

Santiago, dos de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos quinto, sexto y octavo a trigésimo tercero que se eliminan.

Se sustituyen los siguientes guarismos y palabras, en los numerandos que se indican, del considerando primero: en el N° 6, “1068” por “1968”; en el N° 9, “santa” por “Santa”; en el N°10, “escucho” por “escuchó”; en el N°12, “2074c” por “1974”; en el N°13, “sui” por “su” y “Coligió” por “colegio”; en el N°14, “En” por “en”; en el N°15, párrafo primero, “encontrándome” por “encontrándose” y, en el N° 20 “Bio Biiio” por “Bio Bio”.

Se suprime en el N°15, párrafo tercero, del mismo considerando, la palabra “yo”.

Igualmente se sustituye en el considerando Quinto: “a las 01:00 aproximadamente” por “aproximadamente a las 10:10 de la noche del día 30 de septiembre de 1973”; en el considerando Noveno: “ilicitico” por “ilícito”; y en el considerando Décimo Tercero, párrafo séptimo: “Salazar Durán” por “Riquelme Avalos”; párrafo décimo: “de por muestra *u*” por, “demuestra” y, en el párrafo undécimo “determino” por “determinó”.

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

Primero: Que en el juicio solo existen los dichos de los acusados Gabriel David Riquelme Avalos y Manuel Francisco Salazar Durán para determinar su presencia en el lugar de los hechos.

En efecto, una apreciación general de la prueba permite concluir lo anterior. Mireya del Carmen Escobar Camus, a fojas 199 y 671, declaró que el 30 de septiembre de 1973, alrededor de las 22:00 horas, vio como se acercaba a su domicilio el automóvil Simca 1000 de su hermano Juan Escobar, que iba a dejar a su marido José Muñoz a la casa, observando que un uniformado con dos civiles disparan al móvil, saliendo al exterior al momento que pudo hacerlo, pidiendo que los dejaran libres, pero el militar la golpeó con una metralleta exigiéndole que se entrara. Por su parte, Francisco Martín Almarcegui Gálvez, a fojas 674, expuso que el 30 de septiembre de 1973, mientras miraba por la ventana del segundo piso de su domicilio ubicado en Franklin 1330, aproximadamente a las 22:10 horas vio que tres hombres eran llevados detenidos por un grupo de tres conscriptos comandados por un civil robusto desde calle Nataniel por Franklin hacia San Ignacio, sin poder reconocer a los aprehensores. Luego a las 01:00 horas de la madrugada sintió estampidos de fusiles y al día siguiente fue a ver los restos que quedaban al costado de la muralla de un colegio en la que se observaban los impactos de las balas. Recuerda que el soldado Toro y Luis Rodríguez vigilaban el sector.

Alicia Margarita Piña Allende, cónyuge de Juan Escobar Camus, a fojas 190, señaló que esa noche Jorge Oyarzun fue tras sus cuñados y se enteró al día siguiente, por su cuñada Mireya, que había sido detenido junto a ellos.

Mireya del Carmen Escobar Camus, reconoció al día siguiente como la persona que forzosamente le ordenó que ingresara a su vivienda, al sargento Luis Higinio Rodríguez (careo 130 T.I Anexo), quien fue la persona que, junto a su cuñada Alicia Piña, lo enfrentaron en la vía pública, entregándole las llaves, los lentes y documentación de su hermano, diciéndole que estaba en el Regimiento Tacna.

Mireya Escobar Camus a fojas 194 expuso que su sobrina le contó que el señor Osvaldo Orostiaga identificó a los militares que intervinieron en los hechos, siendo Rodríguez, Aguirre Dinamarca y Gómez Villarroel. Luego Dora Escobar Lobos a fojas 556, aclaró que el señor Orostiaga le dijo que salió esa noche a la calle y que el oficial a cargo le dijo que se entrara. A este respecto, Osvaldo Orostiaga a fojas 700, aclaró su primera versión de fojas 120 en cuanto que alrededor de la 01:30 horas del día de los hechos, sintió voces y salió a mirar a la calle por la puerta del colegio que da a calle Lord Cochrane (no por calle Bio Bio) pero un centinela que no puede identificar, que se encontraba en la esquina, le dijo que se entrara.

Sobre lo anterior, Víctor Gómez Villarroel a fojas 62 y 366, sargento del Batallón de Transporte N°2, declaró que solo supo por comentarios de la unidad que durante la noche del 30 de septiembre de 1973 habían muerto tres civiles, ignorando las circunstancias de las mismas; agregó que no existía grupo operativo en dicha unidad militar, lo que reiteró a fojas 366 al referir que eran los mismos funcionarios militares que vivían en la población Bio Bio quienes, turnándose, realizaban guardias. Por su parte, el suboficial en retiro Daniel Alberto Aguirre Dinamarca expuso en el cuaderno anexo a fojas 277 (persona fallecida el 30 de diciembre de 2012, fojas 45) que, a fines de septiembre de 1973 se encontraba de guardia en la unidad y un centinela de la Población Militar, cerca de las 02:00 horas, le manifestó que residentes habían dicho que en los tejados andaban unos sujetos, por lo que fue con dos conscriptos y vio que dos centinelas tenían detenidos a tres individuos que no habían puesto resistencias, los que llevó al Batallón dando aviso al teniente Reyes Cofré, llegando luego un Jeep Land Rover con un oficial y cuatro conscriptos, que se los llevaron detenidos, desconociendo la identidad de las personas.

Esta última versión es diferente, en parte, a la declaración prestada por Luis Rodríguez en el cuaderno anexo a fojas 122, lo que no pudo realizar en este juicio por haber fallecido con anterioridad a su inicio (9 de noviembre de 2009, fojas 45). Allí expuso que a fines de 1973, mientras hacía rondas en la población Militar de calle Franklin, una residente escuchó pasos en los tejados, lo que luego reiteró por lo que concurrió hasta el Batallón N°2 que quedaba a 200 metros, dando cuenta al Teniente

Hector Rojas Jofré (fallecido el 2 de septiembre de 2007, fojas 45). Más tarde se topó con una camioneta del ejército en que circulaban cuatro conscriptos, un conductor y un teniente, quienes le dijeron que habían capturado a los que andaban por el tejado; a continuación como a la 01:30 horas vio la camioneta nuevamente, se acercó le dijeron que se retirara, lo que hizo, sintió una ráfaga, salió de inmediato y vio a los hombres tirados en el suelo con heridas a bala. Luego fue a comunicar los hechos al teniente Rojas. Refirió que el soldado Toro le dijo que la camioneta había regresado y le habían dejado los documentos que portaban las víctimas. Cabe indicar que el citado teniente Rojas Jofré no recordó los hechos, según consta en el proceso incorporado como anexo, fojas 214.

Con certificado de fojas 102 y copias de sentencia definitiva agregados a continuación de los tomos I y II de la causa Rol N°2.182-98, denominado "Episodio Jorge Oyarzún", se acredita que se estableció la responsabilidad penal de Luis Higinio del Carmen Rodríguez Ogalde en el delito de homicidio simple de las víctimas de esta causa, declarándose a su respecto la prescripción de la acción penal, decisión que se encuentra firme y ejecutoriada, según certificado acompañado a fojas 102.

Frente a lo anterior, -como se dijo- consta en autos la declaración de los acusados en los considerandos cuarto y séptimo del fallo en alzada, que es la única prueba que permite identificarlos en el lugar. Aquellos que depusieron en el proceso anexo sobre aspectos relevantes por los mismos hechos, no lo hicieron en este juicio a causa de su fallecimiento anterior a su inicio.

Segundo: Que es un hecho asentado en la causa que las víctimas estuvieron detenidas tres horas antes de su asesinato, que los acusados se encontraban de guardia la noche de los hechos en el Batallón de Transportes N° 2, como también, que Luis Rodríguez Ogalde, tenía la función de resguardar la Población Militar, que se ubicaba a una distancia de unos 200 metros de dicha unidad militar.

La situación anterior, debe ser apreciada junto con los dichos de los acusados. En tal sentido, Gabriel David Riquelme Avalos señaló que en la madrugada del 1 de octubre de 1973, salió del Batallón de Transportes N° 2 en el cual se encontraba de guardia con Manuel Francisco Salazar Durán y un suboficial, ante la información que había ladrones en los techos de la población Militar aledaña, indicándosele que se quedara vigilando en calle Lord Cochrane con un pasaje, sintiendo al transcurrir unos minutos una balacera dirigiéndose hacia Lord Cochrane con calle Bio-Bio encontrándose con una patrulla militar, observado luego los cuerpos adyacentes a la muralla de un colegio, procediendo su coimputado, frente a una orden, a retirar los documentos de los cuerpos.

Por su parte, el acusado Manuel Francisco Salazar Durán, refirió que la madrugada del 1 de octubre de 1973, en los momentos que se encontraba en la vía

pública con un suboficial buscando a unas personas que arrancaban durante el toque de queda, sintió unos balazos, dirigiéndose al lugar, observando los cadáveres de los tres fusilados y sus heridas, comentando que su compañero Riquelme sacó los documentos a las víctimas por orden de un oficial.

La complicidad es un grado de participación criminal, que conforme al artículo 16 del Código Penal, tiene lugar respecto de personas que sin reunir las exigencias legales requeridas para tener la calidad de autor, cooperan en la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos; en consecuencia son aquellos que careciendo del dominio del hecho, actúan con dolo, aunque el autor desconozca su presencia.

Con lo narrado por los propios acusados se ha podido determinar que estaban en las cercanías del lugar de los hechos, pero no existe medio probatorio alguno para acreditar que con su presencia estaban colaborando en el fusilamiento de las víctimas, esto es, que mientras se encontraban en las inmediaciones ejerciendo las labores aludidas, conocían y querían que terceros procederían a la ejecución del ilícito demostrado, más aun, nada revela que sabían de la detención practicada horas antes, lo que se refuerza por su calidad de conscriptos, los que por carecer de grado militar, tienen nulo o escaso conocimiento de las decisiones de sus superiores jerárquicos.

Para ello no fue determinante que los encartados hayan declarado exculpando a Luis Higinio Rodríguez Ogalde, por cuanto en definitiva resultó probada su participación en la causa criminal rol 2182-98 de esta Corte, por estos mismos hechos -aunque absuelto por prescripción de la acción penal-, o que hayan observado, distinto calibre de las armas que llevaba el jeep militar a que aluden, en razón que tales circunstancias han sido descritas de manera invariable, en lo sustantivo, a través del tiempo por ambos, sin que de ellas se pueda concluir derechamente que se encontraban en el lugar cooperando en la comisión del ilícito bajo el supuesto elemento subjetivo antes expresado, lo que se fortalece con que en la citada causa criminal no se determinó responsabilidad penal a su respecto, lo que es jurídicamente trascendental, si las pruebas son las mismas en razón que, los jueces, resuelven en base al mérito del proceso.

En suma, no existe ninguna prueba directa ni base de presunción judicial que reúna los requisitos exigidos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que permita sostener la participación de los acusados como cómplices en inmisericorde muerte de las víctimas, que permitan específicamente determinar conducta atribuida bajo los deslindes normativos requerido para ello.

Tercero: Que, por otra parte, no se pudo establecer conforme a los antecedentes de autos, cuál de los acusados retiró los documentos y llaves desde los cuerpos sin vida, pero aunque cualquiera haya sido, no lo transforma en encubridor, debido a que si bien su intervención sobre los mismos fue después de cometido el



hecho, tal acto no configura alguna de aquellas conductas expresamente descritas en el artículo 17 del Código Penal para tener tal grado de participación, por lo que no se comparte lo informado, a este respecto, por la señora fiscal judicial doña María Loreto Gutiérrez Alvear, a fojas 1764.

Cuarto: Que con lo expuesto precedentemente, el tribunal no adquirió la convicción legal de que a los acusados les haya correspondido participación punible conforme a la acusación, por lo que la decisión será absolutoria para cada uno de ellos.

Quinto: Que se ejercieron en el proceso las siguientes acciones civiles de indemnización de perjuicios: en el primer otrosí del escrito de fojas 1167, por Paola Cristina Oyarzun Escobar y Gloria Irene Escobar Camus, hija y sobrina como hermana y cuñada respectivamente de los ejecutados políticos don Jorge Eduardo Cristian Oyarzun Escobar, don Juan Joaquín Escobar Camus y don José Sergio Muñoz González; en lo principal del escrito de fojas 1194, por Mireya del Carmen Escobar Camus, Carlos Marcelo Muñoz Escobar y Sergio Alejandro Muñoz Escobar viuda e hijos del ejecutado político don Jose Sergio Muñoz González; en lo principal del escrito de fojas 1225, por María Teresa Escobar Camus y María Verónica Oyarzún Escobar, viuda y una de las hijas respectivamente de don Jorge Eduardo Cristian Oyarzun Escobar; en lo principal del escrito de fojas 1260, por Elena Escobar Camus, Adriana Escobar Camus, Mireya del Carmen Escobar Camus, Patricia Bernarda Escobar Camus, María Teresa Escobar Camus, hermanas del ejecutado político de don Juan Joaquín Escobar Camus, y, en lo principal del escrito de fojas 1292, por Alicia Margarita Piña Allende, Juan Alejandro Escobar Piña y Solange de Lourdes Escobar Piña, viuda e hijos del ejecutado político de don Juan Joaquín Escobar Camus, todas en contra del Fisco de Chile, representado por don el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, por los fundamentos y montos que en cada demanda se expresan.

Sexto: Que habiéndose establecido la ausencia de responsabilidad penal de Gabriel David Riquelme Avalos y Manuel Francisco Salazar Durán en los hechos materia de la acusación, esta Corte no acogerá las demandas civiles indemnizatorias en este proceso penal.

Séptimo: Que considerando que Luis Higinio Rodríguez Ogalde falleció con anterioridad al inicio de este juicio, como asimismo, a que fue procesado, acusado y finalmente absuelto por prescripción de la acción penal en sentencia definitiva ejecutoriada dictada en el proceso 2182-98 de esta Corte, de fecha 30 de noviembre de 2006, referente a los mismos hechos de esta causa, no concurre a su respecto la causal de sobreseimiento definitivo del artículo 408 N°5 del Código de Procedimiento Penal, ni ninguna otra, por lo que procede revocar aquel dictado en estos autos.

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1 del Código Penal, 10, 109, 456 bis, 459, 464, 500, 514, 527, y 680 del

Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis, escrita de fojas 1629 a 1665, que condenó a Gabriel David Riquelme Avalos y Manuel Francisco Salazar Durán, como cómplices del delito de homicidio calificado en las personas de don Jorge Eduardo Cristian Oyarzún Escobar, don Juan Joaquín Escobar Camus y don José Sergio Muñoz González, y se declara en su reemplazo que se les absuelve de la acusación formulada en autos, como autor del delito mencionado.

Atendido lo anterior, se niega lugar a las acciones civiles de indemnización de perjuicios deducidas a fojas 1167, 1194, 1225, 1260 y 1292 contra el Fisco de Chile, sin costas.

Se aprueban, los sobreseimientos parciales y definitivos dictados respecto de Héctor Orlando Rojas Cofre y Daniel Alberto Aguirre Dinamarca, consultados, ambos de fecha quince de octubre de dos mil quince, que rolan a fojas 798 y 799, respectivamente.

Se revoca el sobreseimiento parcial y definitivo de Luis Higinio Rodríguez Ogalde consultado, de fecha quince de octubre de dos mil quince, de fojas 797, y se declara en su lugar que se omite pronunciamiento al respecto por inoficioso, conforme a lo expuesto en razonamiento octavo.

Acordada la decisión de revocar la sentencia en alzada y de absolver, a los acusados Gabriel David Riquelme Ávalos y Manuel Francisco Salazar Durán, con el voto en contra del Ministro (S), Sr. Rafael Andrade Díaz quien fue de opinión de confirmar la referida sentencia que los condenaba como cómplices del Homicidio Calificado por fusilamiento de Jorge Eduardo Cristian Oyarzun Escobar, de Juan Joaquín Escobar Camus y de José Sergio Muñoz González, ya que con la prueba producida en el juicio, este disidente, tuvo por acreditada la participación penal culpable de los indicados acusados, en el caso subjuice; ello desde que la prueba de cargo, arrojó indicios de entidad suficiente para estimar acreditado, el dolo al menos eventual, en la actividad ilícita, esto es, el conocimiento y voluntad de ejecutar conductas de cooperación simultánea, al tipo penal en análisis. Lo anterior en base a los siguientes fundamentos:

Primero: Que la complicidad, forma de participación criminal, por la cual se decidió, por la sentencia en alzada, la condena de los acusados de autos, encuentra su fundamento legal en lo previsto en el artículo 16 del Código Penal, que dispone “son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores y simultáneos”.

Tal forma de redacción de la norma transcrita obliga a revisar las formas de participación criminal establecida en nuestro ordenamiento punitivo, en esta materia cobra relevancia tener presente que el Código Penal chileno distingue, en el artículo

14, entre autores, que responden por el hecho propio y partícipes, que son figuras accesorias que responden por el hecho del autor.

La Ley diferencia distintas hipótesis de autoría, tales como la autoría directa o inmediata, la autoría mediata y la coautoría. Además, castiga al inductor, quien a pesar de ser un partícipe, es castigado de forma equivalente al autor, en el artículo 15 número 2 del Código Penal. También se reconoce entre los partícipes, a los cómplices, definidos en términos residuales respecto de la autoría, en el artículo 16 del Código Penal y se castiga a los encubridores, como si fuera una forma de participación, aun cuando éstos realizan su contribución con posterioridad a la ejecución del delito, con la finalidad de evitar que el hecho o los partícipes sean descubiertos y, por lo tanto, su conducta debería castigarse como un delito independiente en contra de la administración de justicia, en la Parte Especial del Código Penal, tal como acontece en los códigos modernos como el español.

Diferenciar entre autores y partícipes es importante porque, además de que por regla general, existe una diferencia penológica, en atención a lo prevenido en los artículos 50 a 54 del Código Penal, rige para los partícipes la aplicación de los principios de la participación, desarrollados a partir de su carácter accesorio.

Partícipe es el que interviene dolosamente en un hecho ajeno, sin contar con el dominio del hecho o sin haber estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción de un deber, realizando actos descritos en la ley normalmente como preparatorios o coetáneos al hecho.

En nuestro ordenamiento, se contemplan como formas de participación la inducción, que es una forma de participación castigada como autoría en el artículo 15 número 2 y la complicidad o forma de cooperación o ayuda para la ejecución de un hecho antijurídico ajeno, sancionada en el artículo 16 del Código Penal.

Por último, el Código Penal chileno describe una forma de colaboración posterior a la consumación, toda vez que inserta, como forma de participación criminal, el encubrimiento, conducta que en realidad no es una forma de participación, toda vez que el encubridor ejecuta su contribución, una vez que el delito ya se ha realizado y que en los ordenamientos modernos es tratada como un tipo penal en la Parte Especial del Código Penal.

En concreto y según el Posesor Mauricio Rettig Espinoza Dr. en Derecho Penal por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, (En apuntes de clases 2017, Derecho Penal Parte General), “Los autores aparecen tratados en artículo 15 y nuestro ordenamiento penal reconoce como Formas de Participación, Inducción, artículo 15 N° 2; Complicidad artículo 16 y, Encubrimiento artículo 17.

En lo que interesa, complicidad, este profesor señala “La complicidad consiste en la cooperación dolosa, material o intelectual (planes, información, etc., aunque no

X
T
M
X
C
S
S
X
T
M
X
C
S
S
X

meramente anímica o apoyo moral) a la ejecución del delito de otro, por actos anteriores o simultáneos.

La complicidad se caracteriza porque es una forma de participación en el hecho de otro y por lo tanto es accesoria a la autoría. Además, del texto expreso del artículo 16 del Código Penal, se desprende que la complicidad es una figura residual o subsidiario, toda vez que dicho precepto define la complicidad por exclusión al referir: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior...". De esta forma, la extensión de la complicidad, depende de los alcances que se asignen al artículo 15 del Código Penal y, en particular, a su numeral tercero.

Requisitos de la complicidad

1. Debe tratarse de una aportación dolosa a la tarea común
2. Debe prestarse un aporte concreto a la realización del delito
3. Debe ser efectivamente aprovechada
4. Debe realizarse por actos anteriores o simultáneos a la ejecución"

Segundo: En la especie, es opinión de quien disiente, que cada uno de los elementos de la complicidad que didácticamente, la doctrina ha desglosado, para una mejor comprensión de la institución, aparecen cubiertos por la conducta desplegada por los acusados, ello desde que cada uno de estos requisitos, aparecen cumplidos, a partir de la conducta exteriorizada de ambos acusados.

Resulta evidente que uno y otro de los acusados, esto es que, Gabriel David Riquelme Ávalos y Manuel Francisco Salazar Durán, con su conducta, consistente en exactamente custodiar las inmediaciones, del lugar preciso en que se realizó el fusilamiento de tres personas, según la orden que recibieron, llevaron a cabo un aporte individual a tal punto objetiva, que desde que esa precisa labor de custodios de las cercanías del lugar en que las tres víctimas fueron ejecutadas por fusilamiento, los ubica realizando precisamente conductas de aportación dolosa a la tarea común.

El profesor Rettig señala que "Desde el punto de vista subjetivo, la complicidad exige que al menos esté en conocimiento que su conducta podría implicar un aporte a la ejecución del delito por el autor y sin embargo, decide realizarla, por lo que basta con la concurrencia de dolo eventual".

En el caso subjuice, y siempre en opinión de este Ministro (S), es claro que ambos acusados, realizaban su servicio militar en la época y si bien no ejercían mandos se les ordenó mantenerse en precisos lugares los que resultan ser muy cercanos al lugar exacto en donde fueron fusilados los tres ofendidos, esto es en una muralla de la Escuela Haiti, ubicada en la intersección de las calles Bio-Bio con Lord Cochrane. En el caso del acusado Gabriel David Riquelme Ávalos en la esquina de calle Lord Cochrane con un Pasaje y de Manuel Francisco Salazar Durán, en calle Bio-Bio pasada la anterior arteria. Así. desde lo subjetivo resulta evidente que, al quedar ambos de

custodios, de un lugar cercano al lugar en donde eran trasladados a pie los tres civiles detenidos, y que éstos no estaban siendo transportados a una unidad de detención sea de carabineros o de ejército, en las antedichas circunstancias, horas de toque de queda, esto es sin civiles en las calles, resultaba natural pensar que el destino de estos detenidos que eran conducidos hacia un lugar más solitario, podría ser la ejecución por fusilamiento, como de hecho ocurrió. De este modo la conducta desplegada en la ocasión por los acusados, facilitó y además hizo más expedita la ejecución del hecho, aun cuando sin ésta el hecho hubiera, podido tal vez, ejecutarse de igual modo.

Tal aporte conductual, de ambos acusados, al designio criminal desde la complicidad, se ve concretado con el hecho evidente de eventualmente impedir que terceros advirtieran el fusilamiento. Al respecto cabe recordar que esa noche había toque de queda y que estaba absolutamente restringido el tránsito de civiles, y aun así para preservar de mejor forma el hecho criminal, de la vista de terceros, de fusilar a tres personas ilegítimamente, importaba evidentemente asegurar tal resultado dañoso.

No cabe duda que en el escenario que se viene describiendo la conducta de los acusados fue efectivamente aprovechada primero por el autor inmediato Luis Higinio Rodríguez Ogalde, quien dio la orden de disparar en contra de tres civiles, y por quienes en calidad de fusileros dispararon cumpliendo tal orden.

Tercero: También para este disidente, notorio y evidente resulta, del mismo modo considerar que la conducta de custodiar por cada uno de los acusados, las inmediaciones del lugar en donde se llevaron a cabo los fusilamientos importó labores anteriores y simultáneas precisamente a la muerte de estas tres personas en las condiciones descritas. Así la participación criminal de los acusados consistió en colaborar en un hecho ajeno lo anterior resulta importante de destacar pues a la luz de que señala al respecto el ya citado Profesor Rettig, al sostener “que no es imprescindible que exista acuerdo de voluntades que sí es necesario en el caso de la coautoría.”

Esto último claramente importa que en caso subjudice, no resulta imprescindible que los acusados supieran que los tres detenidos iban a ser fusilados, basta solo con que se percataran que algo ajeno a la legalidad les iba acontecer y ambos acusados debieron darse cuenta pues el lugar en que eran conducidos los ofendidos, no era una unidad de ejército, y tampoco era una unidad de carabineros de Chile o que los detenidos serían entregados a algún vehículo militar para trasladarlos, o algo similar. Ellos vieron que estos tres ofendidos eran conducidos a un sitio alejado y solitario que resultó ser la muralla de la Escuela Haití en donde fueron fusilados.

De lo anterior se sigue que el quehacer el día de los hechos, 30 de septiembre de 1973, de cada uno de los dos acusados respecto de la ejecución de las tres víctimas, es de complicidad, al satisfacer cada cual con su conducta lo previsto en

cuanto a participación criminal en el artículo 16 del Código Penal y también los requisitos doctrinarios que se han revisado precedentemente.

Cuarto: A las anteriores conclusiones arriba este Ministro (S), junto con el Sr. Ministro de Fuero que actuó como Juez Sustanciador de la presenta causa, teniendo especialmente que de aquellos antecedentes probatorios mencionados en el fallo en alzada en los fundamentos Quinto, Sexto Séptimo y Octavo, tener por restablecidos los siguientes antecedentes facticos

En su caso la versión aportada por los acusados Gabriel David Riquelme Ávalos y por Manuel Francisco Salazar Durán, siempre ha exculpado al autor intelectual y quien diera la orden de fusilamiento Luis Higinio Rodríguez Ogalde, (así lo establece la causa 2182-98, sustanciada en su oportunidad y que culminó con este sargento acusado como autor material del hecho, pero absuelto al haber operado la prescripción de la acción penal, lo que fue también sancionada por una sala de esta Illma. Corte de Apelaciones). Este autor material y los dos acusados de esta causa mencionan a una patrulla motorizada del Regimiento Tacna quienes, traían a tres detenidos y quienes serían, según sus dichos, los autores materiales de estos hechos. Sin embargo, ninguno de los testigos civiles que prestaron declaración en la causa, refiere haber visto un jeep militar que hubiera intervenido en los hechos. Ello al referirse tanto a la detención y al traslado a punta de culatazos por la vía pública de estas tres persona detenidas.

De contrario, a lo sostenido por los acusados y por el ahora fallecido sargento Rodríguez Ogalde, cada uno de los testigos civiles presenciales, que depusieron en la causa solo ven, a este sargento al mando de un grupo de conscriptos, quienes detienen a los tres ofendidos y los trasladan pée, hasta el lugar de la ejecución.

Así es posible, para quien discorda, reconstruir que el día 30 de septiembre de 1973, fueron detenidos en horas de toque de queda, esto es pasadas las 22 horas, Juan Joaquín Escobar Camus y José Sergio Muñoz González, en calle Nataniel entre Arauco y General Gana, por un patrulla a pie al mando del sargento esa época, Luis Higinio Rodríguez Ogalde, quienes dispararon al auto marca Simca en que ambos se movilizaban, deteniendo luego a Jorge Eduardo Cristián Oyarzun Escobar, quien circulaba a pie, (ello en voz de la testigo presencial Mireya del Carmen Escobar Camus, fojas 194, 671 y 126), trasladándolos luego a estos tres detenidos, no Batallón de Infantería N°2, unidad de Ejército cercana ubicada en calle Bio-Bio, con San Ignacio, este traslado a pie por la vía pública a punta de culatazos, y a veces de rodillas con las manos en la nuca, es visto por el testigo Francisco Almarcegui Gálvez, que así lo describe, (fojas 674). Ello desde la escena que presencié, desde el segundo piso de su casa ubicada en Franklin 1330, entre Roberto Espinoza y Nataniel. Siendo claro este testigo en indicar que no vio ningún jeep militar.

Por fin, resulta claro que el fusilamiento de los tres ofendidos aconteció en la muralla exterior de la Escuela Haití, ubicada en calle Bio-Bio con Lord Cochrane, y de ello dan cuenta los asertos de Osvaldo Antonio Oróstica Guajardo, fojas 188 y 120, quien se desempeñaba como auxiliar, y vivía junto a su familia en la Escuela Haití durante el mes de septiembre de 1973. Mencionando este que en la noche sintió disparos y al otro día a las 6:30 horas al abrir el establecimiento encontró tres cadáveres en la parte exterior del gimnasio, esto es en calles Bio-Bio entre Lord Cochrane y Waldo Silva, estaban amontonados como tratando de protegerse; había militares y carabineros de la Cuarta Comisaría en el lugar. Sintomático resulta lo aseverado por este testigo en el careo con Mireya Escobar, hermana de uno de los fallecidos, al indicar que con el correr del tiempo supo que las víctimas habían sido traídas desde Franklin por los militares Higinio Rodríguez y soldados de guardia cuyos nombres desconoce.

En el ámbito de testigos de oídas, singular resulta lo depuesto por Patricio Froilán Montes Flores, quien señaló que siendo vecino de la población militar, y al día siguiente de los hechos Higinio Rodríguez, le narró que se habían equivocado y que habían detenido a estas tres personas confundiéndolos con un aviso radial a tres personas que gente del Regimiento Tacna no alcanzó a fiscalizar esa noche por toque de queda. Y que en el curso de aquello vio a tres sujetos en Nataniel, a la altura de Franklin, les pidieron detenerse y no lo hicieron y venían con trago, agregando que ellos “avisaron”. Pero este testigo cree que fue Rodríguez, quien dio la orden de fusilarlos.

Respecto de la hora exacta en que ocurrieron los fusilamientos, para este sentenciador, no ha sido posible su determinación, ello en tanto el mérito de la prueba sólo arroja coincidencia, en que la detención de los tres ofendidos, lo fue pasadas las 22 horas del día 30 de septiembre de 1973, existiendo solo un testigo don Francisco Almarcegui Gálvez, (fojas 674) quien indicó que a las 22:10 horas del 30 de septiembre de 1973, vio que tres conscriptos comandados por un hombre robusto de un metro setenta y cinco, trasladaban a pie a tres civiles jóvenes. Luego señala que como la una de la madrugada del 1 de octubre 1973, escuchó estampidos, que atribuye a fusilamiento, no dando razón de sus dichos sobre este último punto.

Quinto: En opinión de quien disiente, cabe destacar que la prueba aportada hasta aquí colacionada, no permite ubicar a los acusados Gabriel David Riquelme Ávalos y Manuel Francisco Salazar Durán, teniendo alguna participación en los hechos, siendo sólo, con el mérito de su propia declaración que es posible ubicarlos en labores de custodia en las cercanías del lugar en donde se llevaron a cabo los fusilamientos. En efecto ambos acusados son contestes que el día y hora de los hechos ellos ejercían como guardias en la población militar que está ubicada en calle Lord Cochrane entre

Franklin y Bio-Bio, y un suboficial les ordenó que los acompañara al exterior, según sus dichos pues había personas tratando de robar en la población militar. Indicando Riquelme Ávalos, (fojas 703, 806, y 901 y careos de fojas 735 y 346), que ese suboficial le ordenó que él se quedara en Lord Cochrane con un Pasaje, en tanto Salazar quedó por calle Bio-Bio, y ahí sintió balazos y entonces fue al lugar, Lord Cochrane con Bio-Bio frente a una muralla de un colegio y había tres hombres muertos. Señala que cree que Salazar debió presenciar los fusilamientos porque estaba más cerca. En tanto Salazar Duran (a fojas 661, 868, 902 y careos de fojas 348 y 408), indicó que un suboficial les indicó que debían salir a interceptar a unas personas que venían arrancando que salieron por San Ignacio, doblaron por Franklin y al llegar un cité, según sus dichos, sintió unos balazos hacia Bio-Bio con Lord Cochrane donde hay un colegio y había tres personas muertas.

Sexto: Siempre en opinión de quien disiente, a las anteriores conclusiones se ha arribado a partir del medio de prueba, presunciones judiciales de que trata el Código de Procedimiento Penal, aplicable en la especie, el que en sus artículos 485 a 488, obviamente, distingue aquellas presunciones que son legales y las judiciales, las primeras las establece la Ley y respecto de estas últimas, en el artículo 488 establece “Que para que las Presunciones Judiciales puedan constituir prueba completa se requiere:

1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones sean legales o judiciales.

2° Que sean múltiples y graves.

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas.

4° Que sean directas de modo que conduzcan lógica y naturalmente a hecho que de ellas se deduzca; y

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”

Esta prueba indiciaria también conocida también como prueba indirecta es aquella que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de contraindicios.

Así de lo que se viene indicando es posible que un caso concreto, la prueba indiciaria sea capaz de generar convicción por si sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria. Dentro de este contexto, en lo concerniente al

empleo de la prueba indiciaria, resulta ineludible e impostergable la necesidad de tener que explicar cómo se obtuvo el argumento probatorio que se refleja en las conclusiones de las inferencias realizadas válidamente. Ya que, la inferencia es un eslabón necesario en la dinámica cognoscitiva que se emprende partiendo del significado del indicio para descubrir aquello hacia el que este conduce.

Estima esta Corte que lo recién explicitado ha sido cumplido a cabalidad en los fundamentos precedentes pues de hechos probados, y utilizando razonamientos, basados en nexos causales y lógicos se ha alcanzado convicción respecto de la forma en que acaecieron las muertes de los tres ofendidos de autos, existiendo relaciones directas, entre los hechos probados y la participación penal atribuida, de cómplices, a los dos acusados.

Séptimo: Además este sentenciador, estimando que la sentencia que se revisa, es condenatoria respecto de Gabriel David Riquelme Ávalos y Manuel Francisco Salazar Durán, y que lo fue por delitos de homicidio calificado por alevosía, y coincidiendo este Ministro (S), con tal tipificación penal hecha por el sentenciador del grado, agrega que es evidente que la alevosía comparece como calificante en este caso sometido a juzgamiento, Homicidio por fusilamiento de estos tres ofendidos, desde que el obrar contrario a derecho, fue en la variante que ofrece esta calificante, de obrar sobre seguro, ello pues aparte del hecho indiscutible que había toque de queda en la noche en que ocurren los hechos sometidos a juzgamiento, era evidente que no había civiles y que el lugar exacto del fusilamiento, en el caso en análisis, fue buscado, para precisamente, obrar sobre seguro dando muerte a estas tres personas. Lo anterior hace procedente, en consecuencia la calificante de Alevosía.

Octavo: Además considera este sentenciador, que no es óbice para el juzgamiento de los dos acusados en calidad de cómplices, en esta causa de Fuero, el hecho que el autor de los hechos subjujice, Luis Higinio Rodríguez Ogalde, haya sido absuelto, en causa rol 2182-98, en razón de haberse acogido en su favor, tanto por el sentenciador de primer grado la prescripción de la acción penal, como por una sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago. Ello por cuanto en aquella causa, a fojas 346 y 348 con fecha 2 de junio del año 2002, los encartados de autos Gabriel David Riquelme Ávalos y Manuel Francisco Salazar Durán, prestaron declaración en calidad de testigos, por lo cual en su contra, resulta claro, no se dirigió investigación criminal sino hasta ahora en la presente causa.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que el caso sometido a juzgamiento, Homicidio Calificado con resultado múltiple, fue cometido en un contexto de ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil, lo que determina que constituyan crímenes de lesa humanidad, por atentar contra normas ius cogens

del Derecho Internacional Humanitario, y por lo mismo, sometidos a dicho estatuto jurídico internacional.

Es así que se descarta que se trate sólo de delitos comunes, que amerite considerar solo las normas del derecho interno del Estado, porque son crímenes que atentan contra la humanidad toda, siendo plenamente aplicable en este caso, el Derecho Internacional Humanitario, el que es vinculantes para el Estado de Chile, a la época en que tales ilícitos acontecieron porque sus normas ya formaban parte del derecho internacional consuetudinario, por atentarse contra normas ius cogens.

Que, conforme a las obligaciones que ha asumido el Estado de Chile, sus órganos se encuentran obligados a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario, apareciendo de manifestó en este caso, una grave transgresión a normas ius cogens, considerando para ello los hechos acreditados en la causa y reproducidos anteriormente, los que corresponde calificar como de lesa humanidad, conforme a lo que ha señalado reiteradamente la doctrina, la costumbre internacional y lo que se ha plasmado en el orden normativo convencional internacional, entre otros instrumentos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el que en su artículo 7° señala qué se debe entender por “crimen de lesa humanidad”, como también lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, todo lo cual, forma un corpus iuris internacional que establecen normas ius cogens que se imponen imperativamente a todos los Estados, por lo que siempre han sido obligatorias para los Estados y para Chile, lo que por lo demás, ha sido refrendado por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, cuando señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”;

Por tanto, como se han establecido hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad, no cabe sino que aplicar en este caso los convenios o tratados internacionales, las reglas de Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Consuetudinario Internacional, que siempre ha regido, desde antes de perpetrarse los hechos de esta causa, el que protege normas ius cogens, las que desde siempre han sido obligatorias para los Estados, porque la persona humana, su dignidad y sus garantías fundamentales, son anteriores a los mismos.

Se agrega a lo anterior, que conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, “el Estado no puede invocar su propio derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, puesto que ello implicaría eludir sus obligaciones internacionales que ha asumido, cometiendo un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional.

Que, respecto a los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad, se hace necesario tener presente lo que ha señalado la doctrina, la costumbre internacional y lo que se ha plasmado, en el orden normativo convencional; en este

último caso, considerar lo que dispone el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el que en su artículo 7° señala qué se debe entender por “crimen de lesa humanidad”, enumerando una serie de actos, respecto de los cuales se exige que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque o se haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Por su parte, la Ley N° 20.357 (D.O. 18-07-2009), que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra, si bien no puede considerarse en este caso, por regir los actos posteriores a su publicación, no puede desconocerse que se limita a reconocer y recoger lo que ya regía en el derecho internacional de los derechos humanos consuetudinario -por lo mismo, obligatorio para los Estados-, siendo un principio del mismo, que el hecho que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya un delito de derecho internacional, no exime de responsabilidad en el dicho derecho internacional a quien lo haya cometido. Pues bien, la citada ley, establece en su artículo primero un concepto similar al asentado desde antes en la costumbre internacional, plasmado en el Estatuto de Roma y en otros cuerpos normativos, exigiendo también la actual norma interna que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Así, siempre en opinión de quien disiente, en lo que respecta al caso de la especie, está determinado que Luis Higinio del Carmen Rodríguez Ugalde, a la sazón de los hechos sargento de Ejército, fue acusado en causa rol 2182-98, Instruida por el entonces Sr. Ministro de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago don Joaquín Billard, de ser autor de los homicidios de las tres víctimas de fusilamiento, investigadas en la presente causa, fue absuelto al haberse acogido en su favor la prescripción de la acción penal, causa esta que se encuentra afinada según sentencias de primera y segunda instancia, lo cual consta según Inspección Personal de la cual se dejó constancia a fojas 102, lo que se indica en el Numeral 7) del considerando Primero del Fallo en alzada.

De lo anterior se sigue que ello, no obsta a que con el rol 11 del año 2014, se investigue la responsabilidad penal de otras personas en los mismos hechos. Más aun tratándose como se viene indicando de delitos de homicidio calificado de lesa humanidad.

Noveno: Con lo que viene indicando este sentenciador opinaba que, debe entenderse desestimado por esta Corte lo indicado por la Sra. Fiscal Judicial, que informa lo pertinente a fojas 1764, en cuanto si bien solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, estima que la participación de los acusados es la de encubridores, opinando dicho Ministerio Público Judicial que la participación de ambos acusados, fue posterior al fusilamiento de los tres ofendidos. Sin embargo conforme a

lo expuesto, tanto en el fallo del grado, como en basamentos precedentes, en opinión de este sentenciador, ha quedado determinada en relación a ambos encartados, conductas anteriores, simultáneas y de cooperación al ilícito cometido, lo que los hace cómplices del ilícito atribuido, según el auto de cargos expedido al efecto.

Décimo: Por último, y en relación a las acciones civiles, este sentenciador, estuvo por rechazar todas y cada una de las excepciones opuestas por el Fisco de Chile y mantener, en su caso, los montos determinados en el fallo en alzada.

Regístrese y devuélvase, en su oportunidad.-

Redacción del Ministro (I) señor Enrique Durán Branchi y de la disidencia su autor, el Ministro (S) señor Rafael Andrade Díaz.

Rol Corte N° 188-2017.

XX7SXXWLLX



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Jessica De Lourdes Gonzalez T. y los Ministros (as) Suplentes Enrique Faustino Duran B., Rafael Andrade D. Santiago, dos de octubre de dos mil diecisiete.

En Santiago, a dos de octubre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.