Aysén a Coyhaique, utilizando un camión del ejército, cruzando un río en una balsa y dirigiéndose por senderos hasta una casa habitación donde vivía Moisés Ayanao Montoya, de 19 años de edad, el que fue detenido sin que existiera orden legal para ello, golpeado y luego al intentar éste huir de sus captores o intimado para que

corriera, fue ultimado por disparos de armas de fuego por dicha patrulla militar, habiéndose comprobado que la causa de muerte fue ocasionada por heridas de bala y luego de ello trasladado su cadáver en el mismo vehículo militar hasta el Regimiento N° 14 Aysén y acto seguido sepultado en el cementerio El Claro de esta ciudad donde fueron ubicados sus restos y comprobada su identidad mediante los correspondientes exámenes científicos realizados.

Que, igualmente, como ya se ha dicho, se concluye que se ha configurado y tipificado como homicidio calificado en atención a que, en la especie, concurre la circunstancia calificada de la alevosía, puesto que, de acuerdo a los antecedentes existentes, y a que se hizo ya referencia, se encuentra establecido que se actuó sobre la víctima, por parte de los agentes, sobreeseguro, a traición y vileza y ésta no tuvo en momento alguno posibilidad de repeler la agresión, lo que manifiesta el ánimo de matar pero además el procurar evitarse todo riesgo para lograr dicho propósito, no teniendo dicha víctima oportunidad alguna de poder eludir la dolosa acción o de resistir el ataque en contra de su vida, considerando que había sido previamente golpeado por sus captores, se encontraba rodeado por gente armada con fusiles de alto poder de fuego, con experiencia y habilidad en el manejo de dichas armas, atendido su entrenamiento habitual y en un lugar despoblado, solitario y desierto, que anulaba cualquier posibilidad de defensa y auxilio y, además, la patrulla militar actuó por la espalda del ofendido que arrancaba por el lugar despoblado en el que vivía y hasta donde llegaron buscando a un tío de la víctima, se parapetaron para actuar y emplearon medios que impedían y anulaban toda defensa. Hubo, además, alevosía, si se tiene presente que se obró a traición, es decir, en forma solapada o encubierta, por cuanto los agentes que llegaron al hogar de la persona a la cual buscaban, como no lo encontraron, el militar encargado de la patrulla salió en su búsqueda, ordenando a los demás miembros de su patrulla que custodiaran a las personas que allí se encontraban, produciéndose un diálogo entre todos, pues se buscaba información del familiar al cual se buscaba, y entonces Moisés Ayanao intentó escapar corriendo por el monte, sin resultados ya que los integrantes de esa patrulla procedieron a tomar sus armas y le dispararon por la espalda, obrando a traición.

#### **INDAGATORIAS DE LOS ENCAUSADOS.**

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que el encausado Juan José González Andaur, en su indagatoria de fojas 2642, manifiesta que fue funcionario de ejército e ingresó a la institución el año 1960, permaneciendo durante 33 años y cuatro meses en servicio activo, retirándose el año 1994 con el grado de suboficial mayor. Que las labores que como cabo primero de ejército le correspondía desempeñar antes del pronunciamiento militar del 11 de Septiembre de 1973 eran las de instructor de artillería y que consistían en instruir a los soldados conscriptos en el manejo de las armas y sus características. Que después del pronunciamiento militar sus labores siguieron siendo las de instructor de artillería, pero como toda la unidad se encontraba movilizadada se le asignaba otras funciones como fue la que le correspondió desempeñar y en la que resultó muerto un ciudadano en el sector de Villa Los Torreones.

Que respecto a ello indica que fue designado por el capitán Joaquín Molina, comandante de la batería, para detener a un ciudadano en el Sector Los Torreones, el cual estaba individualizado en la orden escrita que se le entregó por el mismo capitán Molina, no recuerda su nombre, pero que se imagina que se trataba de un dirigente político, asignándosele cuatro soldados conscriptos, de quienes no recuerda identidad, que pertenecían a su unidad para el cumplimiento de esta misión. Que su tarea consistía en detener a dicho ciudadano y trasladarlo en calidad de arrestado hasta el Regimiento N° 14 Aysén. Que llevaba una orden para detener emanada del Comandante de la Unidad, y que tiene entendido que él estaba facultado para

ordenar detenciones. Para la realización de esa misión debió movilizarse en un camión Unimog, el cual tenía a su cargo y de dotación de dicho regimiento, del cual era su conductor y en ese vehículo se trasladó junto a los soldados conscriptos que estaban haciendo su servicio militar obligatorio y por lo tanto tenían entre 19 y 20 años, hasta el sector de Villa Los Torreones; llegaron hasta la orilla del río Simpson y se subieron a una balsa en la cual se trasladaron hasta el otro lado y una vez en ese sector comenzaron a caminar hasta algunas casas cercanas preguntando por el lugar donde se ubicaba la vivienda del ciudadano que andaban buscando siendo informados de ello, llegando, después de haber recorrido a pie por un sendero montañoso y con mallines, hasta la casa de la persona que buscaban, la cual se encontraba en una explanada elevada; que tuvieron que haber demorado una hora de camino; era una vivienda pequeña, rústica, en la cual, al llegar, los atendió una persona de sexo masculino, joven, de aproximadamente unos 16 o 18 años, al que le preguntó sobre el requerido y le manifestó que era él, por lo cual le dijo que en ese momento quedaba detenido y que si intentaba escapar o darse a la fuga se verían en la obligación de hacer uso de sus armas. Que posteriormente se dirigió al interior de la vivienda en donde solo había una persona de edad, de sexo femenino, de unos 60 años o más, la cual al parecer era ciega, ya que se encontraba en la cocina a oscuras, a quien le dijo que el joven estaba detenido e iba a ser trasladado hasta Coyhaique. Que después de eso salió de la casa y fue en ese momento que el detenido salió corriendo, por lo cual le gritó que se detuviera, pero como no hizo caso de sus órdenes se le disparó a las piernas, recordando que toda la patrulla lo hizo, incluso él, cayendo aquel al piso. Que esa persona quedó tirada a unos 50 metros de donde estaban y él se acercó y procedió a tomar sus signos vitales pudiendo percatarse que se encontraba muerto, por lo cual dio la orden a dos de los soldados que conformaban la patrulla para que trasladaran el cadáver hasta el camión; que no sabe si lo trasladaron ellos mismos en hombros o fue trasladado en caballo de algún lugareño. Que posteriormente se devolvieron al regimiento 14 Aysén llevando el cadáver y allí dio cuenta de lo sucedido al capitán Molina, apersonándose también en ese momento el Comandante Gordon Rubio, quien lo retó y le llamó la atención diciéndole que como era posible que si se le había ordenado detener a una persona la trajera muerta, por lo cual le dio a conocer lo que había sucedido. Que luego se le ordenó que el cadáver fuera trasladado en el mismo camión hasta la morgue, desconociendo que pasó posteriormente con este, pero por comentarios que corrieron esos días supo que había sido entregado a sus familiares, lo cual no le consta.

Agrega que las armas que usaba la patrulla eran fusiles SIG; que él en ningún momento revisó el cadáver del detenido para constatar cuantos impactos de bala recibió, reiterando que los soldados conscriptos que lo acompañaron en esa diligencia eran cuatro, que se trataban de soldados conscriptos de la batería de Artillería y estaban haciendo su servicio; que ignora donde quedó el cadáver, pero que él no lo enterró y tampoco lo hizo su patrulla, pero si que llevó éste a la morgue.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que la declaración consignada precedentemente, y en cuanto por ella el acusado Juan José González Andaur, reconoce los hechos y circunstancias en que ellos ocurrieron, específicamente haber formado parte de la patrulla militar que procedió a detener a Ayanao Montoya y luego haber efectuado disparos en contra de éste, lo que en definitiva significó la muerte del mismo, constituye una confesión judicial, que reúne todas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dar por acreditada su participación en el delito de homicidio calificado que se le atribuye y en la forma que contempla el artículo 15 N° 1 del Código Penal, esto es, como autor, puesto que intervino en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, sin embargo, en cuanto a lo expresado por éste en orden a que el detenido salió corriendo, por lo cual le gritó que se detuviera y como no le hizo caso se le disparó en las piernas, esta última aseveración no puede ser considerada por no encontrarse acreditadas las circunstancias que señala y porque además, es un hecho incuestionable que a consecuencia de los disparos se le produjo a éste la muerte en el mismo lugar y tampoco puede estimarse como creíble y veraz su versión en cuanto indica que tenía una orden emanada del comandante de la unidad de ejército para proceder a la detención, dado que no consta en parte alguna la efectividad de haber existido tal orden y que legitimara su accionar y, en todo caso, de haber existido, estaba dirigida para una persona distinta a quien dieron muerte.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que el encausado José Erwin Maricahuin Carrasco, en su indagatoria de fojas 2975, manifestó, en lo pertinente, que fue llamado para hacer su servicio militar obligatorio los primeros días del mes de Abril del año 1973, quedando destinado al Regimiento N° 14 Aysén de la guarnición de Coyhaique y el 19 de Septiembre de 1973 fue ascendido al grado de cabo segundo de reserva. Que el comandante de la unidad era el Coronel Humberto Gordon Rubio a quien seguían el Teniente Coronel Marcos Lucares Robledo, el comandante de la batería de artillería Capitán Joaquín Molina Fuenzalida y el teniente Luis Fuenzalida Rojas, haciendo presente que en regimiento había otros oficiales y personal de otras armas. Que con respecto a un detenido desaparecido en el kilómetro 26 del camino Puerto Aysén a Coyhaique, sector Villa Los Torreones, recuerda que un día, después de haber vuelto desde Puerto Cisnes la patrulla de la cual formaba parte, se hizo un asado en Mañihuales y durante dicha convivencia el sargento Egaña Salinas les informó que debían concurrir al sector Los Torreones a detener a unas personas y que entre los que concurren ese día estaba Egaña Salinas, Juan González Andaur, que era el chofer del camión, a quien apodaban “Jhony” y un soldado de apellido Ojeda, entre otros, llegando al sector Los Torreones en el camión conducido por González Andaur, en donde se bajaron y subieron a un bote y una vez al otro lado del río el sargento Egaña se dirigió a una casa del sector en donde preguntó donde vivía la persona que buscaban; que durante casi todo el camino, que hicieron a pie, los acompañó un joven de unos 18 años, el cual antes de llegar al lugar les indicó donde quedaba la vivienda que buscaban devolviéndose a su casa; que llegó toda la patrulla hasta una vivienda chica, deteriorada y en los alrededores encontraron a una persona joven que andaba con botas de goma, de unos 20 años, de la cual nunca supo su identidad, a quien detuvo Egaña Salinas y se lo entregó para su custodia, diciéndole que debía cuidarlo y que si se le evadía él iba a sufrir las consecuencias. Que Egaña Salinas le preguntó algunas cosas al detenido antes de entregárselo y después se internó en el campo con el resto de la patrulla, al parecer para buscar a otras personas y que varias horas después, cuando estaba conversando con el otro soldado que lo acompañaba, se percató que el detenido iba arrancando por lo cual le gritó que se detuviera y salió en su persecución, pero como no se detuvo y era muy ágil no logró darle alcance por lo cual hizo uso de su arma de servicio, que era un fusil SIG, disparándole un solo tiro alcanzándolo a la altura del tórax; que la persona cayó al suelo ante lo cual se acercó y como estaba inerte se dio cuenta de que estaba muerto y con la ayuda del otro soldado sacaron al muchacho de ese lugar y lo dejaron cerca de un riachuelo en espera de que regresara el jefe de la patrulla Egaña Salinas que andaba con González Andaur y otros soldados buscando a un tal Segundo Montoya; que Egaña se les acercó y constató que tenían muerto al muchacho y les dijo que tenían que llevarlo a la unidad; que se consiguieron una lona con la que envolvieron el cadáver y lo pusieron arriba de la montura del caballo de un campesino, el que fue llevado a tiro por éste, regresando en dirección al camión,

recordando que en el camino cambiaron el caballo por otro que les facilitó la misma persona que les pasó un bote para cruzar el río subiendo después el cadáver al camión con el cual llegaron hasta el Regimiento N° 14 Aysén donde lo entregaron. Que después fue llamado para integrar una patrulla que iba a dejar el cadáver, que fue puesto en una urna, al cementerio El Claro, el cual fue sepultado a un par de metros del cerco, donde terminaban las otras sepulturas, a la derecha de la entrada principal, devolviéndose posteriormente a su unidad y quedando en el cementerio otros soldados de guardia arreglando la sepultura pero sin dejar flores ni cruces. Que su participación en la muerte de esa persona no fue con ánimo doloso sino producto de las circunstancias y órdenes impartidas por sus superiores.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que la declaración consignada precedentemente, y en cuanto por ella el acusado José Erwin Maricahuin Carrasco, reconoce los hechos y circunstancias en que ellos ocurrieron, específicamente haber formado parte de la patrulla militar que procedió a detener a Ayanao Montoya y luego haber disparado en contra de éste, lo que en definitiva significó la muerte del mismo, constituye una confesión judicial, que reúne todas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dar por acreditada su participación en el delito de homicidio calificado que se le atribuye y en la forma que contempla el artículo 15 N° 1 del Código Penal, esto es, como autor, puesto que intervino en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que en relación a lo expuesto por el mismo en orden a que su participación no fue con ánimo doloso sino producto de las circunstancias y órdenes impartidas por sus superiores, no puede ser tenida por veraz, verosímil ni completa, ya que es un hecho de la causa que con su fusil SIG procedió a dispararle a Ayanao Montoya y en definitiva ello le produjo la muerte, lo que evidencia y deja de manifiesto la voluntad dolosa en su obrar y, en cuanto a que obedecía órdenes superiores, ello debe ser desestimado dado que, como fluye de todos los antecedentes existentes, que la misión que esta patrulla tenía era la de detener a un ciudadano, no desprendiéndose que las órdenes superiores que aduce fueran dirigidas a ultimar a una persona, situación que además estaba en plena capacidad e inteligencia de evitar, lo que en definitiva no hizo.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que el encausado Nelson Hernán Ojeda Soto, en su indagatoria a fojas 3486, manifestó que en el mes de abril del año 1973 comenzó a hacer su servicio militar obligatorio en el Regimiento N° 14 Aysén de esta ciudad, en la batería de artillería, ya que lo trajeron junto a otros jóvenes desde la décima Región; que posteriormente, en el mes de Enero del año 1974, fue trasladado junto a su compañía hasta la ciudad de Lautaro, al Regimiento “la Concepción”, en donde permaneció hasta la fecha de su licenciamiento que no recuerda si fue a fines del año 1974 o a comienzos del año 1975.

Que durante los dos años que duró su Servicio Militar fue soldado conscripto y en la ciudad de Coyhaique le correspondía hacer guardia de Cuartel y otras actividades que se le instruían. Que para el mes de Septiembre de 1973 se encontraba cumpliendo con su Servicio Militar en la Batería de Artillería del Regimiento N° 14 Aysén y sus superiores eran el Comandante del Regimiento Humberto Gordon Rubio, el Segundo Comandante era Daniel Frez Arancibia, después lo seguía el mayor Marcos Lucares Robledo, después estaba el Comandante de su batería que era el Capitán Joaquín Molina Fuenzalida, el Comandante de Sección era el Suboficial Luis Egaña Salinas y después venía el cabo Juan González Andaur que era su comandante de escuadra.

Que para los días posteriores del golpe del 11 de Septiembre de 1973, mientras se encontraba en el Regimiento N° 14 Aysén recibió la orden, junto a otros soldados, de que



subieran a un camión Unimog, junto con su armamento, pero en ningún momento se les indicó hacia donde iban, haciendo presente que durante esos días, posteriores al 11 de Septiembre, a cualquier hora se les ordenaba que embarcaran en un camión y los sacaban a la ciudad donde recorrían las calles debido al toque de queda y en algunas oportunidades se hacían disparos al aire, todo ordenado por los superiores. Que el camión al cual se subieron en esa ocasión era conducido por su comandante de escuadra que era Juan González Andaur, y que además iba en esa oportunidad el cabo de reserva Erwin Maricahuin Carrasco. Que no recuerda exactamente como ocurrieron los hechos, solo que después de haber enfilado por el camino de Coyhaique a Puerto Aysén llegaron a un campo en donde en una altura había una casa chica, a la cual entraron y en ella había un anciano de unos 60 o 70 años, una señora de unos 60 años y un joven que según le pareció tenía la edad de ellos, o sea unos 19 años aproximadamente; que al llegar a la casa no recuerda si fue Egaña o González Andaur quien dijo que buscaban a una persona por extremista, lo cual al parecer afectó al joven y salió corriendo por la puerta trasera de la casa y fue en ese momento que recién supo en que misión andaban; que al arrancar el joven salieron todos de la casa y no recuerda quien fue el que gritó que se detuviera o si no se le iba a disparar, pero como no lo hizo comenzó toda la patrulla a dispararle; que él le disparaba a los pies, pero ese joven era muy rápido y cuando ya estaba como a unos cincuenta metros de ellos se subió a un cerco para saltar al otro lado, siendo en este instante que Maricahuin se afirmó, parece que en un tronco, y le disparó al joven en el momento en que trataba de saltar el cerco cayendo al piso; que fueron a ver que pasaba con el joven y ya estaba muerto, por lo cual lo metieron en un saco o lona y lo trasladaron al vehículo regresando posteriormente al Regimiento.

Agrega que es lo que recuerda y es toda la participación que le cabe en esos hechos, los cuales realizó inconscientemente debido a su calidad de soldado conscripto, muy joven y cumpliendo órdenes de sus superiores. Que tampoco recuerda que para llegar a la casa de la persona que se buscaba en esa oportunidad y que ahora recién viene a saber que se trataba de Segundo Montoya, padre del joven que resultó muerto, tuvieron que haber cruzado en bote el río, ni que los hubiera acompañado un niño hasta la casa de Montoya, que la patrulla se hubiera dividido en dos para que unos fueran a buscar a Segundo Montoya, ni que hubiera habido en el lugar un joven de 14 años, ni que una vez muerto el joven que ahora viene a saber se llamaba Moisés Ayanao Montoya lo hubieran trasladado hasta el camión en el caballo de un lugareño, ni que lo hubieran subido a un bote para poder cruzar el río, pero todo ello pudo haber sido, pero él no lo recuerda, ya que ese episodio de su vida lo tenía guardado solo para él. Que con respecto a las vestimenta que usaba el joven ese día no recuerda si andaba con bototos o con botas, pero si andaba calzado, agregando que su participación en esos hechos fue accidental, inconscientemente participó en ese acto, sin saber particularmente a lo que iba; nunca su intención fue haber participado en la muerte de ese joven y esa fue la única oportunidad en la que participó en un hecho de esa magnitud.

Que ignora si el jefe de la patrulla, el Sargento Luis Egaña Salinas o el cabo Juan González Andaur disponían de orden para detener, al menos él no vio nunca una orden que los autorizara para efectuar la detención; que él recién se percató que se andaba buscando a una persona para detenerla cuando llegaron al lugar, es decir a la casa. Que lo que hizo fue obedeciendo instrucciones de sus superiores, aunque si disparó con su fusil a los pies del joven y no con el ánimo de matarlo, aún cuando algunos de los demás miembros de la patrulla le habrían disparado directamente al cuerpo, aunque él estima que el que hizo el disparo que mató al joven fue Maricahuin y no González Andaur, porque estaba mas instruido para cometer este tipo de acciones, y además él lo vio cuando disparó.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que la declaración consignada precedentemente, y en cuanto por ella el acusado Nelson Hernán Ojeda Soto, reconoce los hechos y circunstancias en que ellos ocurrieron, específicamente haber formado parte de la patrulla militar que procedió a detener a Ayanao Montoya y luego haber efectuado disparos en contra de éste, lo que en definitiva significó la muerte del mismo, constituye una confesión judicial, que reúne todas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dar por acreditada su participación en el delito de homicidio calificado que se le atribuye y en la forma que contempla el artículo 15 N° 1 del Código Penal, esto es, como autor, puesto que intervino en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa.

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que respecto a lo expresado por el mismo, en orden que él solo le disparó a los pies y no con el ánimo de matarlo, dicha versión debe ser desestimada por no encontrarse ello acreditado y si que efectivamente se realizó en contra de la víctima varios disparos, lo que revela el ánimo doloso, más aún, si el resultado producido fue precisamente la muerte de ésta, y relativo a que sólo obedeció instrucciones de sus superiores, debe también rechazarse su alegación como causal de justificación de su responsabilidad penal ya que, como fluye de todos los antecedentes existentes, que la misión que esta patrulla tenía era la de detener a un ciudadano, no desprendiéndose que las órdenes superiores que aduce fueran dirigidas a ultimar a una persona, situación que además estaba en plena capacidad e inteligencia de evitar, lo que en definitiva no hizo.

#### **DEFENSAS DE LOS ENCAUSADOS:**

**TRIGÉSIMO:** Que, la defensa de los procesados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, abogado Patricio Blanche Sepúlveda, contestando subsidiariamente la acusación fiscal de fojas 9128 a 9133 vta., interpuso como alegaciones de fondo, las excepciones de cosa juzgada, amnistía y prescripción de la acción penal, reiterando las argumentaciones de hecho y de derecho ya expuestas al momento de deducir éstas como de previo y especial pronunciamiento, solicitando, por tales motivos, se dicte sentencia absolutoria respecto a sus representados.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, en relación a la primera de las excepciones de fondo alegadas, la cosa juzgada, expuso como fundamento que este tribunal tuvo a la vista una causa del Séptimo Juzgado Militar de Coyhaique, la Rol N° 1.420-91, por homicidio calificado e inhumación ilegal de Moisés Ayanao Montoya, proceso que pasó a conocimiento del Tribunal Militar después que la Corte Suprema resolviera una contienda de competencia entre ese Juzgado Militar y el Segundo Juzgado del crimen de Coyhaique que investigaba la Rol N° 8.051, dirimiéndose a favor de la Justicia Militar, cuyo Rol 1.420-91 también sirvió para que se acumulara una causa del Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique, la Rol N° 12.497. Que así entonces, el tribunal castrense en la Rol N° 1.420, a la que se le acumularon las causas ya mencionadas, dictó sobreseimiento total y definitivo aplicando la amnistía contenida en el Decreto Ley 2.191, elevándose en consulta a la Corte Marcial la que la aprobó el 10 de agosto de 1994, archivándose los antecedentes, por lo que conforme al artículo 148 del Código de Justicia Militar y 418 del Código de Procedimiento Penal ese sobreseimiento tiene la autoridad de cosa juzgada. Agrega que con todo, se continuó realizando la investigación esclareciéndose las circunstancias en que ocurrieron los hechos y la participación de una patrulla militar en la muerte de Moisés Ayanao, hechos que en todo caso están insertos en el sobreseimiento definitivo dictado por la Justicia Militar basado en autoridad de cosa juzgada. Que en todo caso, la Excma. Corte Suprema, considerando el dictamen de su Fiscal, determinó que el Primer Juzgado del Crimen de Coyhaique en la Rol N° 12.497, era competente para el sólo objeto de practicar

diligencias destinadas a reunir elementos de convicción para identificar a la persona a que se refiere la investigación, establecer si entre los inhumados en el cementerio Río Claro se encuentra aquél y hacer entrega de su cuerpo a los familiares que lo soliciten, lo que está en concordancia con el sobreseimiento definitivo ya aludido y que arrastró a que las acciones penales se encuentren extinguidas a favor de los acusados de esta causa.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la cosa juzgada, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, pide su rechazo sosteniendo que si bien la cosa juzgada como institución en el juicio criminal no se encuentra claramente reglamentada, como en el Código de Procedimiento Civil, no cabe duda que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables. Que, para que pueda aplicarse la cosa juzgada en materia penal, tiene que producirse una doble identidad, del hecho punible y del actual procesado, y que si en ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio, y con mayor razón si en la primera causa no hay un procesado, y que por ello, en el caso de autos, no existe cosa juzgada, y que si bien puede cumplirse el primer requisito, no se cumple la identidad de partes, porque el derecho penal afecta a personas determinadas, por lo que se requiere que exista una identidad física, es decir, debe estar totalmente determinada la persona respecto de la cual se aplicó el sobreseimiento, y para ello es indispensable que haya sido parte en el juicio, es decir que a lo menos se haya dictado auto de procesamiento en su contra.

A modo de ilustración, refiere jurisprudencia para señalar que la Excma. Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que para que pueda aplicarse la cosa juzgada en materia penal, tiene que producirse esa doble identidad, y cita las rol N° 4.622-02, la rol N° 2.626-2001, la rol N° 2097-98, todas sentencias de casación y en las cuales la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado acerca de la cosa juzgada en materia penal, en el sentido expuesto por dicho letrado, el cual en definitiva pide que se rechace la excepción de cosa juzgada que solicitan los encausados Juan José González Andaur, Nelson Hernán Ojeda Soto y José Erwin Maricahuin Carrasco.

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, en lo que atañe a la excepción de la cosa juzgada, la Corte Suprema en reiterados fallos, ha declarado que a esta institución en materia criminal no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Que, de otro lado, las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal, giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fundamentales en el juicio penal, y son, por un lado, la acreditación de los hechos que constituyen el ilícito penal, y por el otro, la determinación del o los autores responsables del mismo. Sobre estos dos hechos fuerza la ley la atención investigativa y probatoria del juez, y cuando ello se logra, es permitido el sometimiento a proceso.

A su turno, el tratadista Rafael Fontecilla, al comentar los hechos referidos anteriormente sostiene que surgen dos elementos relevantes, que constituyen la médula de la decisión que el juez debe hacer en la sentencia, el hecho punible y la persona a quien se le atribuye la ejecución o participación de ese hecho, y que sobre esos extremos versa el juzgamiento y determinan, por ende, la cosa juzgada, respecto de la cual indica lo siguiente: “por lo tanto, el concepto de identidad, del cual no podemos desprendernos, porque es de la esencia de la institución de la cosa juzgada que tiene por objeto evitar la repetición procesal, de lo que es

idéntico, sólo puede surgir de la comparación del hecho y de la persona del procesado en el enfrentamiento de dos procesos. De modo que la excepción de cosa juzgada puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) Identidad de hechos punibles, técnicamente tipos, y b) Identidad entre los sujetos activos del delito” (Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica, 1978, III Tomo, página 231).

Que, por su parte, el profesor Fernando Gómez de Liaño, sostiene que “para que se produzca la cosa juzgada penal, no es necesario acudir a la tesis de las tres identidades del artículo 1251 del Código Civil, que es sólo de aplicación al proceso civil, pues sólo exige la concurrencia de dos identidades, la del sujeto activo y de los hechos, no influyendo en este sentido las partes acusadoras, por su carácter instrumental, y eventual en muchos casos” (El Proceso Penal Español, Editorial Jurídica Forum S.A., Oviedo, Quinta Edición, página 242).

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, recoge los principios doctrinarios consignados anteriormente, cuando autoriza el sobreseimiento definitivo sólo “cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”.

Que, en consecuencia, de lo expuesto puede concluirse que en materia penal sólo puede aplicarse la cosa juzgada cuando se haya producido la doble identidad: del hecho punible y del actual procesado, porque si entre ambos procesos si bien el hecho investigado puede ser el mismo, pero el actual procesado no es el de aquella causa, entonces no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio, y con mayor razón si en la primera causa no hubiera habido reo, que es precisamente lo que ocurre en el caso en análisis, según se dirá enseguida:

Que, en efecto, de los antecedentes existentes en la causa constan los siguientes hechos:

a) Que, en el Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique se tramitó la causa Rol N° 8.090, la que se inició por querrela de doña María Erita Vera Vera, por los delitos de Homicidio Calificado e Inhumación Ilegal en la persona de su padre don Juan Vera Oyarzún, deducida en contra de Juan M. Fuentealba Suazo, un tal carabinero de apellido Salinas y un tal teniente de Ejército de apellido Molina y en contra de quienes resulten culpables;

b) Que, con fecha 19 de diciembre de 1990, se dirimió por la Excma. Corte Suprema una contienda de competencia trabada y se declaró que era competente para conocer de estos antecedentes el Séptimo Juzgado Militar de Coyhaique a quien se remitió los autos respectivos;

c) Que, se inició - entonces - en este último tribunal la causa Rol N° 1.420-91 en la que luego de efectuarse escasas diligencias, entre ellas algunas relacionadas con la muerte de otra persona, que no es objeto de esta investigación, Juan Bautista Vera Cárcamo y sin que se hubiera tomado declaración indagatoria en esta última causa, a ninguno de los actuales procesados, con excepción de Nelson Hernán Ojeda Soto, encausado por el Homicidio Calificado de Moisés Ayanao Montoya, testimonio que además fue prestado bajo juramento, se procedió a declarar cerrado el sumario por estimarse se encontraba agotada la investigación y con fecha 03 de agosto de 1993 el Séptimo Juzgado Militar, estimando que los hechos delictuosos investigados ocurrieron dentro del ámbito temporal que establece el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, que concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurridos en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, sobreseyó total y definitivamente dicha causa Rol N° 1.420-91 por encontrarse extinguida la responsabilidad penal de las personas presuntamente inculpadas de los hechos investigados en ella. Que la mencionada

resolución fue aprobada por la Itma. Corte Marcial por resolución de fecha 10 de Agosto de 1994, decisión ésta que fue acordada con el voto en contra del entonces Ministro Sr. Enrique Paillás, quien estuvo por revocar el sobreseimiento respectivo por estimar que no estaba agotada la investigación que permita aclarar completamente los hechos y perseguir la responsabilidad de quienes corresponda y considerando que la amnistía no era aplicable a este caso. Esta causa fue archivada con fecha 30 de agosto de 1994.

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, en consecuencia, y de acuerdo a las razones de doctrina y de texto, como ya se señaló, no cabe considerar como concurrente la excepción de fondo de existir cosa juzgada, alegada para dichos encausados, puesto que, para que esta institución jurídica opere y sea aplicable, debe, según se ha dicho, necesariamente producirse una doble identidad entre la presente causa y la anterior, signada con el Rol N° 1.420-91, situación que en la especie no se da.

Que, además, se ha sostenido reiteradamente que la cosa juzgada, en el orden penal, tiene como objetivo evitar una doble decisión sobre la misma materia, por lo que corresponde a los jueces velar porque ello no ocurra verificándose si entre ambos procesos existe doble identidad, tanto del hecho punible como de los procesados, tanto anteriores como actuales; y en el caso de autos se puede constatar, de acuerdo a lo ya expuesto, que en la causa Rol N° 1.420-91, del Séptimo Juzgado Militar ya citado y también en la Rol N° 8.090 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, que la antecedió, no existen procesados y consta del claro tenor de la resolución de sobreseimiento total y definitivo que fuera pronunciada en la Rol N° 1.420-91 del Juzgado Militar, que dicho sobreseimiento fue dictado en términos generales, sin especificarse, determinarse ni individualizarse ningún responsable en los hechos investigados, como ocurrió en la presente causa.

Cabe hacer notar, a este respecto, que la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en diversas sentencias, se ha encargado de dejar sentada claramente dicha doctrina y así lo resolvió en los fallos que a continuación se transcriben:

a.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 29 de diciembre de 1998; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos 8° al 11° que no hay Cosa Juzgada no obstante de que se trata del mismo hecho investigado, pero los procesados son distintos, por lo que resulta requisito esencial la identidad de procesados en ambos procesos;

b.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 28 de enero de 2000; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en su considerando 3° “...no puede producirse la cosa juzgada que se invoca en la resolución impugnada, pues para que pueda operar dicha causal debe haber – identidad procesal entre ambas causas y la identidad sólo puede surgir de la comparación del hecho punible y de la persona del procesado al confrontar un proceso con otro-“.

c.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 12 de mayo de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que en su considerando 10° acoge el mismo razonamiento señalado anteriormente; es decir, solo puede aplicarse la cosa juzgada si existe doble identidad; el hecho punible y el actual procesado, agregando además “no cabe sostener que aquella sentencia produzca excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio. Con mayor razón, si en la primera causa no hubo reo”.

d.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 4 de noviembre de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos tercero al quinto que no procede la cosa juzgada, por cuanto el concepto de “identidad” es relevante y esencial y el tenor literal del artículo 408 N° 7 exige que el “hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”.

e.- Fallo de la Excma. Corte Suprema de 11 de noviembre de 2003; que acogió recurso de Casación en el Fondo y que señala en sus considerandos tercero, cuarto y quinto los mismos argumentos ya reseñados precedentemente, por los cuales no hay identidad de sujeto pasivo si no son los mismos procesados, y, en consecuencia, no hay cosa juzgada.

f.- Fallo de la Excma. Corte Suprema, de fecha 4 de agosto de 2010, Rol 7.089-09, en el que se entregan los elementos doctrinarios y jurídicos para concluir que en materia criminal no puede aplicarse la triple identidad que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que no procede la cosa juzgada mientras no se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el sobreseimiento sólo puede decretarse cuando está agotada la investigación, y en tanto exista identidad de hechos e identidad entre los sujetos activos del delito.

Que, por tanto, de acuerdo a los antecedentes existentes en la presente causa, a juicio de este sentenciador, no aparece como concurrente la doble identidad que legalmente se requiere para hacer procedente la excepción de cosa juzgada a que se hizo referencia con antelación; además que tampoco se agotó la investigación como lo exige nuestra normativa, lo que quedó plasmado en el voto disidente a que se hizo referencia, habiéndose incumplido numerosas diligencias que incluso estaban decretadas en la causa Rol N° 8.090 del Segundo Juzgado del Crimen de Coyhaique, según consta de fojas 248 a 255 vuelta de dicho expediente; y al haberse decretado el sobreseimiento definitivo por la Justicia Militar en términos generales, sin señalarse o especificarse el caso concreto sobre el que incidía, pero más aún sin haberse atribuido algún tipo de responsabilidad penal a alguno de los actuales encausados del caso Villa Los Torreones, en forma particular, preciso e individualizado, mediante las formas procedimentales que inequívocamente permitan dar por sentado el enjuiciamiento de alguno de ellos, los que incluso no fueron interrogados en las instancias respectivas, y no habiéndose sometido a proceso a persona alguna en las causas anteladas, por lo que no se ha adquirido la certeza jurídica plena de concurrir los dos presupuestos necesarios para que opere la institución de que se trata, que son los fundamentos de ésta - imposibilitar nuevos juzgamientos en virtud de la misma - no cabe sino desechar la excepción de fondo de existir cosa juzgada planteada por sus defensas a favor de los encartados Juan José González Andaur, Nelson Hernán Ojeda Soto y José Erwin Maricahuin Carrasco.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que, en cuanto a la segunda de las excepciones de fondo alegadas, referida a la amnistía, la misma defensa, abogado Patricio Blanche Sepúlveda, sostuvo que el artículo 1° del Decreto Ley N° 5 de 22 de septiembre de 1973 dijo lo siguiente: “Declárese, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “el estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra que establece el Código de Justicia militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”, y que por su parte el artículo 418 del Código de Justicia Militar dijo que: “Para los efectos de este Código, se 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”; y por último el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política de 1925 dice que el estado de sitio podía decretarse por guerra exterior o conmoción interior, y que en tal contexto el Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973 dispuso en su artículo único “Declárese a partir

de esta fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarían en la emergencia”.

Agrega el articulista que el análisis del texto literal del artículo 1° del decreto Ley N° 5 permite concluir que el estado de sitio declarado lo fue por conmoción interior y no por ataque o guerra exterior, lo que determina objetivamente que en el país dicho estado de sitio no significó de manera alguna la existencia de guerra externa o interna, ya que de haber existido dicha situación extrema beligerante, carecía de sentido efectuar la interpretación contenida en el artículo analizado, ya que hubiera bastado con que el Decreto Ley N° 3 lo hubiera hecho derechamente, debiendo tenerse presente además que la interpretación aludida no está referida específicamente a la norma legal que estableció el estado de sitio en el país, esto es, al Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973, sino al artículo 418 del Código de Justicia Militar. Que debe entonces analizarse dicha normativa considerando que la legislación de orden público vigente en 1973 permitía declarar el estado de sitio, ya sea con motivo de guerra exterior o por conmoción interna y que el estado de sitio a que alude el artículo 1° del Decreto Ley N° 5 de 1973, no es otro que el establecido por el Decreto Ley N° 3 dictado el 11 de septiembre de 1973, que dispuso en su artículo único: Declárese a partir de esta fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarían en la emergencia”, sin especificar los motivos de tal determinación adoptada, por lo que la extensión interpretativa referida constituye sólo una ficción legal que no refleja en lo absoluto la realidad de aquella época en que no hubo cuerpos armados antagónicos que a través de una organización bélica se hubieran enfrentado en un clima de guerra, teniendo cada bando en conflicto bajo su dominio una parte del territorio nacional, condiciones estas que son las que definen la Convención de Ginebra y su Protocolo II como constitutivas del estado de guerra que determina su aplicación.

Agrega que, a mayor abundamiento, y siguiendo la línea de razonamiento expuesta, cabe tener presente que como de acuerdo con la normativa de orden público vigente en esa data el estado de sitio pudo decretarse por guerra exterior o conmoción interior, el Decreto Ley N° 3 teniendo en vista la realidad objetiva nacional e internacional del país, declaró a partir del 11 de septiembre de 1973 el estado de sitio en todo el territorio de la República por conmoción interior, tal como lo expone claramente el interpretativo artículo 1° del Decreto Ley N° 5, y no por ataque y/o guerra exterior, circunstancias objetivamente inexistentes a esa época, y más aún considerando con una mínima lógica y racionalidad jurídica, la absoluta inconsecuencia que importaba el que, decretado el estado de sitio en base a un estado de guerra exterior, se dictara acto seguido el Decreto Ley N° 5 para interpretar el artículo 418 del Código de Justicia Militar a fin de que se considerara que dicho estado de sitio ya decretado por un estado de guerra, se entendiera “estado o tiempo de guerra” a los efectos ya dichos.

Por último, expone que en lo que respecta a los principios que informan el derecho público en nuestro país, sólo a partir del 17 de agosto de 1989, fecha de vigencia de la ley 18.825, que introdujo la modificación al artículo 5° de la Constitución Política, subordinando a los tratados internacionales la legislación chilena en materia de derechos humanos ratificados por Chile, los tratados internacionales pasaron a primar sobre lo establecido en la legislación chilena solamente una vez publicados en el Diario Oficial, puesto que con anterioridad la legislación interna y muy especialmente la de orden público -calidad que tienen las disposiciones sobre la amnistía según explícitamente lo señala la Excma. Corte Suprema- (Rev. D° y Juris. 1932, 11ª Parte, Sección 1ª, pág.247, prima sobre las normas contenidas en los tratados internacionales, por lo que habiendo sido publicada la ley 18.825 el 17 de agosto de 1989, en

tanto que la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) publicada en el Diario oficial el 05 de enero de 1991 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, priman sobre la legislación nacional pertinente sólo a contar de dichas fechas, y por lo tanto, ambos estatutos no pueden inhibir la aplicación del decreto Ley 2.191 de 1978 que según establece el mismo abarca el lapso que va desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978, de lo que resulta, entonces, que de resolverse lo contrario en la materia, se vulneraría el principio de la no retroactividad de la ley penal que contempla el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política y el artículo 18 del Código Penal, por lo que, por las razones expuestas la excepción de la amnistía procede que sea acogida.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la amnistía, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, dijo que en la causa se encuentra establecido mediante la acusación fiscal el delito de homicidio calificado de Moisés Ayanao, que se trata de un delito especial que por sus características y el periodo en que fue cometido constituye un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad, que no puede ser objeto de amnistía o prescripción. Agrega que mediante la dictación del Decreto Ley N° 5, todo el territorio nacional quedó bajo estado de sitio, asimilado a un estado de guerra, para los efectos de la penalidad y demás efectos legales, cuyas consecuencias fueron gravísimas, con una penalidad agravada que derivó incluso en penas de muerte, con consejos de guerra, procedimientos muy sumarios, etc., y también entró a regir el estatuto del derecho internacional humanitario contenido en los cuatro Convenios de Ginebra, y el artículo 3° común, en relación al artículo 146, en relación a los artículos 147 y 148, disponen que ninguno de los países que forman parte de esas convenciones pueden exonerarse o exonerar a otra parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de las infracciones previstas en el convenio, es decir, hay una expresa prohibición de amparar la impunidad, y de declarar jurídicamente extinguida la responsabilidad criminal en razón de la amnistía o de la prescripción penal, y que en caso de conflictos de normas legales los Convenios de Ginebra tienen aplicación preeminente conforme lo dispone el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile, cuestión así resuelta también por la Corte Suprema.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** 1.- Que respecto a la causal de extinción de responsabilidad penal llamada amnistía, prevista en el artículo 1° del decreto Ley 2191, en relación con el artículo 93 N° 3 del Código Penal, cabe consignar lo siguiente:

a) Que el 12 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno, que entonces había asumido el poder, después que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al Gobierno Constitucional, dictó el Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1° declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el decreto Ley N° 3, debería ser entendido como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad para todos los efectos legales;

b) Que el día 11 de septiembre de 1974, se dictó el Decreto Ley 641, que declaró al país en estado de sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley 640, debido a las condiciones de ese momento, y ello motivo el funcionamiento de los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra, conforme al Título III del Libro I del citado cuerpo legal, con la jurisdicción militar de ese entonces, aplicándose el procedimiento del Título IV del Libro II del mismo código y la penalidad para tiempo de guerra;



c) Que, a su vez, el artículo 418 del Código de Justicia Militar, señala que hay estado de guerra - o tiempo de guerra- no tan sólo cuando ella ha sido oficialmente declarada, o el estado de sitio, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización, aunque sin declaración oficial;

d) Que, de lo reseñado resulta, entonces, que de acuerdo a las normas mencionadas, en el país existía un estado de guerra interior, y tanto es así que el Decreto Ley N° 5, citado en la letra a), interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de entonces y las demás leyes penales y dispuso que, en general, lo era -ese estado de guerra- para todos los efectos de esa legislación, es decir el Código de Justicia Militar y las leyes penales;

e) Que, en este orden de ideas, resulta inconcuso que dentro de las citadas normas del Código de Justicia Militar y las leyes penales, deben incluirse, entre otras, los Convenios de Ginebra, que datan del año 1949 y son: Convenio de Ginebra I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra II, para los heridos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra III, sobre prisioneros de guerra y Convenio de Ginebra IV, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra. Estos convenios fueron ratificados por Chile el 12 de octubre de 1950, en Berna, y entraron en vigor seis meses después, y fueron publicados en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1950, y por lo tanto resultaban a no dudarlo leyes plenamente vigentes a la fecha de perpetrarse el ilícito que se investiga en la causa:

f) Que, en relación a los Convenios de Ginebra, ellos tienen aplicación, en general, a los conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún cuando el estado de guerra no lo haya reconocido alguna de esas partes, pero, excepcionalmente, también tienen aplicación en casos de conflictos armados sin carácter internacional, conforme a su artículo 3°, común para todos los Convenios de Ginebra;

g) Que, de lo anteriormente expuesto, se colige que en la época en que ocurrieron los hechos investigados en estos autos, el país se encontraba en estado de guerra interna y, conforme al mencionado artículo 3°, común para los Convenios de Ginebra, existía un “conflicto armado no internacional”;

h) Que, por ende, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, resultan plenamente aplicables al delito investigado, esto es, secuestros permanentes, los Convenios de Ginebra, ya citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, delega a los estados Contratantes, para el caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios, la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitidas por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Del mismo modo, el referido instrumento internacional consigna, 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 esas convenciones graves que define el convenio, así como también los Estados se obligan a buscar a tales personas, a hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del acuerdo, precisando en su artículo 147 lo que debe entenderse por infracciones graves, entre

otros, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, los atentados graves a la integridad física o a la salud, las deportaciones, los traslados ilegales y las detenciones ilegales.

Como Chile se impuso, con la suscripción y ratificación de dichos Convenios de Ginebra, la delegación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, en especial si fueren detenidos, le quedó vetada toda medida que ampare los agravios cometidos contra personas que se encuentren en dicha situación, así como también que se logre la impunidad de sus autores; por el contrario, conforme al derecho internacional, los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. En este orden de ideas, no cabe duda que la institución de la amnistía cobra una importancia fundamental si se tiene presente que es una especie de auto exoneración al margen de los instrumentos suscritos por Chile.

ii) Que, debe aún referirse a la tesis levantada por quienes afirman que los Convenios de Ginebra, al contrario, posibilitan la dictación de la amnistía, al contemplarse en el Protocolo II, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (artículo 6° N° 5) que una vez terminadas las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posibles a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado y que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Que, sin embargo, para entender el sentido del artículo 6° N° 5, común para todos los Convenios de Ginebra, menester es interiorizarse sobre la finalidad de esta disposición en un convenio que es estrictamente de derecho humanitario y que está destinado a ser aplicado en los conflictos internos, y por tanto ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios sobre conflictos internacionales. Refuerza lo que se dice si se tiene presente que el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no contiene ninguna disposición que diga relación con el otorgamiento de amnistías e indultos entre las partes enfrentadas una vez producido el cese de hostilidades. Por otro lado, el precepto del Protocolo I que consagra garantías procesales - artículo 75- tiene una redacción similar al artículo 6° del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a la amnistía.

2.- Que, de lo expuesto precedentemente, debe concluirse que el Decreto Ley 2191, de 1978, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia. La denominada ley de amnistía viene a exonerar de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, ya que se dictó con posterioridad a ellos por las autoridades que detentaban el poder durante y después de los hechos, a fin de garantizar la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del Protocolo IV de los Convenios de Ginebra.

3.- Que, además de lo ya dicho, a juicio de este sentenciador, tampoco es procedente alegar la amnistía que se analiza, porque conforme a la indagación efectuada en esta causa estamos en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina “delitos contra la humanidad”, respecto de los cuales no corresponde aplicar la amnistía.

Los crímenes contra la humanidad son aquellos injustos que no tan solo contravienen los bienes jurídicos garantizados por el legislador penal, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa, de tal manera que en ellos existe una íntima conexión entre los delitos comunes y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, si se tiene presente que lo que

caracteriza a dichos crímenes de lesa humanidad es la forma cruel con que son perpetrados algunos ilícitos, lo que contraría de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose, en algunos casos, la presencia de ensañamiento con algunas víctimas, conjugándose así un eminente elemento intencional, en la voluntad del agente, y ello constituye, a no dudarlo, un ultraje a la dignidad humana y representa una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los derechos Humanos. Por ello, dichas transgresiones son imprescriptibles e imposibles de amnistiarlas, por ser contrarias y prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos, sin perjuicio de que según el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, el ejercicio de la soberanía se encuentran limitados por los derechos esenciales de la persona humana, siendo deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, entre ellos los cuatro Convenios de Ginebra, que establecen el deber de los estados partes -entre ellos Chile- de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

**TRIGÉSIMO NOVENO:** Que, del modo que se ha razonado, sólo cabe, entonces, rechazar, la petición sobre la aplicación de la ley de amnistía, como cuestión de fondo, solicitada por la defensa de los encausados González Andaur, Ojeda Soto y Maricahuin Carrasco, lo que la Excma. Corte Suprema ha efectuado en numerosos fallos de reciente data, en todos los cuales ha optado por el rechazo de la mencionada institución, y sólo por vía ejemplar se pueden mencionar las siguientes:

- a) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 1.369-09, de 20 de enero de 2010;
- b) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 1.746-09, de 25 de enero de 2010;
- c) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 5.279-09, de 14 de abril de 2010;
- d) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 3.302-09, de 18 de mayo de 2010;
- e) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 2.596-09, de 8 de julio de 2010;
- f) Fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol 4.419-09, de 13 de julio de 2010.

**CUADRAGÉSIMO:** Que, en relación a la tercera de las excepciones de fondo alegadas, la prescripción de la acción penal, el abogado Patricio Blanche Sepúlveda hace presente que la prescripción de la acción penal se encuentra directamente relacionada - en lo positivo - con lo previsto en los artículos 93 N° 6, 94, 95, 96 y 102 del Código Penal y 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal e importa la extinción de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo y ha sido impugnada como fuente de la extinción de la responsabilidad penal respecto de los ilícitos que se generan a partir del 11 de septiembre de 1973 con motivo de asumir el gobierno del país las fuerzas armadas, por aplicación de los principios del derecho internacional penal referidos a los ilícitos de lesa humanidad que deben primar, según se sostiene, sobre la legislación interna de Chile. Agrega que atendido lo dispuesto en la parte final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, si bien es cierto que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, ello debe entenderse en relación a lo que previene de manera explícita y clara la misma Constitución en su artículo 32 N° 17 en relación con lo establecido en su artículo 50 N° 1, lo que excluye automáticamente a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica respecto del tiempo transcurrido, previo a su ratificación, aprobación y publicación en el Diario Oficial, por lo que no cabe sino concluir que en la especie el tribunal debiera decretar el sobreseimiento definitivo y total de esta causa.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** Que, el abogado Cristian Cruz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, al contestar el traslado, en lo pertinente, sobre el artículo de la prescripción de la acción penal, en su presentación que corre de fojas 9235 a 9242, pide su rechazo sosteniendo que no es procedente la prescripción respecto del ilícito investigado en el presente proceso atendido que el mismo se inició durante el periodo en que rigió el estado de guerra en Chile y, por lo mismo, resulta imprescriptible a la luz de las claras disposiciones que sobre el particular establecieron los Convenios de Ginebra de 1949 y por ser delito de lesa humanidad.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Que la prescripción es una institución que tiene como efecto el hecho de que extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, y se justifica por motivos históricos, políticos, jurídicos, humanitarios, entre los que más se citan por la doctrina. Se configura y apoya en el transcurso del tiempo y descansa, al decir del profesor Sergio Politoff, “en el principio de la seguridad jurídica” (Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, Editorial Jurídica, año 2003, página 578).

El profesor Eduardo Novoa Monreal (Curso de Derecho Penal, parte general, Tomo II, 3° Edición, año 2005, página 402), al comentar la prescripción afirma que ésta se justifica “porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son los de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, pero que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte”, y agrega que “ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos”.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** Que, sin embargo, a la institución de la prescripción le son plenamente aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria en los delitos de lesa humanidad.

Que, en efecto, nuestro Código Penal, en sus artículos 94 y 95 señala que la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes en el plazo de quince o diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el ilícito, y en el caso de simples delitos, en el plazo de cinco años a partir de esa data.

Que, sin embargo, tal como ya se expuso al analizarse la excepción de la amnistía, el Estado de Chile, en cuanto componente o miembro del concierto internacional, reconoce derechamente la imprescriptibilidad tratándose de delitos que ofendan gravemente la conciencia jurídica de la humanidad, entre otros, precisamente, el homicidio calificado.

Que, en efecto, el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre protección de civiles en tiempos de guerra señala 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”.

Que, de dicha norma de orden internacional se infiere la imposibilidad de aplicar las causales extintivas de responsabilidad penal, como lo es la prescripción, en el orden jurídico interno de cada parte contratante, donde desde luego se incluye Chile, suscriptor también de ese cuerpo legal, de suerte que, además, de la prohibición de aplicar en nuestro ordenamiento interno la amnistía, también ello se extiende a la prescripción. De otro modo, se quebrantarían los artículos 1°, 3° y 147 del citado cuerpo legal que resguarda los derechos esenciales de toda persona humana, al sancionar, en todo tiempo y lugar, entre otros ilícitos, el secuestro u

homicidio calificado de las personas en caso de conflicto armado sin carácter internacional, situación esta última que es la que ocurre en el caso que se analiza. Esta prohibición implica la suspensión de las instituciones que estaban vigentes, como por ejemplo la prescripción de la acción penal, concebida para que opere en un estado de paz social, pero en ningún caso en situaciones anormales de quebrantamiento del orden público.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO:** Que, según lo ha resuelto en forma reiterada la Excm. Corte Suprema, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra nación puede hacer prescribir - y también amnistiar - las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad; más, si Chile ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como las Convenciones de Ginebra de 1949, aprobadas por Decreto Supremo 752, de 1951, y publicadas en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, y que entonces se encontraban vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en estos autos, no puede, en consecuencia, soberanamente, sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados convenios, para incumplir las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** Que, amén de las argumentaciones ya dichas, cabe aún mencionar, para el rechazo de la prescripción que pide la defensa de los encausados González Andaur, Ojeda Soto y Maricahuin Carrasco, que conforme a las normas internacionales sobre derechos humanos, en cuanto consagra como delito de lesa humanidad al homicidio calificado de personas, en las condiciones en que acaecieron los hechos relativos a esta causa, los que la propia norma internacional declara imprescriptible, siendo que dicho estatuto internacional fue reconocido y plasmado para su resguardo en el artículo 5° de la Carta Fundamental, cuando consagra el ejercicio de la soberanía, la que reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que dimanar de la naturaleza humana, *Ius Cogens* que por mandato constitucional debe relacionarse con los convenios y tratados celebrados y ratificados por Chile y por lo tanto le son vinculantes, ello es precisamente lo que sucede, conforme a la Carta Fundamental, con los delitos de lesa humanidad, según lo expone el profesor Humberto Nogueira Alcalá en su libro “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, página 231”; y es lo que ocurre, por ejemplo, con la propia Convención de Viena sobre derecho de los tratados, vigente en Chile desde el 27 de Enero de 1980, y cuyo artículo 27 señala que el Estado no puede invocar su propio derecho interno con el fin de eludir sus obligaciones internacionales, ya que de hacerlo comete un hecho lícito que compromete la responsabilidad internacional del propio Estado.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Que, además, cabe señalar que el Decreto Ley N° 3, de 18 de septiembre de 1973, declaró estado de sitio en todo el territorio de la República por la causal de “conmoción interior”, habiéndose fijado el carácter de esta por el Decreto Ley N° 5, de 22 de septiembre de 1973, que expresó que debía entenderse como Estado o Tiempo de Guerra y ello, no sólo para los efectos de la penalidad establecida por el Código de Justicia Militar y demás leyes penales de ese tiempo, sino “para todos los demás efectos de dicha legislación”, frase esta que en forma uniforme se ha interpretado de que dichos efectos abarcan las causales de extinción de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias de la misma y, además, las normas jurídicas penales de carácter internacional aplicables a dicha situación, lo que se tradujo, en la práctica, en la existencia de “Consejos de Guerra”, “Prisioneros de Guerra” y, también, en la aplicación de la penalidad de “Tiempos de Guerra”. Como consecuencia de lo

anterior debe concluirse que nuestro país vivió bajo un “Estado o Tiempo de Guerra” desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de septiembre de 1974, en virtud del Decreto Ley N° 3 y Decreto Ley N° 5, sin perjuicio que también se ha estimado que con posterioridad a dicha fecha y hasta el 10 de septiembre de 1975, de conformidad con los Decretos Leyes N° 641 y 922, subsistió dicho estado o tiempo de guerra, por la dictación de los señalados decretos, que declararon en todo el territorio de la república estado de sitio en grado de defensa interna, obteniéndose como consecuencia de lo anterior que, en el lapso a que se hizo referencia, son aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, que establecen para las partes contratantes la prohibición de auto exonerarse por las responsabilidades en que pueden haber incurrido en relación con graves infracciones a dichos Convenios, entre ellos, el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos y la detención ilegítima lo que jurídicamente viene a significar un impedimento o prohibición de aplicar causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

Que, aparte de lo indicado precedentemente y relativo a la prescripción de la acción penal, cabe indicar que los fundamentos de esta institución lo constituyen el transcurso del tiempo, que hacen inútil la pena, y la inactividad del Estado en perseguir los delitos, computándose el término de ella desde el día en que se hubiere cometido el ilícito, según lo dispone el artículo 95 del Código Penal, pero también y para una acertada resolución debe dejarse establecido que de acuerdo a los elementos de juicio existentes y contexto en que se perpetró el hecho, ello tuvo lugar formando parte de un ataque generalizado en contra de una parte de la población civil, constituyendo la conducta de los responsables parte de un patrón sistemático y organizado en contra de las víctimas, ataque que se materializó genérica y globalmente en contra de aquella parte de la población civil y no sólo contra una sola víctima y, consecuentemente, estos supuestos fácticos permiten determinar que la conducta criminal se perpetró en crímenes de naturaleza de lesa humanidad, reconocido por el derecho penal internacional de los derechos humanos y, por ello, debe ser también rechazada la excepción de prescripción de la acción penal alegada por cuanto, para el derecho chileno, es obligatoria la normativa del derecho internacional penal de los derechos humanos, dentro de los cuales se enmarcan los crímenes de lesa humanidad y respecto de los cuales es inadmisibles la prescripción que pretende impedir, ya la investigación como también la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y, es así, que el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República establece expresamente que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana”, agregando que “es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De lo anterior se puede concluir, inequívocamente, que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de:

a) Los crímenes contra la paz, que consisten en desatar conflictos armados en violación a los Tratados Internacionales – Carta de las Naciones –; b) Los crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales – I y II, respectivamente – sobre conflictos internacionales y no internacional; y c) Los crímenes de lesa humanidad tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

Enseguida, la concreción de tipos penales por conductas lesivas en contra de la humanidad se gesta del literal c) del artículo 6° del “Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que define como crimen contra la humanidad:

“A saber, asesinato, exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, ya sea en violación o no del derecho interno del país donde han sido perpetrados”.

Luego la obligación de aplicar e interpretar las leyes penales en ese marco, surge también de los mismos Tratados Internacionales, entre ellos, de la norma del artículo I, Común de los Cuatro Convenios de Ginebra, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario el cual tiene como fuente los Principios Generales del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, los que reconocen la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. (Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad).

Enseguida, la afectación para nuestro Derecho Penal de los Principios Generales de Derecho Internacional referidos, está dada por la normativa constitucional antes analizada, reconocida también por la Excelentísima Corte Suprema (Alfredo Etcheberry. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, año 2002, páginas 38 y 39).

Entre tales Principios Generales del Derecho Penal Internacional se encuentra precisamente el referente a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, lo que aparece tangible para los Estados Partes de las Naciones Unidas, por medio de la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en la que dichos Estados convienen lo siguiente:

#### Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido:

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 08 de agosto de 1945, conformada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación para el derecho interno del país donde fueron cometidos.

Que si bien dicho instrumento no ha sido ratificado por Chile, no hay discusión que éste y los instrumentos que la fundamentan son vinculantes vía del Principio General de Derecho Internacional, de tratado internacional y por la propia Carta de las Naciones Unidas de la cual Chile es parte; en efecto, tal Convención sobre Imprescriptibilidad se fundamenta expresamente en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre extradición y el castigo de los criminales de guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

En consecuencia, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, en cuyo contexto se ha dado el de este proceso, proviene de la hermenéutica jurídica que obligatoriamente debe emplearse al interpretar esa materia, en la que el intérprete del derecho debe considerar, tal como siempre lo ha señalado nuestro más alto Tribunal, de que si se trata de “delitos contra la humanidad”, rigen “los Principios del derecho Internacional”, éstos como categoría de norma de Derecho Internacional General (“Ius Cogens”), conforme al acervo dogmático y convención universal y de la aceptación de la práctica de los tribunales nacionales miembros de la Organización de las Naciones Unidas, como también de los fallos de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a esta clase de crímenes, tal como lo es, entre éstos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 52 y siguientes de la Convención Americana de Derechos Humanos).

**CUADRAGÉSIMO SEPTIMO:** Que, en consecuencia, de acuerdo a las razones y fundamentos señalados precedentemente, no cabe sino desestimar, como se ha dicho, la excepción de fondo de la prescripción de la acción penal deducida por la defensa de los encausados Juan José González Andaur, Nelson Hernán Ojeda Soto y José Erwin Maricahuin Carrasco, interpuesta por ésta en el respectivo escrito de contestación a la acusación fiscal.

#### **CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.**

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO:** Que favorece a los encausados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior de éstos, la que se encuentra acreditada con los respectivos extractos de filiación y antecedentes de fojas 5057, 5808 vuelta y 5058 y corroborada, además, respecto del primero, con testimonios de Luis Saúl Vera Poblete y Juan Antonio Almonacid Adio, de fojas 9566 y 9567; respecto del segundo, es decir Maricahuin Carrasco, con declaraciones de Pedro Enrique Yáñez Uribe y Francisca Elvira Uribe Gómez, de fojas 9586 y 9587; y, respecto del encausado Ojeda Soto, con declaraciones de Víctor Hugo Oyarzún Cárcamo y María Angélica Rosas Díaz, de fojas 9564 y 9565.

#### **PRESCRIPCIÓN GRADUAL**

**CUADRAGÉSIMO NOVENO:** Que, en forma reiterada la Excm. Corte Suprema ha fallado sosteniendo que la imposibilidad de poder aplicar en nuestro ordenamiento jurídico interno la prescripción de la acción penal, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como igualmente se le llama, ya que una y otra son totalmente diferentes y tienen tratamiento distinto.

**QUINCUGÉSIMO:** Que, en efecto, la media prescripción no es una entidad reconocida por todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero nuestro ordenamiento jurídico le da pleno reconocimiento en el artículo 103 del Código Penal.

Para los profesores Sergio Politoff y Luis Ortíz (Texto y Comentario del Código Penal Chileno), la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, reconocida en Chile, tiene un hallazgo escaso en el derecho comparado.

Para el profesor Jaime Náquira Riveros, (Informe en Derecho, citado en Rol 4419-09, fallo de la Excm. Corte Suprema, 13 de julio de 2010), las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo “una cuestión obligada” dar aplicación al artículo 103 del Código Penal en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.



Que, de otro lado, lo que consagra el legislador chileno es una atenuante calificada de responsabilidad penal, y cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la pena, la que en todo caso subsiste y es, por tanto, totalmente independiente de la prescripción, si bien ésta y la prescripción gradual están tratadas en un mismo título del Código Penal. Los fundamentos y consecuencias son en uno y otro caso, distintos: En uno se impide la sanción punitiva; en el otro, juega como circunstancia atenuante, que por tanto permite introducir una rebaja a la pena correspondiente, aunque ambas coinciden en fundamentarse en el transcurso del tiempo.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO:** Que, si se recurre al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, se constata que la media prescripción se encuentra consagrada en el Código Penal Chileno desde la época de su dictación, en el año 1874, pudiendo el juez darle aplicación si concurren dos hechos: El tiempo transcurrido y el mérito de la causa. Por ende, si bien nuestro país se obligó como componente del concierto internacional a respetar la imprescriptibilidad de la acción penal para los hechos como los que se investigan en autos, no se ha restado para que se de aplicación a la media prescripción, y así por lo demás lo ha resuelto el máximo tribunal del país en numerosos fallos, tales como:

a) Rol 1.369, de 20 de enero de 2010; b) Rol 1.746, de 25 de enero de 2010; c) Rol 6-2009, de 15 de marzo de 2010; d) Rol 3.809-09, de 25 de marzo de 2010; e) Rol 5.279-09, de 14 de abril de 2010; f) Rol 6.855-08, de 03 de mayo de 2010; g) Rol 3.302-09, de 18 de mayo de 2010; h) Rol 2.596-09, de 08 de julio de 2010; i) Rol 7.827-09, de 18 de agosto de 2010; j) Rol 8.939-09, de 30 de agosto de 2010; k) Rol 8.790-09, de 22 de septiembre de 2010.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:** Que, por ende, aceptada por la doctrina, jurisprudencia y razones de texto legal, la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad penal que consagra el artículo 103 del Código Penal en abstracto, resta en seguida pasar a analizar si en la situación en estudio concurren los requisitos necesarios para su aceptación en autos.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO:** Que, por lo tanto, útil es recordar el tenor del artículo 103 del Código Penal que dice que “Si el responsable se presentare o fuese habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revertido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO:** Que, en el caso sub lite, los hechos investigados acaecieron en el mes de octubre de 1973, esto es, hace ya casi treinta y siete años, y aún cuando se trata de situaciones reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, debido a diversos factores, situación entonces que en aras de la justicia no puede escapar al fallador, toda vez que constituye un imperativo el apreciar y aquilatar, sub jure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acontecieron, no con la finalidad de dar por extinguida la responsabilidad penal, por cierto, sino que con el fin de aquilatar y conceder el reproche y la atenuación de la sanción punitiva que en justicia emane en cada caso según el mérito de los autos y de la aplicación del derecho.

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO:** Que el hecho que en estos autos se tuvo por acreditado es la figura del homicidio calificado, y dado que el procedimiento en la presente investigación se inició con fecha 11 de diciembre de 2002, que es cuando se ordenó instruir el presente proceso ante la solicitud del Ministerio del Interior, para investigar los desaparecimientos de siete personas en esta región, entre ellos Moisés Ayanao Montoya, se dictó

con fecha 11 de agosto de 2003, auto de procesamiento contra los inculpados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto (fojas 4392 a 4399 vuelta), encontrándose posteriormente los restos de la víctima. Por ende ha de entenderse desde aquella fecha que la investigación se dirigió en contra de los responsables de su homicidio calificado, y por tanto el plazo de la prescripción gradual y los supuestos aparecen cumplidos y autorizan para aplicar la atenuante especial que contempla el artículo 103 del Código Penal.

**QUINCAGÉSIMO SEXTO:** Que, en consecuencia, por concurrir en la especie los presupuestos del artículo 103 del Código Penal, el sentenciador habrá de aplicarla en favor de los encausados González Andaur, Maricahuin Carrasco y Ojeda Soto, y porque, además, lo debe hacer aún de oficio, por tratarse de una norma de orden público, y por tanto obligatoria para el tribunal. Empero, la forma de determinar la magnitud de la sanción y la incidencia de la minorante de la prescripción gradual en la misma el fallador la hará aplicando las reglas generales del Código Penal, que entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente, y como se decidirá por su aplicación, cuantificar la concreta rebaja que se concederá a dichos procesados.

**PENALIDAD:**

**QUINCAGÉSIMO SÉPTIMO:** Que para regular las sanciones que corresponde aplicar a los encausados de autos, han de tenerse presente las siguientes circunstancias:

**a)** Que la pena asignada por la ley para el homicidio calificado, prescrito y sancionado por el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y cuarta del Código Penal, esto es, la alevosía y la premeditación conocida, la sanción a la fecha en que ocurrieron los hechos investigados en estos autos era de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo;

**b)** Que, a los tres encausados - González, Maricahuin y Ojeda - les favorece la atenuante de sus irreprochables conductas anteriores, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de sus extractos de filiación y antecedentes penales de fojas 5057, 5808 vuelta y 5058 y corroborada, además, respecto del primero, con testimonios de Luis Saúl Vera Poblete y Juan Antonio Almonacid Adío, de fojas 9566 y 9567; respecto del segundo, es decir Maricahuin Carrasco, con declaraciones de Pedro Enrique Yáñez Uribe y Francisca Elvira Uribe Gómez, de fojas 9586 y 9587; y, respecto del encausado Ojeda Soto, con declaraciones de Víctor Hugo Oyarzún Cárcamo y María Angélica Rosas Díaz, de fojas 9564 y 9565.

**c)** Que el grado de participación establecido en los hechos investigados en estos autos para todos los enjuiciados es el de autores del artículo 15 N° 1 del Código Penal, correspondiendo imponer la pena señalada por la ley para el autos del delito consumado de homicidio calificado, tomando como base el de presidio mayor en su grado medio.

**d)** Que, además, les favorece a los tres enjuiciados la circunstancia atenuante calificada de prescripción gradual y, en ejercicio de sus atribuciones privativas, el sentenciador rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en dos grados, atendida la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos y, en especial, la concurrencia de las atenuantes ya señaladas, quedando en definitiva en presidio menor en su grado máximo, la que se impondrá en la parte más baja, para los enjuiciados González y Ojeda (3 años y un día para cada uno).

**e)** Que, respecto al enjuiciado José Erwin Maricahuin Carrasco, como intervino en dos delitos de homicidio calificado, de una manera directa e inmediata - como son los asesinatos de Moisés Ayanao Montoya y el profesor Jorge Orlando Vilugrón Reyes -, debe condenarse la reiteración de delitos que contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, imponiéndosele una

sola sanción por los dos homicidios calificados, siendo tal sistema más favorable que el establecido en el artículo 74 del Código Penal, que ordena imponer tantas penas como delitos se cometieron.

Por ende, primeramente se rebajará la pena en dos grados, tomando como base el mínimo legal establecido, es decir, presidio mayor en su grado medio, por aplicación de la minorante del artículo 103 del Código Penal, y la de la restante atenuante de la irreprochable conducta anterior, situándose la sanción - entonces - en presidio menor en su grado máximo, y luego, dada la reiteración, se subirá un grado, quedando una pena única y definitiva de presidio mayor en su grado mínimo, la que se fijará en siete años.

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO:** Que, atendido que los acusados Juan José González Andaur y Nelson Hernán Ojeda Soto, reúnen los requisitos establecidos en el artículo 15 de la ley 18.216, puesto que la pena a aplicar no excede de cinco años; no han sido condenados anteriormente por crímenes o simples delitos y los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad de éstos, conducta anterior y posterior al hecho punible, la naturaleza y móviles determinantes de los delitos permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario para una efectiva readaptación y resocialización de los mismos, se concederá a éstos el beneficio alternativo de cumplimiento de pena mediante su libertad vigilada, quedando sujetos a la vigilancia y orientación de un delegado por el término que se indicará en lo resolutivo de la presente sentencia, debiendo cumplir éstos, además, con las otras condiciones establecidas en el artículo 17 de la ley ya indicada.

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO:** Que, atendida la naturaleza, entidad y cuantía de la sanción que corresponde imponer al encausado José Erwin Maricahuin Carrasco, no se otorgará a éste ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena contemplados en la ley N° 18.216, por no reunir los requisitos para ello y no ser procedente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo establecido en los artículos 1°, 11 N° 6, 14, 15, 18, 21, 24, 25, 28, 29, 50, 68 inciso 3°, 74, 103 y 391 N° 1 del Código Penal; 108, 109, 110, 111, 457, 458, 459, 474, 481, 482, 488, 500, 501, 502, 503, 504, 509 y 533 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

**I.-** Que **SE RECHAZAN**, las excepciones de previo y especial pronunciamiento de los números 4, 6 y 7 del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, interpuestas por la defensa de los encausados Juan José González Andaur, José Erwin Maricahuin Carrasco y Nelson Hernán Ojeda Soto, en su escrito de fojas 9128 a 9133 vuelta.

**II.-** Que se condena a los encausados

**JUAN JOSE GONZALEZ ANDAUR y**

**NELSON HERNAN OJEDA SOTO**, ya individualizados, como **AUTORES** del delito de **HOMICIDIO CALIFICADO**, en la persona de Moisés Ayanao Montoya, perpetrado el día 25 de octubre de 1973, en el kilómetro 26 del camino Puerto Aysén Coyhaique, sector Villa Los Torreones, a cada uno de ellos, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**; a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y las de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

**III.-** Que se condena al encausado

**JOSÉ ERWIN MARICAHUIN CARRASCO,**

ya individualizado, como **AUTOR** del delito de **HOMICIDIO CALIFICADO**, en la persona de Moisés Ayanao Montoya, perpetrado el día 25 de octubre de 1973, en el kilómetro 26 del camino Puerto Aysén Coyhaique, sector Villa Los Torreones, y como **AUTOR**

del delito de **HOMICIDIO CALIFICADO**, en la persona de Jorge Orlando Vilugrón Reyes, perpetrado el día 08 de octubre de 1973, en el muelle de Puerto Cisnes, a la **PENA ÚNICA de SIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**; a la accesoria 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.

**IV.-** Que, reuniéndose los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley 18.216, se concede a los sentenciados Juan José González Andaur y Nelson Hernán Ojeda Soto, el beneficio de cumplimiento de pena mediante su libertad vigilada, quedando sujetos a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado, por el término de **TRES AÑOS Y UN DÍA**, cada uno, debiendo cumplir, asimismo, con los demás requisitos establecidos en el artículo 17 de la ley ya indicada, respectivamente.

En caso se revocare el beneficio concedido anteriormente o deban estos cumplir la pena, por cualquier motivo, servirá de abono a los sentenciados el tiempo que permanecieron privados de libertad con motivo de la presente causa, esto es: a) González Andaur, treinta y ocho días, desde el 31 de enero al 12 de febrero de 2003, y del 13 de agosto al 06 de septiembre de 2003, según consta de partes policiales N° 315, de fojas 2472 y N° 1681, de fojas 4413, respectivamente, ambos de la Policía de Investigaciones, y certificaciones del señor Secretario del tribunal, de fojas 2814 vuelta y 4719 vuelta, respectivamente; y b) Ojeda Soto, veinticuatro días, desde el 13 de agosto al 05 de septiembre de 2003, según consta de parte policial N° 1682 de la Policía de Investigaciones, de fojas 4416 y certificación del señor Secretario del tribunal, de fojas 4704 vuelta, respectivamente.

**V.-** Que, no reuniéndose respecto del sentenciado José Erwin Maricahuin Carrasco, los requisitos que establece la ley 18.216, en atención a la naturaleza de la pena aplicada a éste, no se le concede ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena contemplados en la mencionada ley, por lo que deberá cumplir efectivamente ésta, la que se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los veintidós días que permaneció privado de su libertad con motivo de este proceso acumulado, desde el 21 al 23 de marzo de 2003 y desde el 19 de agosto al 06 de septiembre de 2003, según consta de partes policiales N° 718, de fojas 2952 y N° 1717, de fojas 4752, ambos de la Policía de Investigaciones, y certificación del señor Secretario del tribunal, de fojas 3001 vuelta y 4719 vuelta, respectivamente.

Notifíquese personalmente a los sentenciados, citándose y exhortándose, según corresponda.

Notifíquese a los apoderados de las partes querellantes, del Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior, por intermedio del receptor de turno del presente mes.

Consúltese, si no se apelare.

Regístrese y cúmplase, en su oportunidad, con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal y archívense, en su oportunidad.

**Rol N° 16.996-AyB. (CASO VILLA LOS TORREONES).**

Dictada por don **LUIS DANIEL SEPULVEDA CORONADO**, Ministro en Visita Extraordinaria. Autoriza doña **MIRIAM CARMEN MUÑOZ CONTRERAS**, Secretaria Subrogante.