

Santiago, quince de diciembre de dos mil quince.

VISTOS:

En estos autos **Rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio “Caravana-Antofagasta”**, por sentencia de trece de diciembre de dos mil trece, escrita a fojas 4.039, se absolvió a Gonzalo Andrés del Corazón de María Santelices Cuevas de la acusación de ser cómplice de los **delitos de homicidio calificado de Luis Eduardo Alaniz Álvarez, Dinator Segundo Ávila Rocco, Mario del Carmen Arqueros Silva, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Segundo Norton Flores Antivilo, José Boeslindo García Berríos, Mario Armando Darío Godoy Mansilla, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Danilo Daniel Alberto Moreno Acevedo, Washington Rodemil Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz Tagle Orrego, Héctor Mario Silva Iriarte, Alexis Alberto Valenzuela Flores y Marco Felipe de la Vega Rivera**, perpetrados en Antofagasta, el 19 de octubre de 1973. Enseguida se resolvió condenar a los acusados Sergio Carlos Arredondo González, Marcelo Luis Moren Brito, Juan Viterbo Chiminelli Fullerton y a Patricio Gerardo Ferrer Ducaud, cada uno, a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta par profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa, como autores de los delitos de homicidio calificado de las personas antes señalas. Asimismo se condenó a Pablo Abelardo Martínez Latorre a cinco años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena como cómplice de los mismos delitos. Por último se condenó a los acusados Pedro Octavio Espinoza Bravo, Luis Felipe Polanco Gallardo y Emilio Robert de la Mahotiere González a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, como encubridores de los delitos señalados. En lo civil, se desestimaron las excepciones de incompetencia absoluta, preterición legal, prescripción y pago opuestas por el Consejo de Defensa del Estado y la de prescripción extintiva intentada por la defensa del demandado Pedro Espinoza Bravo. Consecuencialmente, se acogieron, con costas, las demandas interpuestas por Mónica Espinoza Marty y Josefa Ruiz Tagle Espinoza en contra del Fisco de Chile, quedando obligado a pagar a cada una de las actoras como resarcimiento del daño moral padecido la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos). Asimismo se acogieron las acciones deducidas por Graciela Luz Álvarez Ortega, Rosita María Silva Álvarez, Patricia Alejandra Silva Álvarez, Libertad Angélica Silva Álvarez, Amanda Graciela Silva Álvarez, Mario Sergio Silva Álvarez, Hilda Alfaro Castro, Isabel Soledad de la Vega Alfaro, Marco Luis de la Vega Alfaro, Cecilia Lila de la Vega Alfaro, Victoria Luz Arqueros Moreno, Elba del Carmen García Zepeda, Jaime Silva Iriarte, Viviana Marcela Cerda García, Beatriz Sandra Bugeño García y José Wladimir Riquelme García en contra del Fisco de Chile y de los condenados Pedro Espinoza y Marcelo Moren, resultando solidariamente condenados a pagar a los doce primeros mencionados la cantidad de \$100.000.000 (cien millones de pesos) y a los cuatro últimos \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos), todo ello como indemnización de perjuicios por el daño moral experimentado, más los reajustes correspondientes de acuerdo a la variación del IPC entre el

mes anterior a la dictación de la sentencia y el mes anterior al de su pago, devengando dichas sumas intereses corrientes por el mismo período.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de doce de noviembre de dos mil catorce, rectificadora por resolución de fojas 4448, desestimó el primero de tales arbitrios, revocó la sentencia en cuanto por ella se decidía condenar a Pedro Espinoza Bravo como encubridor de los delitos y en su lugar resolvió que queda condenado como autor de los mismos a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes y el pago de las costas de la causa. Asimismo se revocó la sección que condenaba a Pablo Martínez Latorre en calidad de cómplice de los delitos y en su lugar se decidió absolverlo. En lo demás se confirmó el pronunciamiento de primer grado y los sobreseimientos definitivos de fojas 3.629, por enajenación mental del enjuiciado Sergio Arellano Stark, y el de fojas 3.720, por muerte de Adrián Ortíz Gutmann.

Contra ese fallo la defensa de los condenados Patricio Ferrer Ducaud, Sergio Arredondo González, Robert De La Mahotiere González, Juan Chiminelli Fullerton y Luis Felipe Polanco Gallardo, el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Fisco de Chile dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de fojas 4.440, 4.450, 4.456, 4.476, 4.567, 4.465 y 4.490. Por su parte, la querellante dedujo recurso de casación en la forma a fojas 4.484 y, por último, el representante del condenado Pedro Espinoza Bravo dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 4.555.

Por decreto de fojas 4.595 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la defensa del condenado Patricio Gerardo Ferrer Ducaud formalizó recurso de casación en el fondo por la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dado el desconocimiento de las circunstancias de atenuación de la responsabilidad penal previstas en los artículos 11 N° 1 y 103 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar.

En relación a la prescripción gradual explica que la decisión se funda en la improcedencia de declarar la prescripción como causal de extinción de responsabilidad, en circunstancias que se trata de una situación que difiere de la minorante, de manera que con su concurrencia, por aplicación del artículo 68 del Código Penal, la pena se debió rebajar en uno, dos o tres grados al mínimo. Dicha atenuante, erróneamente desconocida, unida a las previstas en los artículos 211 del Código de Justicia Militar y 11 N° 1 del Código Penal, permitían arribar a una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Con esos argumentos solicita que se anule el fallo impugnado y se dicte el correspondiente de reemplazo que imponga a su defendido la pena antes indicada, concediéndole el beneficio de libertad vigilada previsto en el artículo 14 de la Ley N° 18.216.

Segundo: Que la defensa del sentenciado Sergio Arredondo González dedujo recurso de casación en el fondo por la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, fundando sus reclamos en la misma omisión que el recurso antes reseñado, esto es, las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 103 del Código Penal y 211 y 214 inciso segundo del Código de Justicia Militar. La primera, a su juicio, resulta procedente dado el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, por lo que la sanción debió reducirse en

uno, dos o tres grados al mínimo del señalado en la ley, por aplicación del artículo 68 del Código Penal. En relación a las normas del Código de Justicia Militar, plantea que el delito se cometió en virtud de una orden de Sergio Arellano Stark, que se limitó a acatar. Si como ocurre en la especie, no hay concierto y se comete el delito en cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio y el subalterno no la ha representado, insistiendo el superior, hace al primero responsable como coautor, pero beneficiario de una pena inferior en un grado en razón de que su voluntad resultó influenciada por la del superior. En el caso de autos, Arredondo González no se concertó para cometer homicidio, limitándose a informar al Oficial Delegado del cumplimiento de sus órdenes.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia impugnada y en su reemplazo se imponga al enjuiciado la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Tercero: Que, enseguida, el representante del sentenciado Robert De La Mahotiere González dedujo recurso de casación en el fondo por las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la infracción de los artículos 1, 17 N° 3, 18, 21, 24, 30 y 54 del Código Penal, 42, 451, 456 bis, 457, 460, 485, 486, 407 y 488 del Código de Procedimiento Penal, 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, XXVI de la Declaración de Derechos del Hombre y 8 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a los hechos, explica que la nave en que se trasladaban los enjuiciados era piloteada por el Mayor de Ejército Robert De La Mahotiere, al mando del General de División Arellano Stark, quien actuaba como Oficial Delegado del Comandante en Jefe del Ejército. Durante su permanencia en la ciudad de Antofagasta no tuvo contacto con los miembros de la misión, lo que corroboran los dichos de los acusados Arredondo, Ferrer, Espinoza, Ortiz y Moren, todos contestes en que la noche del 18 al 19 de octubre de 1973, cuando Ortiz Gutmann concurrió al Hotel Antofagasta donde pernoctaron los oficiales de la comitiva, su representado permaneció en ese lugar y no concurrió a la quebrada donde se perpetraron los fusilamientos.

El fallo considera que el traslado en helicóptero desde Santiago a Antofagasta no devino en esencial para cometer el delito, porque los hechos igualmente podían arribar a la ciudad por otros medios. Tampoco estima que dicha actividad sirvió a los autores para concretar el ilícito. Sin embargo, concluye que su mandante tomó conocimiento de la perpetración de los delitos albergando, ocultando o proporcionando la fuga a los culpables. Pero De La Mahotiere no supo del hecho dañoso antes de que se produjera o después de que se consumara, por lo que no tuvo oportunidad de sustraerse de seguir pilotando la nave.

En relación a la causal tercera de casación esgrimida, plantea que la tripulación del helicóptero ignoraba los sucesos y estaba abocada a servir un único propósito de carácter lícito, cual era transportar a la autoridad militar al mando, orden que no aparecía como tendiente a la comisión de un delito, por ende, no era representable. En todo caso, un acto de amotinamiento en tiempo de guerra habría acarreado a su defendido la formulación de cargos criminales y en el evento de ser considerado culpable en un consejo de guerra habría sido condenado a la pena de muerte. De este modo, incluso en el caso improbable que haya tomado conocimiento de los delitos, nada pudo hacer, pues si el militar de más alto rango en la zona, el General Joaquín Lagos, ignoraba los sucesos, no parece sensato exigir

conocimiento a quien sólo constituía un medio sin voluntad. El mismo fallo reconoce que De La Mahotiere recibió una orden del servicio proveniente del correspondiente superior y que ignoraba los designios de los autores, siendo enfático en señalar que la actividad de pilotear en dirección a Antofagasta era insignificante para aquellos que tenían el control de los hechos, por lo que el despegue desde esa ciudad no tuvo ánimo de encubrir, hecho que incluso se comunicó a la máxima autoridad del país en la época.

Por otro lado, arguye que el artículo 17 N° 3 del Código Penal tenía una redacción distinta a la fecha de los hechos, estableciendo requisitos disyuntivos para que concurriera la figura del encubrimiento. Así, la condición de empleado público de De La Mahotiere era connatural a la misión de pilotear una aeronave militar. Los hechos eran desconocidos para la tripulación y el General Arellano a esa época no era un delincuente habitual, de modo que la aplicación de la norma en su actual redacción constituye un error de derecho.

En síntesis, no se satisface el quantum de la prueba necesaria para que el hecho punible y la participación estén demostradas fuera de toda duda razonable, condenando a su defendido por meras sospechas, pues los hechos que describe el fallo, en lo que concierne a De La Mahotiere, no pueden ser subsumidos en norma legal alguna.

Finaliza solicitando que se anule el fallo impugnado y se dicte sentencia de reemplazo que lo absuelva de los cargos.

Cuarto: Que, enseguida, el representante del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, dedujo recurso de casación en el fondo por las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, vicios que se producirían al desechar un cúmulo de antecedentes que permiten condenar a Pablo Martínez Latorre como cómplice de los delitos investigados, tal como lo había decidido el tribunal de primera instancia, lo cual es el resultado de la infracción a los artículos 459, 464, 481, 482, 485 y 488 Nros. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal en relación a los artículos 1, 14, 16, 51 y 391 N° 1 del Código Penal.

El tribunal llegó a la errada conclusión que a su respecto no hay prueba del dolo, ni siquiera eventual. Sin embargo, asegura que concurre el elemento subjetivo requerido para la complicidad pues Martínez formó parte del operativo y posterior entrega de las víctimas para llevar a cabo los fusilamientos, lo que surge de diversos medios de prueba que el tribunal a quo consideró, como sucede, por ejemplo, con sus propios dichos, a fojas 1986, en la diligencia de careo con Gonzalo Santelices Cuevas a fojas 2165, del relato de los testigos León Astudillo a fojas 2317 y Angel Lorca a fojas 2322, además de la constancia del libro de novedades de la guardia armada de la cárcel de Antofagasta de fojas 734, donde se verifica la entrega de los detenidos al oficial Martínez.

Esa prueba, a su juicio, es suficiente para dar por acreditada su participación en el plan delictual. En la alzada, sin embargo, el tribunal consideró únicamente su testimonio, descartando las probanzas reproducidas por el fallo impugnado, acudiendo de modo improcedente a un argumento de contexto, cual es lo que habría sucedido a otros oficiales que se opusieron al golpe militar. Pero en el caso de Coronel Odlanier Mena, en la ciudad de Arica, se negó a someter a los detenidos que se hallaban bajo su jurisdicción a los dictámenes de Arellano Stark, lo que evidencia que era posible negarse a cumplir sus órdenes o al menos representarlas.

El fallo se funda en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal para valorar su relato. Sin embargo, de acuerdo al 481 del mismo texto, existe una confesión de participación de cómplice, refrendada por testigos, lo que satisface los requisitos del artículo 459 del señalado cuerpo legal. Al contrario de lo que consigna la sentencia, que involuntariamente se vio involucrado en crímenes, no hay indicio alguno de que su voluntad haya estado anulada. El testigo Gonzalo Santelices, a fojas 1324, en esa época Subteniente de Ejército, declaró que Martínez le ordenó firmar el acta de recepción de detenidos cuando retiraron a las víctimas de la cárcel de Antofagasta, elemento probatorio que de acuerdo al artículo 464 del Código de Procedimiento Penal opera como presunción judicial, la que debe considerarse en la forma que dispone el artículo 488, Nros. 1 y 2, de ese cuerpo legal.

Adicionalmente, explica las condiciones y preparación de Martínez, lo que da cuenta del poder de mando al interior de su sección. Por ello, previo a la orden del Coronel Ortíz Gutmann, debió representarse la posibilidad de que retirar detenidos políticos de la cárcel en horas de la noche para trasladarlas a una zona en descampado, en situación de estado de guerra y con el antecedente que ya se habían cometido ejecuciones en la ciudad, constituía una posibilidad cierta de que estas personas fueran muertas. Aun así recibió el listado de detenidos que debía sacar de manos del oficial de inteligencia y arribó a la cárcel, lugar en que los detenidos fueron ingresados en camiones militares amarrados y vendados y prosiguió con su misión. Por último, al llegar al lugar de las ejecuciones, fueron los mismos detenidos los que dieron señales claras de lo que iba a pasar y recién ahí Martínez dice reconocer las consecuencias que acarrearía el operativo, lo que resulta inverosímil.

Con esos argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que condene a Martínez como cómplice de los delitos a la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, por aplicación de la regla de reiteración del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Quinto: Que, enseguida, la defensa del condenado Juan Viterbo Chiminelli Fullerton dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la infracción de los artículos 459 y 488 Nros. 1 y 2 del aludido cuerpo normativo.

Sostiene que su responsabilidad penal en los hechos no está demostrada, resultando condenado por simples presunciones que se apartan de las normas procesales que rigen en materia probatoria. Los testigos de cargo no reúnen las exigencias del citado artículo 459 porque no son hábiles, no dan razón de sus dichos y sus testimonios sobre la participación de Chiminelli han sido desvirtuados por otros relatos en contrario. Sus declaraciones ni siquiera son aptas para producir una presunción judicial completa porque no cumplen los supuestos de los numerandos 1 y 2 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. A ello se suma que la prueba resulta ilícita, porque no acata los requerimientos de publicidad, contradictoriedad e inmediación que le son exigibles.

Asegura que Chiminelli no formaba parte del grupo que asesinó a las víctimas ni facilitó los medios para la perpetración de los delitos, pues sus funciones eran administrativas y logísticas, debiendo proveer de alojamiento y alimentación a la comitiva. Los testimonios inculpativos de los co-acusados Marcelo Moren, Ferrer Ducaud y Ortíz Gutmann están controvertidos por los de Pedro Espinoza Bravo y Sergio Arellano Stark, además de la propia declaración de Chiminelli, contestes en que éste no fue al lugar de los hechos. De tal modo,

de acuerdo al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal sólo es posible concluir su inocencia, porque existe duda razonable de su participación.

Solicita en definitiva que se anule el fallo impugnado y se dicte otro en su reemplazo que lo absuelva de los cargos.

Sexto: Que la parte querellante dedujo recurso de casación en la forma fundado en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal por inobservancia de las exigencias previstas en los artículos 500 N° 5 y 514 inciso final del mismo cuerpo legal, lo que se vincula a la decisión de absolución del acusado Pablo Martínez Latorre.

Explica el recurso que el fallo absolvió al enjuiciado luego de eliminar el considerando 24° de la sentencia de primer grado. Sin embargo, dejó subsistentes los motivos 3° N° 83, 4°, 22° y 23° que establecen que Martínez Latorre era oficial de ejército, graduado de la Escuela Militar en 1970, que efectuó un curso en la Escuela de Las Américas en Panamá y estuvo a cargo de una compañía de tanques de tiradores blindados. El día de los hechos fue a la cárcel local y al margen de todo procedimiento legal o regular retiró a las 14 víctimas de la custodia de gendarmería, a las que condujo amarradas y vendadas en dos vehículos a su cargo al sitio de los hechos, donde fueron ejecutadas sumariamente. Luego llevó los cadáveres a la morgue local, todo ello sin representar la orden. Incluso hay testimonios que señalan que amenazó a los gendarmes que exigieron registrar el retiro de los detenidos posteriormente ejecutados, dando órdenes como si fuese el jefe operativo.

No obstante lo anotado, la sentencia impugnada en forma contradictoria señala que no se puede efectuar reproche a este acusado, para lo cual acude a casos ajenos a los investigados en autos, fundando la decisión en el hecho que oficiales de más alta jerarquía que se manifestaron contra la intervención del 11 de septiembre de 1973 fueron interrogados, se suicidaron o resultaron encarcelados.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte otra en reemplazo que confirme el fallo de primer grado que condenó a Pablo Martínez Latorre u otra que se estime acorde al mérito del proceso, con costas.

Séptimo: Que el Fisco de Chile formalizó recurso de casación en el fondo contra la decisión civil de la sentencia fundado en el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

El primer capítulo se extiende a la infracción a los artículos 2 N° 1, 17 a 23 de la Ley N° 19.123 y 19 y 22 del Código Civil, dado el rechazo de la excepción de preterición legal de los demandantes Jaime Anselmo Silva Iriarte -hermano de Mario Silva Iriarte-, Viviana Marcela Cerda García, Beatriz Sandra Bugueño García y José Vladimir Riquelme García -nietos de José García Berríos-. Refiere que la ley indicada optó por determinar una indemnización legal para el grupo más cercano a la víctima, compuesto por los padres, hijos y cónyuge, pretiriendo al resto de las personas ligadas por vínculos de parentesco o amistad, cuyo es el caso de los mencionados, hermano y nietos de los causantes.

Por el siguiente segmento se reclama la contravención a los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, al rechazar la excepción de pago alegada respecto de los demandantes Mónica Espinoza Marty, Josefa Ruiz Tagle Espinoza, Graciela Luz Álvarez Ortega, Rosita María Silva Ortega, Patricia Alejandra Silva Álvarez, Libertad Angélica Silva Álvarez, Amanda Graciela Silva Álvarez, Mario Sergio Silva Álvarez, Hilda Alfaro Castro, Isabel Soledad de la Vega Alfaro, Marco Luis de la Vega

Alfaro, Cecilia de la Vega Alfaro, Victoria Luz Arqueros Moreno y Elba del Carmen García Zepeda, quienes ya han sido indemnizados por el mismo hecho con las cantidades y por los conceptos que se indican a fojas 4.506 y siguientes del proceso. Tales beneficios, en concepto del recurso, resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, idea que reafirma el artículo 2 N° 1 de la Ley N° 19.123. En consecuencia, si los actores señalados optaron por percibir los beneficios de la indicada normativa, extinguieron su acción en contra del Fisco de Chile.

Por el tercer capítulo se denuncia la falsa aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 19, 22, 2332, 2492, 2497, 2514 y 2518 del Código Civil, dado el rechazo de la excepción de prescripción intentada contra las acciones civiles ejercidas. Ello por cuanto los hechos ocurrieron el 19 de octubre de 1973 en circunstancias que las demandas fueron notificadas solo el 12 de octubre de 2011, por lo que el término requerido para la prescripción extintiva transcurrió con creces, incluso si se considera que estuvo suspendido durante todo el periodo que se inició con el régimen militar hasta la entrega oficial del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Más adelante se reclama la falsa aplicación de normas de derecho internacional de los Derechos Humanos que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, la que está prevista en forma exclusiva para las acciones penales que nacen de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad. Por ello la sentencia no cita ninguna disposición concreta de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile, ningún principio de derecho internacional consuetudinario o de *ius cogens* que establezca tal imprescriptibilidad, y los instrumentos internacionales genéricamente aludidos en el fallo tampoco hacen referencia a ella.

Por último se critica la falsa aplicación de los artículos 72 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y 6 y 9 del Código Civil, todos relativos al ámbito de validez temporal de la ley. Explica que la infracción se produce al rechazar la excepción de prescripción y pretender la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros tratados internacionales de derecho humanitario a un hecho que escapa a su ámbito de aplicación, porque los sucesos ocurrieron con mucha antelación a ellos.

Con esos argumentos solicita en la conclusión que se anule el fallo impugnado y se dicte otro de reemplazo que niegue lugar a las demandas, con costas.

Octavo: Que, por su parte, la defensa del condenado Pedro Espinoza Bravo formalizó recursos de casación en la forma y en el fondo.

El primero de ellos se funda en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por infracción al artículo 502 en relación al artículo 488 del referido cuerpo legal.

Sostiene que la sentencia de alzada recalificó su intervención en los hechos de encubridor a autor, estableciendo su culpabilidad únicamente en base a presunciones, caso en el cual el tribunal ha debido exponerlas una a una, como ordena el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, la sentencia no acata esa obligación y se limita a señalar tres antecedentes para establecer la condena, sin explicitar cuáles son las presunciones en que se funda esa decisión y si ellas están debidamente acreditadas.

El recurso de casación en el fondo se funda en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción a los artículos 459 y 488 Nros. 1 y 2 del aludido texto legal.

Ajustándose a tales disposiciones, asegura, no es posible sostener que la responsabilidad penal de su representado esté acreditada, por lo que el fallo de alzada debía revocar el de primer grado y absolver a Espinoza Bravo. El tribunal reconoció que la testimonial no tiene fuerza probatoria suficiente, dando lugar sólo a presunciones. Sin embargo, los testigos de cargo no reúnen las exigencias del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, pues no son hábiles, no dan razón de sus dichos, ninguno da cuenta de haber visto a Espinoza cometiendo el delito que se le imputa, están contradichos por otros relatos y atestiguan sobre hechos que ocurrieron hace 40 años, lo que impide darles crédito y afirmar su exactitud. En esas condiciones, tampoco son aptos para producir una presunción judicial completa, porque no cumplen con todos los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia basa su responsabilidad en que con anterioridad a los hechos de esta causa habría integrado la misma comitiva que visitó distintas ciudades del sur del país, donde fueron ejecutadas 22 personas, y que previo al arribo a Antofagasta, dicho grupo, del cual era parte, estuvo en La Serena y Copiapó, donde 15 y 16 personas, respectivamente, perdieron la vida. Sin embargo, en su concepto, ese hecho no se encuentra acreditado ni se fundamenta en los investigados en este proceso, es decir no puede servir de base a una presunción.

Pedro Espinoza únicamente realizaba funciones desde su cargo de inteligencia, lo que condujo al tribunal de primer grado a sancionarlo como encubridor, porque tomó conocimiento de los sucesos con posterioridad, desatendiéndose otros antecedentes que resultan bastantes para demostrar su inocencia, como acontece con los relatos de Patricio Ferrer, Adrián Ortíz Gutmann, Sergio Arellano Stark y Marcelo Moren Brito.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que lo absuelva de los cargos.

Noveno: Que, por último, la defensa del enjuiciado Luis Felipe Polanco Gallardo dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de la infracción a los artículos 459 y 488 Nros. 1 y 2 del referido cuerpo legal.

Asegura que la responsabilidad penal atribuida a su mandante se funda en simples presunciones que no han sido construidas con apego a las normas procesales que las regulan. La sentencia reconoce que la testimonial no produce plena prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 459, pues los testigos de cargo no son hábiles, no dan razón de sus dichos y el hecho de la participación no pudo caer directamente bajo sus sentidos. Algunos son de oídas, pero ninguno da cuenta de haber visto a Polanco cometiendo el delito, sin perjuicio que declaran de hechos que ocurrieron hace más de 40 años.

Tales relatos no son aptos siquiera para producir una presunción judicial completa, porque no cumplen con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en especial, que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones y que sean múltiples. Asimismo representa que la prueba fundante de la participación es ilícita, porque no respeta las exigencias de publicidad, contradictoriedad e inmediación y aparece desvirtuada por otros testimonios, lo que aumenta su precariedad y la posibilidad de llegar a

otras conclusiones, cuestión demostrativa de una falta de precisión que no puede primar sobre la presunción de inocencia.

Los elementos incriminatorios han sido mal valorados y resultan ser insuficientes. El fallo sostiene que él era el copiloto de la comitiva investigada y que lo siguió siendo con posterioridad a la realización de los hechos, lo que su mandante no desconoce, pero su función únicamente consistió en el traslado de los oficiales a determinadas ciudades, pues una vez en el destino el copiloto tenía que asumir de inmediato, al aterrizar, una serie de obligaciones aéreas y técnicas incompatibles con la realización de otras funciones, tales como la mantención y revisión técnica de la aeronave. De ese modo, cuando aterrizaron en el Regimiento Esmeralda, él cumplió con dichos procedimientos, arribando al Hotel Antofagasta sólo a dormir, que era el lugar donde se alojó la comitiva.

Por ello no participó en los hechos, no planificó ni intervino en ellos de alguna manera que pudiera derivar en responsabilidad penal. Todos los que estuvieron en el hotel lo vieron permanecer allí toda la noche, pues no concurrió a la quebrada El Way. De otra parte, tanto el piloto como el copiloto deben tener una cantidad mínima de horas de sueño cumplidas previo al despegue, para cumplir con los requisitos de no poner en peligro el vuelo, y más aun si trasladaban a altos oficiales. Además, la cabina del helicóptero, al igual que en vuelos comerciales, está separada totalmente del lugar que ocupan los asientos de los pasajeros, por lo que no participan de lo que hablan o realizan aquéllos durante el viaje.

Trasladar nuevamente a los oficiales desde la ciudad de Antofagasta no puede servir de base para demostrar su responsabilidad como encubridor, porque ese hecho no se encuentra acreditado ni se funda en los sucesos investigados, es decir no puede servir como base de presunción.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia y que en el fallo de reemplazo se revoque la decisión de condena como encubridor de los delitos de homicidio calificado, absolviéndolo por falta de participación criminal.

En cuanto a los recursos de casación en la forma:

Décimo: Que para un adecuado tratamiento de lo planteado es preciso abocarse en primer término a los recursos de casación en la forma deducidos por la parte querellante y por la defensa del condenado Espinoza Bravo.

Undécimo: Que la causal de nulidad formal esgrimida por la querellante, 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 500 N° 5 del mismo cuerpo legal, se configura cuando la sentencia no contiene “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”. Por ello el motivo de invalidación que se alega tiene, según constante jurisprudencia, un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda ocuparse del mérito de las afirmaciones que se hagan.

Duodécimo: Que lo que critica el recurso, según surge de su lectura, es la supuesta falta de consideraciones al concluir que los hechos imputados no estaban acreditados, lo que llevó a absolver al acusado Pablo Martínez Latorre, yerro que se enmarca en la exigencia

contenida en el artículo 500 N°4 del Código de Procedimiento Penal, norma que, de modo expreso, no se ha dado por infringida.

Décimo tercero: Que, así las cosas, en el caso de marras resulta evidente que la resolución de segunda instancia no adolece de la deficiencia denunciada, porque con su estudio se observa la exposición de los racionios que han servido de soporte para adoptar la conclusión de absolver. A estos efectos basta citar lo expresado en el motivo Noveno del fallo impugnado: “Pablo Martínez Latorre se vio involuntariamente involucrado en crímenes. A la fecha de los hechos tenía 23 años y el grado de teniente, habiendo egresado de la Escuela Militar recién tres años antes, no era miembro de la comitiva del helicóptero Puma, y la orden de preparar dos camiones para trasladar prisioneros la recibió el mismo día de los hechos, sólo un par de horas antes de los fusilamientos, lo que pone en evidencia que no intervino en la planificación de los mismos. La orden la recibió del Coronel de Ejército Adrián Ortíz Gutmann, que, exceptuando el grado de General, es el más alto de la carrera militar, lo que hacía prácticamente imposible para un joven oficial representar o desobedecer la orden, sin arriesgar la propia vida. El hombre medio, estándar con el cual ha de compararse la conducta de Martínez Latorre, puesto en igual situación, habría actuado de la misma manera, por lo que no se da a su respecto el elemento subjetivo -dolo o culpa- para condenarlo, vale decir, no se le puede efectuar reproche jurídico penal a su conducta”.

Con tal antecedente, es claro que el fallo expresó las consideraciones que condujeron a la absolución, cual es el aspecto que importa al motivo de nulidad, lo que es distinto del proceso de valoración que lleva a la declaración de los hechos, razón por la que el fallo no incurrió en la omisión denunciada.

Por otra parte, la alegación relativa al inciso final del artículo 514 del Código ya citado -obligación de hacerse cargo del informe del Fiscal Judicial-, ignora que al sustentarse por la Corte posiciones contrarias, es evidente que lo sostenido queda desestimado, según reiterada y antigua práctica.

Por las consideraciones precedentes este arbitrio será desestimado.

Décimo cuarto: Que, por su parte, la defensa de Pedro Espinoza, que recurrió a la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, reclama falta de explicitación de las consideraciones que condujeron a los hechos que constituyen la participación del enjuiciado en los delitos.

Como se lee a partir del fundamento séptimo del fallo que se revisa, de los antecedentes que allí se señalan, valorados en forma conjunta y en relación a los demás elementos que relaciona la sentencia, consistentes en que Pedro Espinoza, Mayor de Ejército y oficial de inteligencia, en forma previa a los hechos indagados integró la misma comitiva que antes visitó distintas ciudades del sur, ocasión en la que 22 personas fueron ejecutadas y, previo al arribo a Antofagasta, se detuvo en La Serena y Copiapó donde se dio muerte a otras 31 personas, por las labores que desempeñaba, concluye el fallo, este imputado tenía conocimiento del destino de los prisioneros, aserto que se vio corroborado por las declaraciones del oficial Juan Chiminelli Fullerton, quien sostuvo que todo estaba coordinado antes de la partida de la comitiva con los Departamentos de Inteligencia de cada guarnición. Por su parte, el Teniente Coronel Sergio Arredondo González, segundo al mando de la comitiva, ubica a Espinoza Bravo en el lugar de los fusilamientos. Con dichos antecedentes el

fallo concluye que este imputado se había concertado para las acciones que la comitiva llevaba a cabo, incluidos los hechos de Antofagasta.

Décimo quinto: Que al determinarse la participación del acusado Espinoza Bravo, en el razonamiento al que se ha hecho referencia, se indican las presunciones que sustentan la decisión, satisfaciéndose así la exigencia del artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la omisión denunciada no es efectiva y el recurso será desestimado.

En cuanto a los recursos de casación en el fondo:

Décimo sexto: Que previo al análisis de los recursos es conveniente recordar los hechos que el tribunal del fondo tuvo por acreditados. Ellos se contienen en el fundamento cuarto del fallo de primer grado, y consisten en que aproximadamente a las 10:00 horas del día 18 de octubre de 1973, se posó en el Regimiento de Infantería Esmeralda, ubicado en Av. Ejército s/n, Antofagasta, un helicóptero Puma del Ejército de Chile que transportaba una comitiva de militares procedente inicialmente de Santiago, presidida por un Oficial Delegado del Comandante en Jefe del Ejército.

Alrededor de las 11:00 horas de ese día, a petición del Oficial Delegado, éste efectuó una reunión con el personal de la Guarnición Militar de la Primera División de Ejército, encabezada por el comandante de dicha división, en el cine de la Escuela de Blindados.

Durante la tarde del día señalado, el Oficial Delegado se constituyó en el Cuartel General de la Primera División de Ejército, ubicada en Avenida del Mar s/n de esa ciudad, donde intervino en una reunión destinada a revisar la tramitación de los procesos que se sustanciaban por la Fiscalía Militar, al término de la cual dispuso que 14 prisioneros políticos debían ser retirados de la Cárcel Pública de la ciudad de Antofagasta y trasladados a la Quebrada El Way.

El Director de la Escuela de Blindados de Antofagasta dio órdenes al personal de su dependencia para que retiraran de la Cárcel Pública a los aludidos 14 prisioneros políticos, para ser trasladados al referido lugar.

Alrededor de las 23:30 horas de ese día, dos oficiales de la Escuela de Blindados, a cargo de una patrulla compuesta por alrededor de 10 militares salieron en dos camiones del Ejército desde el patio de la Escuela con destino a la Cárcel Pública, ubicada en calle Arturo Prat N° 1147 de esa ciudad, donde presentaron una orden escrita para el retiro de los prisioneros políticos señalados por el Oficial Delegado.

Una vez que ingresaron los dos camiones a la cárcel, los oficiales a cargo del operativo pusieron en conocimiento del personal de gendarmería la orden que portaban de retirar a los siguientes presos políticos: Luis Eduardo Alaniz Álvarez, Dinator Segundo Ávila Rocco, Mario del Carmen Arqueros Silva, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Segundo Norton Flores Antivilo, José Boeslindo García Berríos, Mario Armando Darío Godoy Mansilla, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Danilo Daniel Alberto Moreno Acevedo, Washington Rodemil Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz Tagle Orrego, Héctor Mario Silva Iriarte, Alexis Alberto Valenzuela Flores y Marco Felipe de la Vega Rivera

La orden se cumplió, siendo entregados éstos a los oficiales, amarrados y vendados, los que dispusieron que fueran subidos en grupos de siete en la carrocería de cada camión para proceder a transportarlos hasta la Quebrada El Way, lugar donde debieron esperar nuevas instrucciones en los vehículos con sus luces apagadas.

Transcurrida una espera de 15 a 20 minutos, llegaron al lugar varios vehículos militares en los cuales se desplazaban miembros de la comitiva del Oficial Delegado y personal militar de la zona, los que se detuvieron metros más adelante del lugar donde estaban los camiones, descendiendo de uno de ellos el Director de la Escuela de Blindados, quien procedió a ordenar a los oficiales que estaban a cargo de los camiones que bajaran a los prisioneros políticos y los dejaran a disposición del personal que debía proceder a su ejecución en la zona de fusilamiento, disponiendo luego el repliegue de los oficiales y la patrulla.

Los prisioneros fueron separados en grupos de tres o cuatro y llevados frente a un paredón y, a la orden del oficial a cargo del operativo, fueron ejecutados por miembros de la comitiva del Oficial Delegado y personal militar de la zona, mediante diferentes ráfagas de fuego provenientes de las armas que portaban.

Una vez terminado el fusilamiento, el jefe del operativo ordenó a los dos oficiales que estaban a cargo de la patrulla, recoger los cadáveres y depositarlos en la carrocería de los camiones y transportarlos hasta la morgue de la ciudad, ubicada en Avenida Miramar N°3250, de Antofagasta.

Esa misma noche los cadáveres fueron entregados en la morgue, lugar donde se procedió a su identificación y posteriormente el médico legista dejó constancia que la causa de sus muertes se debía a heridas a bala, se extendieron los correspondientes certificados de defunción y los cadáveres fueron entregados a los familiares que reclamaron sus restos.

Décimo séptimo: Que los hechos así descritos fueron calificados como constitutivos de delitos de homicidio calificado, cometidos en la madrugada del 19 de octubre de 1973, ilícito previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias 1ª y 5ª del citado precepto, esto es, cometidos con alevosía y premeditación conocida. En relación a la primera, sostiene el fallo que se obró sobre seguro, tanto por encontrarse los prisioneros amarrados y vendados cuanto porque sus captores portaban armas de fuego automáticas, todo lo cual tenía por fin asegurar la ejecución del delito y eliminar el riesgo para los hechores proveniente de la defensa que pudieren oponer las víctimas. La segunda, por haberse planificado previamente la acción que culminó con la muerte de los ofendidos, lo que revela el propósito de cometer el delito adoptado con ánimo frío y tranquilo y que persistió en el espíritu de los hechores desde el momento en que se tomó la decisión hasta el instante de ejecución del hecho delictivo (fundamento quinto de primer grado).

Décimo octavo: Que los recursos de casación en el fondo promovidos por la defensa de los condenados Patricio Ferrer y Sergio Arredondo se construyen sobre la base de unos mismos errores, de manera que se procederá a su análisis y resolución conjunta.

La alegación concerniente a la atenuante del artículo 103 del Código Penal debe ser rechazada, pues es correcto el razonamiento que hace el fallo en el sentido que la normativa internacional de los derechos humanos contenida en los Convenios de Ginebra impide la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter internacional, misma conclusión que surge de las normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por cuanto la prescripción gradual tiene la misma naturaleza que la total.

Al efecto, dice el fallo que la doctrina ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, que el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justifica la atenuación de la pena, siendo evidente que se trata de aquellos casos que no presentan las características de los delitos de lesa humanidad, dado su carácter imprescriptible. En consecuencia para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, cuyo no es el caso, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, ya que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que sólo ocurre tratándose de delitos comunes.

Por otro lado, explica la sentencia que se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, como es el caso de los Convenios de Ginebra, ya señalados, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Estas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, como sigue: “La sanción de los responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.

Décimo noveno: Que en lo que atañe a los preceptos del Código de Justicia Militar que se dicen infringidos, cabe destacar que la obediencia debida contemplada en el artículo 214 del Código de Justicia Militar exige, para eximir de responsabilidad al subalterno, que se trate de la orden de un superior relativa al servicio y, si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, que sea representada por el subalterno e insistida por el superior.

Sin embargo, como resuelve el fallo, las defensas no ofrecieron rendir prueba tendiente a demostrar la existencia, a solicitud del subalterno, del juicio de valoración de la orden impartida por el respectivo superior jerárquico, el que los imputados estaban en condiciones de exigir por tratarse de funcionarios con una vasta experiencia profesional. Por ende, la falta de prueba de ese requisito de la representación de la orden en circunstancias que tendía notoriamente a la perpetración de un delito permite desestimar desde ya -y sin otros argumentos- este motivo de justificación.

Por otro lado, la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar tiene lugar fuera de los casos previstos en el artículo 214 inciso 2°, cuando el inferior comete un delito militar o un delito común por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida del artículo 334 del mismo cuerpo legal. Para su procedencia es necesario la orden del superior, que sea relativa al servicio, que sea dada en uso de atribuciones legítimas y, si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, que sea representada por el inferior e insistida por el superior. Ninguna de tales exigencias fue referida por los impugnantes en sus

declaraciones, ni, tampoco, se probó quien fue el superior jerárquico que les impartió la orden respectiva en virtud de la cual se perpetró o encubrió el delito.

Finalmente, en cuanto a la mención al artículo 11 N° 1 del Código Penal contenida en la presentación del sentenciado Patricio Ferrer, no cabe más que desestimar ese segmento por cuanto no se explica por el impugnante el modo en que se ha incurrido en error de derecho al dejar de aplicar dicho precepto.

Las consideraciones anteriores conducen a desestimar ambos recursos.

Vigésimo: Que los recursos de casación en el fondo formalizados por la defensa de los condenados De La Mahotiere González, Chiminelli Fullerton, Espinoza Bravo y Polanco Gallardo tienen en común que se sostienen en hechos diversos de los asentados por el tribunal del fondo, denunciándose al efecto, por cada uno de ellos, infracción a las normas reguladoras de la prueba.

Desde ya debe descartarse las denuncias de infracción a los artículos 42, 407 y 451 del Código de Procedimiento Penal, porque es inconcuso que no se trata de disposiciones que designen los medios de prueba ni establezcan su valor o condiciones de producción, cuales son los aspectos aceptados como reguladores de la prueba, según la reiterada doctrina de los autores y la jurisprudencia. Lo propio ocurre con la normativa constitucional e internacional que ha sido invocada.

Respecto del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en reiteradas ocasiones esta Corte ha concluido que el precepto no señala una regla reguladora de la prueba, el que se limita a consignar el estándar de convicción que debe alcanzar el sentenciador penal para decidir que se ha cometido un hecho delictuoso y que le ha cabido en él participación al enjuiciado, por lo que procede sancionarlo con arreglo a la ley. En concordancia con esta tesis se ha resuelto que dada la condición de dicha norma su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues si así fuese, ello significaría rever la apreciación de los jueces y así, atribuirse sus facultades privativas de apreciación de pruebas, lo que llevaría a desnaturalizar el recurso de casación, cuya función contralora de la legalidad le impiden alterar los hechos del pleito.

Por su parte, el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal se limita a señalar los medios probatorios de los hechos en el juicio criminal, sin dar norma alguna que importe regulación, de modo que esta norma también carece de la calidad que se le pretende atribuir.

En lo que atañe a la prueba testimonial, la norma del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal tampoco tiene la condición de reguladora de la prueba toda vez que sólo indica al tribunal un criterio para ponderar los dichos aportados por los deponentes y por lo mismo sólo dice relación con el trabajo de valoración que, como se ha dicho, es privativo de los jueces. En concordancia con ello, ha de agregarse que el artículo 464 del indicado cuerpo de leyes entrega al criterio de los jueces de instancia considerar como presunciones judiciales las declaraciones de tales personas cuando no reúnen los requisitos del aludido artículo 459, condición que aleja al precepto invocado del carácter normativo que se le atribuye.

En cuanto al artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, tal como se dijo en el párrafo anterior, los jueces del fondo pueden estimar o no hábiles a determinados testigos según las pruebas que sobre el particular arroje el proceso, pero en este último caso, dentro de la libertad que les asiste para apreciar los elementos de convicción, obrando dentro de sus facultades privativas, podrán rechazar determinadas declaraciones o, si fuere procedente,

utilizarlas como base de un presunción judicial, proceder que también escapa al control del tribunal de casación.

En relación a la infracción sustentada en el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, esta norma sólo contiene un concepto de presunción, ni siquiera es una regla de valoración, de manera que en ninguna circunstancia podría vulnerarse a propósito de la valoración a los efectos que se reclama. Tampoco se advierte cómo podría conducir a la declaración de hechos diversos de los asentados en el fallo. En cuanto a la infracción del artículo 486 del Código indicado, para su rechazo basta señalar que esta norma sólo hace una clasificación de las presunciones.

Finalmente, en relación a la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, sólo una sección del precepto, esto es, sus numerales 1° y 2°, primera parte -no su integridad-, reviste según reiterada jurisprudencia de esta Corte, la condición de norma reguladora de la prueba, lo que en la especie sólo ha sido precisado por la defensa del condenado Chiminelli Fullerton, de modo que únicamente debiera prestarse atención a este libelo. Sin embargo, en rigor, la lectura de los otros tres recursos en estudio no demuestra la imputación de haberse vulnerado tal disposición, pues sólo se plantea en ellos una discrepancia en torno a la valoración que hace el fallo, sin postular alguna infracción concreta a los aspectos ya indicados, limitándose el recurrente a plantear sus discordancias con las conclusiones de los sentenciadores, lo cual es ajeno al recurso.

Vigésimo primero: Que como consecuencia de no haberse podido demostrar la aplicación errónea de alguna de las leyes reguladoras de la prueba, los hechos declarados en la sentencia relativos a la participación de los acusados, permanecen inamovibles.

En el caso del condenado Pedro Espinoza Bravo los hechos que han de mantenerse a resultas de la insuficiente fundamentación de las leyes reguladoras de la prueba, son los que quedaron consignados en el fundamento Décimo cuarto precedente, por lo que es innecesaria su repetición.

Por lo que atañe al sentenciado Chiminelli Fullerton, no obstante su negativa de participación, de acuerdo a lo precisado en los motivos undécimo, duodécimo y decimo tercero del fallo de primera instancia que el de alzada reproduce, ha quedado establecido que integró la comitiva de Arellano Stark, cuyo verdadero propósito era fusilar prisioneros políticos en coordinación con los departamentos de inteligencia de cada guarnición. Moren Brito recordó que al lugar de los hechos llegaron cinco oficiales de la comitiva, entre ellos, Chiminelli. Lo inculpa el acusado Ferrer Ducaud en su declaración extrajudicial cuando dice que fue uno de los que disparó, elemento conteste con la inculpación de Ortiz Gutmann, en cuanto señala que Chiminelli se encontraba en el lugar del fusilamiento, concluyendo en su participación de autor del artículo 15 N° 3 del Código Penal, porque estaba concertado con los demás oficiales que constituían la comitiva encabezada por Arellano Stark para disponer el traslado de las víctimas a la quebrada para ser fusilados, cuyos nombres fueron previamente chequeados, encontrándose a lo menos presente en ese lugar cuando se les dio muerte.

Por último, los enjuiciados De La Mahotiere González y Polanco Gallardo resultaron condenados como encubridores de los delitos, como se lee en el fundamento décimo octavo y vigésimo primero del fallo de primer grado, pues se acreditó que, uno pilotó y el otro se desempeñó como copiloto de la aeronave en que viajó la comitiva que se dirigió a distintas

guarniciones militares del país en donde se produjeron hechos similares a los que son materia de este proceso, por lo que debían compartir su conocimiento no sólo con el jefe de la comitiva sino con los demás oficiales que la componían.

Vigésimo segundo: Que en el caso de los acusados Espinoza y Chiminelli los hechos antes descritos permitieron a los jueces del fondo subsumir la conducta que se les atribuye en la norma del artículo 15 N° 3 del Código Penal, no sólo por el conocimiento previo de las acciones desplegadas por la comitiva encabezada por Arellano Stark, sino por estar concertados para su ejecución, de manera que los hechos invocados como sustento de la absolución no guardan coherencia con los declarados en el fallo, motivo por el que no se ha infringido por indebida aplicación la norma que sanciona la autoría.

Por otra parte, tratándose de los enjuiciados De La Mahotiere y Polanco, sancionados como encubridores, estos recursos sólo discuten la participación, sin razonar de manera explícita el modo en que se habría producido la infracción al artículo 17 N° 3 del Código Penal, que corresponde a la figura de encubrimiento aplicada por el fallo, de manera que las impugnaciones no llegan a plantear, en los términos que exige el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, la infracción que causaría la nulidad solicitada.

Vigésimo tercero: Que lo anotado permite sostener que el pronunciamiento de alzada no ha incurrido en las hipótesis de nulidad pretendidas en estos recursos, lo que conduce a desestimarlos.

Vigésimo cuarto: Que en relación a lo propuesto por el recurso de casación en el fondo formalizado en representación del Fisco de Chile, es menester consignar previamente el contexto en que se insertan las acciones indemnizatorias ejercidas. Al efecto, la sentencia impugnada tuvo por acreditado sucesos constitutivos de delitos de homicidio calificado que fueron calificados por el fallo como delitos de lesa humanidad, conforme a los principios y normas que informan el Derecho Internacional Humanitario, cometidos en estado de guerra interna, por lo que prevalecen a estos efectos las disposiciones de los Convenios de Ginebra, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile y las normas del derecho internacional consuetudinario o de *ius cogens*.

En relación a la excepción de pago alegada por el Fisco, cabe consignar que la Ley N° 19.123 no estableció una prohibición para que el sistema jurisdiccional declare la procedencia de la acción indemnizatoria por el daño moral causado a los demandantes, en caso de haber recibido una pensión de reparación en virtud de esa ley, lo que se concluye de la simple lectura de esa misma normativa, como reiteradamente ha resuelto esta Corte (SCS Roles Nros. 3.133-2015, 25.138-2014; 24.558-2014; 29.086-2014).

A propósito de la prescripción de las acciones civiles ejercidas, la normativa internacional aplicable a los delitos de lesa humanidad y sus consecuencias propende a la reparación integral de las víctimas por los perjuicios causados por la acción de agentes del Estado de Chile, lo que ciertamente se extiende al ámbito patrimonial, porque así lo demanda el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica.

Esta Corte, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que, tratándose de delitos de lesa humanidad, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa

internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este mismo sentido, SCS Nros. 20.288-14, de 13 de abril de 2105; 1.424, de 1 de abril de 2014; 22.652, de 31 de marzo de 2015, entre otras).

Por consiguiente, cualquier diferenciación de las acciones para otorgarles tratamientos distintos no permite que el ordenamiento guarde la coherencia y unidad propia de todo sistema jurídico.

De allí que pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad patrimonial derivada de crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes del Estado, como derecho común en virtud de un supuesto carácter supletorio de todo el ordenamiento jurídico es improcedente, pues se trata de materias que se ocupan de cuestiones de distinta naturaleza, cuyas particularidades impiden la aplicación de la normativa privada que se pretende.

Por otra parte, la reparación integral del daño es un principio indiscutido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que no se limita a las personas naturales, alcanzando también al Estado; por cuanto esta normativa internacional así lo ha reconocido.

Vigésimo quinto: Que en el caso en análisis, dado el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado, pues ésta es solo un aspecto de lo que se quiere proteger.

Vigésimo sexto: Que por otro lado, las acciones civiles aquí deducidas por las víctimas en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

Vigésimo séptimo: Que estas normas de rango constitucional imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

Vigésimo octavo: Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por los delitos y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles deducidas en autos, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional, como se viene sosteniendo. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Vigésimo noveno: Que, por último, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6 inciso tercero de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas.

Trigésimo: Que estas mismas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación de conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Por último, sobre la supuesta preterición legal, amén de lo razonado, cabe sostener que cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar, existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento,

de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

Trigésimo primero: Que por las consideraciones precedentes el recurso de casación en el fondo del Fisco de Chile será desestimado en todos sus capítulos.

Trigésimo segundo: Que, finalmente, el recurso de casación en el fondo promovido en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, -ya relacionado en el motivo 4°- impugna la decisión de absolver al acusado Pablo Martínez Latorre de los cargos formulados, revocando la condena de primer grado.

Trigésimo tercero: Que para justificar la absolución de Martínez la sentencia señala que él, como otros oficiales jóvenes, se vio involuntariamente involucrado en crímenes. A la fecha de los hechos tenía el grado de Teniente, habiendo egresado de la Escuela Militar recién tres años antes; no era miembro de la comitiva del helicóptero Puma; la orden de preparar dos camiones para trasladar a los prisioneros la recibió el mismo día de los hechos y sólo un par de horas antes de los fusilamientos, lo cual pone en evidencia que este oficial no intervino en la planificación de los mismos; que la referida orden la recibió de Adrián Ortiz Gutmann, Coronel de Ejército que, exceptuado el grado de General, es el más alto de la carrera militar, lo que hacía prácticamente imposible para un oficial joven y sin experiencia representar o desobedecer una orden emanada de tan alto oficial. Añade que los hechos sucedidos en la época indican que para un simple Teniente de 23 años no era posible, en tales circunstancias, desobedecer una orden sin arriesgar tal vez la propia vida, como él mismo lo declara a fojas 1995, Tomo A. Así se consigna que es un hecho de conocimiento público que oficiales de la más alta jerarquía que se manifestaron en contra de la intervención militar el 11 de septiembre de 1973 fueron detenidos, interrogados, dados de baja, encarcelados o se suicidaron, contexto en el cual no podía exigírsele a un joven oficial subalterno que comenzaba su vida militar desobedecer la orden que perentoriamente recibió. El fallo estima que el hombre medio, estándar con el cual ha de compararse la conducta del Teniente Martínez Latorre, puesto en igual situación que la que éste tuvo que enfrentar habría actuado de la misma manera y, por tanto, no se da a su respecto el elemento subjetivo del dolo o culpa necesario para condenar, de modo que no puede formularse reproche jurídico penal a su conducta.

Trigésimo cuarto: Que de manera reiterada se ha resuelto que tratándose de presunciones judiciales, se incurre en infracción de ley que conduce a la nulidad del fallo cuando se ha desconocido el mandato que dispone que la conclusión debe fundarse en otros hechos reales y probados, no en otras presunciones, y que es necesaria la multiplicidad de antecedentes.

Trigésimo quinto: Que en el caso que se analiza, la sentencia absolvió a Patricio Martínez tras considerar que en el proceso no existían elementos que permitieran atribuirle participación en los delitos de homicidio dada la falta del elemento subjetivo del tipo penal, lo que se concluye, según la sentencia, por la imposibilidad en que se encontraba el enjuiciado de representar la orden del superior y por la suerte que pudo haber corrido, como fue el caso de otros funcionarios públicos que manifestaron su desaprobación en relación a la asunción del gobierno de facto de la época.

Trigésimo sexto: A estos efectos obran en autos las siguientes probanzas:

En la indagatoria de fojas 1.986 y en la diligencia de careo de fojas 2.165, Martínez reconoció que recibió la orden del Coronel Ortiz Gutmann de tomar dos camiones y personal de clase para trasladarse en horas de la noche a la Cárcel de Antofagasta a fin de retirar a 14 personas para conducirlos a la entrada de la Quebrada del Way, lugar que él conocía. Cuando arribó a la cárcel señaló que los detenidos ya estaban amarrados en la espalda y vendados y que en el recinto carcelario no había otros funcionarios del ejército, estimando que los gendarmes sabían del operativo. Dijo que al momento que bajaron a los detenidos de los camiones se percató que se iba a hacer una ejecución, lugar donde permanecieron hasta el arribo de personal militar que dio muerte a los prisioneros. También declaró que cumplió la orden de recoger los cuerpos sin vida para trasladarlos a la morgue. Enseguida, el testigo Alfonso León Astudillo, a fojas 2.317, refirió que la instrucción de retirar a los prisioneros se cumplió con tenida de combate. El contingente quedó bajo las órdenes del Teniente Martínez quien ordenó abordar los camiones distribuyendo a los cabos pertenecientes a la Escuela de Blindados en cada uno de ellos. Finalmente Martínez dio la orden de lavar los camiones en que se trasladaron los cadáveres. Ángel Lorca Escobar, a fojas 2.322, declaró en términos similares al testigo anterior, precisando que Martínez Latorre estaba a cargo de la misión de sacar los cuerpos de la cárcel. Gonzalo Santelices, a fojas 1.324, relató que el Teniente Martínez le ordenó firmar el acta de recepción de detenidos cuando retiraron a las víctimas desde la cárcel de Antofagasta. Por último, a fojas 734 rola la copia del Libro de Novedades de la Guardia Armada de la Cárcel de Antofagasta, que consigna la entrega de los prisioneros al Teniente Pablo Martínez Latorre.

Trigésimo séptimo: Que como primera cuestión debe decirse que los antecedentes probatorios reseñados debieron ser incorporados al proceso de valoración, pues se trata de probanzas válidas. Por otra parte, la conclusión del fallo relativa a la imposibilidad de oponerse a la orden de retirar desde la Cárcel Pública a las personas que fueron fusiladas, es una inferencia que ha debido justificarse en hechos reales y probados, como lo previene el numeral 1o. del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

Tal no es lo ocurrido en la especie. En efecto, si se examinan los antecedentes de convicción se advertirá que ninguno da cuenta de dicha circunstancia que acarrearía "falta de voluntad" en el obrar del acusado, que como se dijo en el fallo impugnado exculparía su obrar. En estas condiciones, tal afirmación liberatoria no pudo ser sostenida porque se carece de elementos de convicción que la determinen, y cuando se concluye en tal sentido se infringe la norma recién citada que de modo palmario formula la ineludible exigencia de que se trata.

Trigésimo octavo: Que a consecuencia de lo razonado, la causal de invalidación del numeral 7, del artículo 546 del Código Procedimiento Penal fundamentada en la infracción a dicha norma reguladora de la prueba penal, queda suficientemente demostrada y, por lo mismo, produce la invalidación de la sentencia impugnada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 Nros. 1º, 5º, 7º e inciso final, y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

1.- **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido, interpuesto por la querellante a fojas 4.484.

2.- **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la defensa del condenado Pedro Espinoza Bravo a fojas 4.555.

3.- **se rechazan** los recursos de casación en el fondo formalizados por los sentenciados Patricio Ferrer Ducaud, Sergio Arredondo González, Robert De La Mahotiere González, Juan Chiminelli Fullerton y Luis Felipe Polanco Gallardo y el Fisco de Chile, deducidos a fojas 4.440, 4.450, 4.456, 4.476, 4.567 y 4.490.

4.- **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 4.465, en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, en contra de la sentencia de doce de noviembre de dos mil catorce, que corre a fojas 4.419, rectificadas a fojas 4448, la que se anula, en la parte penal, pero sólo en lo que se refiere a la absolución del acusado Pablo Martínez Latorre y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller, aún cuando es en general partidario de acoger la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal tratándose del homicidio calificado, concurre a la decisión desestimándola en este caso, teniendo en cuenta, por una parte, que dada la remisión hecha por ese precepto legal a las normas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del código punitivo, le confiere una mera potestad a los jueces, que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal, estando facultados para utilizar o no ese mecanismo (SCS de 26 de Agosto de 2009, Rol N° 7228-08, SCS de 8 de Julio de 2010, Rol N° 2546-09) y, por la otra, que dada la gravedad de los delitos perpetrados, el número de víctimas y las repudiadas circunstancias de comisión, determinan no hacer uso de la facultad legal.

Acordada la decisión de desestimar los recursos de casación en el fondo de los sentenciados Patricio Ferrer y Sergio Arredondo con el voto en contra de los Ministros Sr. Dolmestch y Sr. Aránguiz, quienes estuvieron por acogerlos, sólo respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar a los otros sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía. Para lo anterior tuvieron en consideración lo siguiente:

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

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

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Se deja constancia que el Ministro Sr. Aránguiz no comparte la forma en que en el párrafo preantecedente se estima que debe contarse la consumación del delito, según lo ya expresado en su oportunidad.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de prevención y disidencias, sus autores.

Rol N° 31.945-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Carlos Aránguiz Z. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

Santiago, quince de diciembre de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente **fallo en reemplazo** del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce el fallo apelado de trece de diciembre de dos mil trece, escrito a fojas 4.039, con excepción de sus fundamentos 7°, 8°, 28°, 29° y 30°, que se suprimen.

Se prescinde de toda referencia al sentenciado Pedro Espinoza Bravo en el motivo Sexagésimo.

De la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de noviembre de 2014, que se lee a fojas 4.419, se mantiene solo lo expositivo, salvo en aquella parte que ordenó suprimir el fundamento 24° del fallo de primer grado, que -por lo tanto- se mantiene vigente.

Se reproducen, por último, las reflexiones trigésimo sexta, párrafos 1° y 2°, y trigésima séptima, apartado 1°, del fallo de casación en el fondo que antecede.

Y teniendo además presente:

1° Que tal como fue establecido en la sentencia que se revisa, Martínez Latorre reconoció que la noche del 18 de octubre de 1973, cumpliendo las instrucciones del Comandante del Regimiento Blindados de Antofagasta -acusado Ortíz Gutmann-, seleccionó a un número indeterminado de soldados de dicha unidad militar y a un Sub Teniente, a fin de que se dirigieran en dos camiones del Regimiento a la Cárcel Pública de la ciudad donde procedió a retirar a las 14 víctimas de autos para trasladarlas al sector de la Quebrada El Way, donde se reunió con el ya nombrado Coronel Ortíz Gutmann y otros oficiales, la mayoría de ellos pertenecientes a la comitiva del General Arellano Stark, lugar donde se le ordenó hacer descender a los detenidos, los que en ese mismo lugar fueron ejecutados. Luego el mismo Ortíz ordenó el retiro de los cuerpos, lo que Martínez Latorre cumplió, trasladándolos a la morgue de Antofagasta.

Ese relato se encuentra avalado por los testimonios de Alfonso León Astudillo y Ángel Lorca Escobar, los que fueron reseñados a fojas 4122 y 4127 de la sentencia de primer grado.

2° Que con los antecedentes de hechos del fallo de primera instancia y los razonamientos formulados en la misma sentencia que han sido repuestos precedentemente, indicados en el primer párrafo del considerando 62° y en el 63° de ésta, queda completamente justificada la responsabilidad de cómplice del acusado Martínez Latorre en los delitos de homicidio calificado materia de los cargos.

3° Que Espinoza Bravo es autor de delitos reiterados de homicidio calificado, como quedó establecido en el fundamento séptimo de la sentencia de segunda instancia, el que se ha dado por reproducido en este fallo, de allí que teniendo en cuenta que la pena asignada por la ley al delito de homicidio calificado es la de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, conforme lo dispone el artículo 391 N° 1 del Código Penal, y por concurrir a su respecto una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, sin que le perjudiquen agravantes, por aplicación de la norma del artículo 68 inciso 2° del Código Penal se excluirá del castigo el

grado máximo. Por tanto, dada la extensión del daño causado con los crímenes, la pluralidad y forma aleve de estos, la sanción de presidio mayor en su grado medio se elevará en un grado por aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, arribándose así al presidio mayor en su grado máximo.

Y atendiendo, además, a lo informado por la Fiscalía Judicial a fojas 4343, disintiendo parcialmente de su parecer, en cuanto estuvo por confirmar el fallo de primer grado sin modificaciones, y lo dispuesto por los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal se resuelve que:

I.- **se confirma** la sentencia de trece de diciembre de dos mil trece, escrita a fojas 4.039, en cuanto por ella se absolvió a Gonzalo Andrés del Corazón de María Santelices de la acusación de ser cómplice de los delitos de homicidio calificado de Luis Eduardo Alaniz Álvarez, Dinator Segundo Ávila Rocco, Mario del Carmen Arqueros Silva, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Segundo Norton Flores Antivilo, José Boeslindo García Berríos, Mario Armando Darío Godoy Mansilla, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Danilo Daniel Alberto Moreno Acevedo, Washington Rodemil Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz Tagle Orrego, Héctor Mario Silva Iriarte, Alexis Alberto Valenzuela Flores y Marco Felipe de la Vega Rivera, perpetrados en Antofagasta, el 19 de octubre de 1973.

II.- **Se confirma** el mismo fallo en la parte que condena a Sergio Carlos Arredondo González, Juan Viterbo Chiminelli Fullerton y a Patricio Gerardo Ferrer Ducaud, a cada uno, a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, como autores de los delitos de homicidio calificado de las personas antes señaladas.

III.- **Se confirma** la decisión de condena de Pablo Abelardo Martínez Latorre a cinco años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena como cómplice de los mismos delitos.

IV.- **Se confirma** la condena de los acusados Luis Felipe Polanco Gallardo y Emilio Robert de la Mahotiere González, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, cada uno, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, como encubridores de los delitos señalados.

V.- **Se confirma**, la decisión de sancionar a Pedro Octavio Espinoza Bravo, **con declaración** que queda condenado a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio calificado de las mismas víctimas.

VI.- **Se confirma** lo decidido en lo civil por el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller, aún cuando es en general partidario de acoger la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal tratándose del homicidio calificado, concurre a la decisión desestimándola en este caso,

teniendo en cuenta, por una parte, que dada la remisión hecha por ese precepto legal a las normas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del código punitivo, le confiere una mera potestad a los jueces, que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal, estando facultados para utilizar o no ese mecanismo (SCS de 26 de Agosto de 2009, Rol N° 7228-08, SCS de 8 de Julio de 2010, Rol N° 2546-09) y, por la otra, que dada la gravedad de los delitos perpetrados, el número de víctimas y las repudiables circunstancias de comisión, determinan no hacer uso de la facultad legal.

Acordada la decisión que rechaza el reconocimiento de la minorante del artículo 103 del Código Penal, con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Aránguiz, quienes estuvieron por reconocerla sobre la base de los fundamentos expuestos en su disidencia al fallo de casación que antecede, y reducir, por esa circunstancia, la pena correspondiente a cada enjuiciado, como lo faculta el artículo 68 inciso tercero del Código Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 31.945-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Carlos Aránguiz Z. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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