

Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos rol 76-2011, por sentencia de quince de abril de dos mil dieciséis, complementada por resolución de trece de julio de dos mil dieciséis, el Ministro en Visita Extraordinaria señor Mario Carroza Espinosa rechazó las excepciones de previo y especial pronunciamiento formuladas por las defensas de los sentenciados Luis Humberto Solís Lillo y Hugo Osvaldo Pizarro Wittemberg, en lo principal de fojas 1.219 y siguientes y 1.334 y siguientes respectivamente; rechazó la acusación particular formulada a fojas 1.084 por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos en lo que se refiere a los delitos de detención y asociación ilícita; condenó a Alan Hernán González Morán, a Luis Humberto Solís Lillo, a Hugo Osvaldo Pizarro Wittemberg y a José Alejandro González Inostroza a sufrir sendas penas únicas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias correspondientes, en sus calidades de autores de los delitos de homicidio calificado de Sergio Alcapia Cienfuego y Juan Carlos Valle Cortés, cometido en Santiago el 21 de octubre de 1973 y del delito de secuestro calificado cometido en perjuicio de Juan Ortiz Moraga. No se concedió a los sentenciados ninguna de las penas sustitutivas de la ley 18.216 La sentencia, asimismo, acogió la demanda civil del primer otrosí de fojas 1.094 sólo en cuanto condenó al Fisco de Chile a pagar a los actores José Carmelo y Juan Osvaldo, ambos de apellidos Ortiz Valdés, la suma de \$50.000.000 a cada uno, a título de daño moral, con costas.

En contra de esta sentencia se han deducido los siguientes recursos:

1.- Casación en la forma y apelación por el abogado don Mauricio Unda Merino en representación de la parte de José Alejandro González Inostroza; éste también apela en el acto de su notificación de la sentencia complementaria.



2.- Casación en la forma y apelación por el abogado don Sergio Ignacio Contreras Paredes, por la parte de Alan Hernán González Morán.

3.- Apelación por el abogado don Juan Darío de la Fuente Valiente, en representación de la parte de Luis Humberto Solís Lillo, quien también apela de la sentencia complementaria.

4.- Apelación del sentenciado Hugo Osvaldo Pizarro Wittemberg en el acto de su notificación, quien apela, asimismo, de la sentencia complementaria.

5.- Apelación del abogado señor Hugo Pavez Lazo, en representación del Programa de Continuación de la ley 19.123.

6.- Apelación del abogado don David Osorio Barrios, en representación de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

7.- Apelación de la Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, señora Irma Soto Rodríguez, por el Fisco de Chile.

A fojas 1.688 informó la Fiscal Judicial señora María Loreto Gutiérrez Alvear.

Se ha elevado en consulta, asimismo, el sobreseimiento parcial y definitivo de veintidós de agosto de dos mil diecisiete, de fojas 1.883, respecto de Hugo Osvaldo Pizarro Wittemberg, por haber muerto el 4 de agosto de 2017.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA.

PRIMERO: Que a fojas 1.500, el abogado señor Mauricio Unda Merino, en representación de José Alejandro González Inostroza, ha deducido este recurso denunciando que la sentencia se encuentra viciada por la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el N° 4° del artículo 500 del mismo texto, pues, en su concepto, no contiene las consideraciones en cuya virtud se dan



por probados o no probados los hechos atribuidos al reo o los que éste alega en sus descargos, toda vez que el fallo da por acreditada la participación de su parte en los hechos investigados, en los motivos 10° y 11°, remitiéndose al considerando 4°, el que tiene por reproducido por “economía procesal”, rechazando sus argumentaciones dando antecedentes incompletos y con omisión de los elementos que respaldan que el Subcomisario de la Subcomisaría Recoleta, al 21 de octubre de 1973, era el Capitán Alejo López pues desde antes del 11 de septiembre de 1973, su parte, si bien oficialmente Subcomisario de la Subcomisaría de Recoleta, estaba en comisión de servicios haciendo un curso de estadísticas en un organismo de la OEA. Yerra el fallo, asimismo, al no conceder a su parte la atenuante del N° 6° del artículo 11 del Código Penal.

SEGUNDO: Que la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal refiere que procede la casación en la forma si la sentencia no fue extendida en la forma que prescribe la ley y, a su vez, el número 4° del artículo 500 del mismo cuerpo legal señala que la sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal contendrán “4° *Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta*”.

TERCERO: Que ciertamente basta leer el fallo impugnado y su complementación para concluir que cumple con el requisito que el recurrente echa en falta. En efecto, los considerandos cuarto y quinto dan cuenta de los antecedentes tenidos en cuenta para dar por probados los hechos motivo de la sentencia condenatoria en relación con el recurrente, esto es, las muertes de Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego y de Juan Carlos Valle Cortés y el secuestro y desaparición de Juan Ortiz Moraga por la acción de agentes del Estado que previamente los habían detenido, pudiendo apreciarse en los motivos sexto, décimo y undécimo las evidencias que llevaron al juez de primer



grado a establecer su participación como cómplice. Lo que verdaderamente impugna el recurrente es el hecho que tales fundamentos son insuficientes para probar su participación, alegación que, ciertamente, corresponde a un recurso de apelación y no a uno de nulidad formal. Luego, se desestimaré la casación.

CUARTO: Que a fojas 1.554, el abogado don Sergio Ignacio Contreras Paredes ha recurrido de casación en la forma por Alan González Morán, sosteniendo que la sentencia se encuentra viciada por la causal 9ª del artículo 541, en relación con los números 3º y 4º del artículo 500, ambas disposiciones del Código de Procedimiento Penal por cuanto ha omitido una de las defensas más importantes hechas valer en tiempo y forma por su parte, a saber, nada se ha dicho acerca de cuál es la participación que la cabe a su parte; cuál es en concreto el acto homicida que se le imputa; cuál es el hecho descrito en la acusación que se le atribuye a su parte y en el que se funda la agravante; en relación con el secuestro, cuál es el acto de detención o arresto que se le imputa. Nada de esto fue ponderado por el sentenciador de primer grado.

QUINTO: Que el N° 9º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal señala que *“El recurso de casación en la forma sólo podrá fundarse en alguna de las causales siguientes: 9a. No haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley”*. Y los números 3º y 4º del artículo 500 del mismo texto refieren que *“La sentencia definitiva de primera instancia y la segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán: 3º Una exposición breve y sintetizada de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, de las acciones, de las acusaciones formuladas contra los procesados, de las defensas y de sus fundamentos; 4º Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”*. En cuanto al N° 3º de última norma citada, el fallo sí contiene la exigencia que se echa de menos, y para ello es suficiente leer su parte



expositiva y sus considerandos undécimo y decimoséptimo, Y en lo que hace al N° 4° del artículo 500 del Código Procesal Penal, sólo cabe reiterar lo que ya se dijo a propósito del recurso anterior, esto es, que el vicio no consiste en contener consideraciones que se estiman errados por la parte agraviada sino en carecer de razonamientos: el fallo impugnado por la vía de la nulidad formal sí se ha hecho cargo de la defensa de Alan González Morán en los motivos recién mencionados. Los defectos que se han denunciado, entonces, son propios de un recurso de apelación y no de casación en la forma. Luego, se desestimarán también este recurso.

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos sexto, undécimo, vigésimo segundo y vigésimo tercero, que se eliminan.

Se suprimen, asimismo, los párrafos segundo del motivo vigésimo y tercero, séptimo y octavo del considerando vigésimo primero.

En el considerando quinto, después de la frase “de dotación de la Subcomisaría de Recoleta,” y antes del nombre “Juan Aros Ojeda” se intercala la palabra “aunque” y se agrega después del nombre “Luis Solís Lillo” la frase “detuvieron sólo a Juan Carlos Valle Cortés y a Juan Osvaldo Ortiz Moraga”. En el mismo razonamiento, se agrega, después del nombre propio “José Alejandro González Inostroza” y antes del punto y coma (;), la frase “pero que a la fecha de los hechos estaba a cargo del Capitán Alejo Patricio López Godoy”.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

SEXTO: Que no existe duda respecto de los hechos que se consignaron en el considerando quinto del fallo en alzada, reproducido en esta sentencia de segunda instancia con la modificación consignada, esto es, básicamente, que el día 21 de octubre de 1973, a las 12:15 horas aproximadamente, Juan Osvaldo Ortiz Moraga, Juan Carlos Valle Cortés y Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego fueron detenidos -el primero en su domicilio de calle Guillermo N° 2629,



Recoleta y los otros dos en la vía pública- por personal de Carabineros de dotación de la Subcomisaría Recoleta y, específicamente, los señores Ortiz Moraga y Valle Cortés fueron detenidos por los funcionarios de Carabineros Juan Aros Ojeda y Luis Humberto Solís Lillo; los detenidos fueron trasladados hasta dicha unidad policial y, al menos Ortiz Moraga y Valle Cortés, entregados al Suboficial de Guardia, señor Alan González Morán, recinto en el cual cumplía turno el carabinero Hugo Pizarro Wittemberg -fallecido el 4 de agosto de 2017-. Los cuerpos sin vida de los señores Alcapia Cienfuego y Valle Cortés fueron encontrados por sus familiares posteriormente en el Servicio Médico Legal, habiéndose hallado dichos cadáveres en el kilómetro 12 de la Carretera General San Martín el mismo día 21 de octubre de 1973, con heridas de bala en el cráneo con salida de proyectil; el detenido señor Ortiz Moraga fue visto por última vez al interior de la Subcomisaría Recoleta y no se tienen noticias de su paradero hasta el día de hoy. También es un hecho que los detenidos señores Ortiz Moraga y Valle Cortés aparecen firmando su constancia de libertad desde la aludida Subcomisaría a las 17:15 horas de ese día 21 de octubre de 1973, constancia obviamente falsa.

SÉPTIMO: Que en los homicidios de autos no puede entenderse que exista ni alevosía ni premeditación. En efecto, y tal como se sostuvo en la sentencia rol 247-2015 de esta Corte, lo que en nuestro medio se llama “homicidio calificado” o, más correctamente, “asesinato”, es un tipo agravado del homicidio, descrito en el artículo 391 N° 1° del Código Penal, que en su circunstancia primera dice *“El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía”*, norma que debe vincularse con lo que previene el N° 1° del artículo 12 del mismo cuerpo normativo, que señala que *“Son circunstancias agravantes: 1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”*. Son dos, pues, las formas de actuar



con alevosía: a traición o sobre seguro y ciertamente son incompatibles entre sí: o se obra a traición o se lo hace sobre seguro, mas no es posible actuar a la vez a traición y sobre seguro. Se ha dicho por el tribunal *a quo* que en la especie se ha obrado sobre seguro, lo que implica tanto el poner asechanzas o preparar celadas, como el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido. Consecuentemente, para que exista alevosía y, específicamente, para entender que se obra sobre seguro, **es necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente**, lo que no ha sucedido en el caso *sub judice*, en que no aparece de los hechos asentados en la sentencia que los autores de los delitos de homicidio respecto de los señores Valle Cortés y Alcapia Cienfuego hayan creado o procurado una situación de indefensión de las víctimas. Se ha dicho sobre este particular que los elementos precisos para la estimación de esta calificante han de referirse a los medios, modos o formas de ejecutar el hecho, tendiendo a su aseguramiento y a la vez a la impunidad del agente que lo realiza, revelando una perversidad de su propósito. No se trata, en el caso *sub lite*, de un grupo de carabineros que procedieron por sí y ante sí deteniendo arbitrariamente a dos personas matándolas una vez privadas de libertad, se trata de un proceso de política de Estado fijada por el nuevo orden de cosas a partir de los sucesos del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas y de Orden derrocaron el gobierno constituido y comenzaron una persecución de los militantes y simpatizantes del gobierno anterior, de suerte tal que los agentes que dieron muerte a las víctimas de este proceso no buscaron ellos personalmente la situación de superioridad armada que les daba su condición de carabineros sino que ello iba de suyo en un régimen controlado precisamente por las Fuerzas Armadas y de Orden desde más de un mes antes de sucedidos los hechos. Razonar en contrario equivale a concluir que todo homicidio cometido por los funcionarios de la Administración a partir del 11 de septiembre de 1973, por el sólo hecho de ser miembros de los organismos



armados del Estado, es alevoso, idea que desemboca en el reprochable derecho penal de autor, vale decir, se juzga a los autores por su condición de carabineros en un régimen político autoritario y no por sus actos; no parece ser entonces una doctrina que se adecue a las exigencias del derecho penal liberal el ver siempre un obrar sobre seguro en delitos de esta índole.

OCTAVO: Que si la naturaleza de la alevosía es subjetiva, como entiende casi toda la doctrina y la jurisprudencia, es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar para la ejecución del ilícito la indefensión de la víctima, de manera que, por ejemplo, y así se ha fallado de antiguo, no necesariamente matar a un niño pequeño lleva consigo la alevosía y, consiguientemente, si en el orden de cosas existentes después del 11 de septiembre de 1973 el poder era ejercido por los cuerpos armados en forma absoluta, no puede entenderse que se obró sobre seguro, no puede argüirse que los agentes precisos de la muerte de los señores Valle Cortés y Alcapia Cienfuego buscaron su situación de indefensión. Como también se ha dicho en otras ocasiones, no corresponde a los jueces hacer un juicio histórico o político sino jurídico y la opinión que se tenga de los sucesos del 11 de septiembre de 1973 debe ser irrelevante a la hora de decidir si los autores de un determinado delito motivado por las circunstancias de la época han sido o no alevosos.

NOVENO: Que tampoco hay premeditación. Esta agravante y a la vez cualificante del delito de homicidio, de acuerdo a la doctrina sustentada desde hace mucho por la jurisprudencia, exige al agente un proceso psicológico que se traduce en una meditación fría y serena dirigida a la comisión de un delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, persistencia tenaz en mantener ese propósito manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto, espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, y que todos estos elementos resulten plenamente probados y que la premeditación, para su posible estimación, ha de ser conocida. Luego, debe determinarse si en delitos de esta



naturaleza, cometidos con una finalidad política -puesto que de lo contrario no serían *de lesa humanidad* y procedería la prescripción- y planeados centralizadamente por un aparato de la Administración, pueden entenderse premeditados por los ejecutores materiales, por los miembros de esa Administración que recibían órdenes del mando superior.

DÉCIMO: Que sin entrar a analizar las voces de la doctrina que abogan por la eliminación de esta agravante por “superflua”, como decía Pacheco, pues se imbrica perfectamente con la alevosía, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico penal sí la contempla y, sin embargo, son escasísimos los casos en que los tribunales de justicia tienen oportunidad de aplicarla pues, como se dijo, generalmente se dirá que el acto está agravado por la alevosía y por ello, sin incurrir en el *non bis in ídem*, no se pronuncian sobre la premeditación pues ésta guarda estrecha relación con aquella. Por la misma razón por la cual se entiende que no hay en la especie alevosía, tampoco puede haber premeditación pues todo plan, toda meditación fría y serena dirigida a la comisión del delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, la persistencia tenaz en mantener ese propósito manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto y el espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, no son en ningún caso atribuibles personalmente a los acusados, funcionarios de Carabineros a la sazón, sino a la organización misma, al Estado, persona jurídica esta última que no es susceptible de juicio penal. No fueron los acusados los que meditaron los crímenes, no fueron ellos los que los decidieron, fueron -dos de ellos, según se dirá- los ejecutores de un plan elaborado por la autoridad superior y, por ende, ninguna premeditación puede imputárseles.

UNDÉCIMO: Que en este orden de cosas, los hechos constados en el modificado considerando quinto del fallo que se revisa y en el motivo sexto de esta sentencia son constitutivos de los delitos de homicidio simple en las personas de Sergio Alejandro Alcapia



Cienfuego y Juan Carlos Valle Cortés, previstos y sancionados en el N° 2° del artículo 391 del Código Penal y del delito de secuestro calificado del inciso tercero del artículo 141 del mismo texto (en su texto de 1973) , en relación a Juan Osvaldo Ortiz Moraga.

DUODÉCIMO: Que se ha señalado a José Alejandro González Inostroza, Capitán de Carabineros a la fecha de los hechos, como el Jefe de la aludida Subcomisaría de Recoleta y que por esa única circunstancia es también responsable, como autor, de los delitos de homicidio y secuestro por los cuales se le acusó.

DECIMOTERCERO: Que ciertamente no hay dudas que González Inostroza era el Jefe de la aludida Subcomisaría desde febrero de 1971 y que ostentaba tal cargo en octubre de 1973. Sin embargo, en el N° 26 del considerando cuarto del fallo impugnado, se hace referencia al documento de fojas 328 y 329, consistente en el Oficio N° 2422 del 27 de diciembre de 2011, emanado del Departamento de Pensiones de Carabineros, por medio del cual se remite la relación del personal de dotación de la Subcomisaría Recoleta en octubre de 1973, en la que no figura el acusado González Inostroza sino el Capitán Alejo Patricio López Godoy. La Subcomisaría de Recoleta dependía en aquella época, según se ha demostrado en autos, de la Quinta Comisaría de Carabineros de Conchalí y existe en autos la importante copia certificada agregada a fojas 258, de 3 de marzo de 1977, firmada por el Capitán Hugo Colima Jeldes, Subcomisario Subrogante a la sazón, que da cuenta de la detención, en lo que interesa para estos autos, “por sospechosos”, de Juan Ortiz Moraga y de Juan Valle Cortés el día 21 de octubre de 1973 y, supuestamente, dejados en libertad a las 17:15 horas del mismo día, sin que conste el nombre del Subcomisario a cargo en la época ni se haga mención alguna a González Inostroza. Este encausado, en su declaración de fojas 636, de once de julio de dos mil trece, afirmó expresamente que “...*para la fecha de los hechos investigados que en esta declaración se me da a conocer, en atención a certificado que se encuentra agregado a fojas 258, puedo indicar que yo estaba*



agregado en la 5ª Comisaría de Conchalí y no en la Subcomisaría Recoleta, porque en la Subcomisaría Recoleta estaba el Capitán Alejo Patricio López Godoy". Tal afirmación debe ser demostrada, y parece a esta Corte que es suficiente prueba de tal afirmación el muy relevante y mencionado documento que el tribunal de primera instancia tuvo presente en el aludido N° 26 de su considerando cuarto, esto es, el Oficio N° 2422 del 27 de diciembre de 2011, emanado del Departamento de Pensiones de Carabineros, de fojas 329, por medio del cual se remite la relación del personal de dotación de la Subcomisaría Recoleta en octubre de 1973, en la que no figura el acusado González Inostroza sino el mencionado Capitán Alejo Patricio López Godoy como oficial de más alta graduación, de hecho, como el único Oficial y, por ende, como Jefe de la unidad policial, a lo que debe sumarse la mencionada certificación de fojas 258.

DECIMOCUARTO: Que se ha hecho caudal del hecho que el aludido señor González Inostroza manifestó en su declaración de fojas 636 que el 21 de octubre de 1973 estaba en Chillán porque su padre había muerto el día 17 de ese mes y año y que tal circunstancia no estaba demostrada en el proceso. Lo cierto es que da igual si ello está o no probado pues lo importante es que su condena en autos se ha basado, simplemente, en que el entonces Capitán González Inostroza habría sido el Subcomisario de la Subcomisaría Recoleta, esto es, tendría una suerte de "responsabilidad del mando" o, como se ha dicho en otras ocasiones en este tipo de asuntos, que "no podía menos que saber" que funcionarios de su unidad detuvieron a tres personas por "sospechas" -de acuerdo a la normativa de la época-, y que posteriormente los mataron, apareciendo luego los cadáveres de dos de esos detenidos y estando desaparecido hasta hoy el tercero. Tales asertos, tanto la "responsabilidad del mando" como el "no podía menos de saber", son desde luego inaceptables en materia penal y son los que emanan -no expresados de esa manera desde luego- del considerando undécimo del fallo de primer grado, específicamente de su párrafo penúltimo, eliminado en esta sentencia de segunda



instancia, en que sólo se entiende autor a González Inostroza por ser el Subcomisario de dicha unidad policial a la fecha de los hechos, esto es, al 21 de octubre de 1973. Pero aun aceptando, sólo para efectos hipotéticos, que alguien puede ser condenado por “estar al mando” o “porque no podía sino saber”, lo cierto es que con los documentos mencionados en el motivo anterior se comprueba sin lugar a dudas que González Inostroza, siendo efectivamente el Subcomisario de la Subcomisaría Recoleta al 21 de octubre de 1973, no se encontraba a la sazón en esa unidad y que al mando de esta estaba el Capitán Alejo Patricio Gómez Godoy, persona que figura en la hoja de pago de remuneraciones de esa Subcomisaría en octubre de 1973. Pero hay más: se ha agregado a los autos, a fojas 877 -no “579 y siguientes” como erradamente se consigna en el N° 39 del considerando cuarto del fallo en alzada- la muy relevante declaración que en su oportunidad prestó el señor Alejo Patricio López Godoy en el proceso rol 2182-98 denominado “Guillermo Vallejos”, en el que consignó que “antes del 11 de septiembre de 1973” lo enviaron a hacerse cargo de la Subcomisaría Recoleta dependiente de la 5ª Comisaría de Conchalí, ostentando en aquel tiempo el grado de Capitán, agregando que **“en ese lugar estuve aproximadamente un año”**. Tal declaración resulta esclarecedora pues, junto a aquel documento del pago de remuneraciones, refuerza lo que ya se ha concluido: al 21 de octubre de 1973 el que estaba a cargo de la Subcomisaría de Recoleta era Alejo Patricio López Godoy, sin perjuicio que el titular era González Inostroza, lo que se robustece aún más con el documento de fojas 751, emanado del Departamento de Derechos Humanos de Carabineros, que concluye que en septiembre de 1973 el que estaba a cargo de la unidad de Recoleta era Alejo Patricio López Godoy como funcionario más antiguo y con la declaración del acusado, hoy fallecido, Osvaldo Pizarro Wittemberg, de fojas 420, quien señaló, refiriéndose a la época de los hechos que “recuerdo que mi jefe de unidad, en la Subcomisaría Recoleta, se encontraba el Capitán Alejo López Godoy como subrogante, luego llegó el titular que correspondía



al Capitán Alejandro González Inostroza, dentro de los que puedo recordar”. Luego, no ha podido González Inostroza tener ninguna responsabilidad de mando ni nada semejante, sencillamente porque no estaba al mando. Y como ninguna conducta distinta a la de haber estado al mando se le ha atribuido en la acusación, necesariamente debe ser absuelto.

DECIMOQUINTO: Que, empero, aun suponiendo sólo para efectos de construir la hipótesis que González Inostroza sí estaba al mando de la Subcomisaría Recoleta al 21 de octubre de 1973, que no lo estaba, aún en ese escenario debe ser absuelto. Lo cierto es que no se le atribuye por el Ministro Instructor ninguna conducta concreta de haber detenido él mismo a Alcapia Cienfuego, a Valle Cortés o a Ortiz Moraga, o de haber dado la orden de detención, o de haber participado de alguna manera en la muerte de los dos primeros y en la desaparición del tercero, de suerte que no existiendo en el derecho penal liberal nada semejante a una “responsabilidad penal por el mando” o porque “no podía menos que saber lo que sucedía”, sino que su conducta, como autor, debe ser una de aquellas que señala el artículo 15 del Código Penal, no es posible condenar a alguien por el sólo hecho de tener una determinada graduación en una institución jerárquica como lo es Carabineros. Ni siquiera es posible hacer tal cosa empleando la controvertida teoría de Roxin, que tantos adeptos parece haber alcanzado. Roxin señala tres formas de autoría, a saber, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría o autoría funcional. A su vez, la autoría mediata (que es la que interesa para estos efectos), esto es, aquella en que el autor, *“para ejecutar el hecho típico se sirve de otro, cuya voluntad domina, y que es quien lo realiza materialmente”* (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Séptima Edición 2001, página 597), puede adoptar tres formas, una de las cuales consiste en el **dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado**, en el que un sujeto situado en un punto preponderante de poder dentro de una organización jerárquica (“el hombre de atrás” o



“el hombre del escritorio”), *“dispone de un número indefinido de ejecutores plenamente responsables, de manera que si alguno de ellos se opusiera a cumplir la orden, siempre puede ser sustituido por otro u otros que realizarían lo mandado”* (Enrique Cury, obra citada, páginas 605 y 606). Y es requisito para ser considerado un “hombre de atrás” u “hombre del escritorio”, el que éste tenga algún dominio del hecho, el que viene dado por su dominio sobre la organización cuya estructura jerárquica garantiza el cumplimiento de la orden por el ejecutor que, ya se dijo, puede ser reemplazado por otro. Y el dominio del autor mediato será mayor mientras más alta sea su jerarquía en la referida estructura y más se aleje del autor inmediato. De este modo, aun aceptando esta teoría ¿puede decirse que José Alejandro González Inostroza, Capitán de Carabineros al 21 de octubre de 1973 es un autor mediato? ¿Tenía algún grado de dominio sobre el aparato de poder organizado, en mayor o menor grado, **del cual haya resultado la muerte de los señores Alcapia Cienfuego y Valle Cortés y la desaparición del señor Ortiz Moraga?** Pues ninguna prueba hay en el proceso de que así haya sido, aparte del hecho de ser el Subcomisario de la Subcomisaría de Recoleta -pero que en ese entonces estaba a cargo del Capitán Alejo Patricio López Godoy-, según lo señala el propio fallo impugnado, que no entrega ningún otro dato relevante para situarlo como “el hombre de atrás” y que en tal posición, para ejecutar los hechos típicos, se haya servido de otro, cuya voluntad haya dominado y que haya sido quien lo realizara materialmente o, lo que es lo mismo, que haya tenido algún dominio sobre dicha estructura de poder y pueda ser considerado un autor mediato en relación a estos tres ilícitos. Concluir que por el mero hecho de ser Subcomisario de la Subcomisaría de Recoleta debe responder de todos los ilícitos allí cometidos en aquella época importa un abandono del derecho penal liberal y seguir derroteros basados en el autor y no en su conducta, es decir, no se le condena por desplegar alguna conducta típica y culpable sino por el mero hecho de haber sido el Subcomisario del lugar donde se cometieron los crímenes



aunque, ya está dicho, ni siquiera estaba a cargo de la Subcomisaría de Recoleta al 21 de octubre de 1973.

DECIMOSEXTO: Que en cuanto a Alan Hernán González Morán, este era el Suboficial de Guardia el día 21 de octubre de 1973 de la Subcomisaría Recoleta, ostentaba el grado de Cabo y contaba con 28 años de edad y a fojas 426 señala no recordar nada; empero, es claro, de acuerdo al documento de fojas 258, que era efectivamente el Suboficial de Guardia ese día. Ahora bien, no fue quien detuvo a los señores Alcapia, Valle y Ortiz -la detención de los dos primeros fue efectuada por los Cabos Juan Aros Ojeda y Luis Solís Lillo-, ni tampoco estuvo a cargo de su custodia -el cuartelero era el carabiniere Hugo Pizarro Wittemberg, quien falleció el 4 de agosto de 2017-, de suerte que cabe preguntarse cuál ha sido la participación probada en la detención y homicidio de los señores Alcapia y Valle y en la detención y desaparición del señor Ortiz. Desde luego, el aludido documento de fojas 258 no da cuenta que González Morán haya participado ni en la detención ni en la custodia o encierro de estas tres personas; sí da cuenta de un hecho claramente falso, a saber, que los señores Ortiz y Valle habrían sido dejados en libertad a las 17:15 horas de ese día 21 de octubre de 1973, en circunstancias que del primero no se tienen noticias y el segundo fue asesinado.

DECIMOSÉPTIMO: Que ciertamente, el dato falso que antes se ha señalado en el Libro de Guardia, estando el mismo a cargo del Cabo González Morán, permite sostener que éste ha desplegado una conducta propia del N° 3° del artículo 15 del Código Penal, pero sólo en lo que dice relación con el homicidio de Juan Valle Cortés y con la desaparición de Juan Ortiz Moraga, por cuanto concertado con otros, en su oportunidad, para la detención y posterior muerte de las dos víctimas que se han indicado -aunque una de ellas está desaparecida-, facilitó en parte los medios para llevar a cabo tales ilícitos, al estampar en el Libro de Guardia una circunstancia falsa, a saber, la de haber liberado a Valle y a Ortiz a las 17:15 horas, lo que no fue así, según se ha visto.



DECIMOCTAVO: Que, empero, ningún antecedente hay en el proceso, de ninguna naturaleza, que permita sostener que González Morán haya tenido alguna participación como autor, cómplice o encubiertos en la detención, encierro o muerte de Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego, pues el documento de fojas 258 nada dice sobre el particular, es decir, si lo que permite tener como autor a González Morán es el haber sido el Suboficial de Guardia el 21 de octubre de 1973 y haber estampado una falsedad en el Libro de Guardia, como lo es la supuesta libertad dada a las 17:15 a los señores Ortiz y Valle, ninguna responsabilidad puede probarse a su respecto en lo que toca al señor Alcapia Cienfuego, que no aparece en el parte de detención.

DECIMONOVENO: Que Luis Humberto Solís Lillo fue uno de los dos Cabos que el 21 de octubre de 1973 detuvo a los señores Ortiz y a Valle por “sospecha”, de acuerdo a la normativa de la época. Así consta del documento tantas veces aludido de fojas 258. Es cierto que la detención por “sospecha” era habitual y lícita en aquel entonces, pero ciertamente Solís Lillo detiene sin razón alguna que permita avalar tales “sospechas” a cuatro personas, una de ellas asesinada ese mismo día y la otra hecha desaparecer hasta el día de hoy, con lo que parece a esta Corte que hay suficiente evidencia para entender que ha tomado parte en la ejecución de estos hechos de manera inmediata y directa.

VIGÉSIMO: Que no hay prueba, sin embargo, que permita sostener que Solís Lillo ha tenido alguna participación en el homicidio del señor Alcapia Cienfuego pues ninguna evidencia hay en autos, de ninguna naturaleza, que permita sostener que haya sido él quien lo detuvo, o quien lo encerró en una celda de la Subcomisaría de Recoleta -Pizarro Wittemberg, hoy fallecido, era el cuartelero- o quien le disparó en la cabeza asesinándolo y, por ende, no procede sino su absolución por este hecho.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que favorece a los sentenciados Solís Lillo y González Morán la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, norma que señala que “*Si el responsable se presentare*



o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Esta institución es una mera circunstancia atenuante, de modo que no puede equipararse, en su esencia, con la prescripción de la acción penal, que extingue la responsabilidad penal. De allí que todo lo que pueda argüirse para la no declaración de la prescripción en virtud de la naturaleza de los delitos de autos no es aplicable a una minorante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo. No debe confundirse, entonces, la prescripción como medio de extinción de la responsabilidad penal con el pasar del tiempo como circunstancia atenuante pues, como se ha dicho en otras ocasiones, **el transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho** y ciertamente tampoco al derecho penal, incluso en ilícitos de esta naturaleza, pues jamás será lo mismo juzgar un hecho ocurrido en el presente a unos sucedidos hace más de cuarenta y cinco años, como los de la especie.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que lo que las normas internacionales proscriben en esta clase de ilícitos es la prescripción, pero ningún tratado internacional ha vedado la atenuación de la pena por el transcurso del tiempo, lo que por lo demás parece de toda lógica y, precisamente, ajustado al Derecho Internacional Humanitario, si se tiene en cuenta que los delitos en cuestión se cometieron, como se dijo, hace más de 45 años y que Solís Lillo cuenta a la fecha con 81 años de edad y González Morán con 75.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en estas circunstancias, procede concluir lo siguiente:

1.- José Alejandro González Inostroza debe ser absuelto de la acusación formulada en su contra.



2.- Alan Hernán González Morán y Luis Humberto Solís Lillo deben ser absueltos de la acusación que se les formulara como autores del delito de homicidio calificado en la persona de Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego.

3.- Alan Hernán González Morán y Luis Humberto Solís Lillo son autores del delito de homicidio simple en perjuicio de Juan Carlos Valle Cortés y del secuestro calificado de Juan Ortiz Moraga.

4.- Procede condenar a estos dos encausados, González Morán y Solís Lillo, de acuerdo al artículo 74 del Código Penal, esto es, imponiéndole por cada delito la pena correspondiente, pues ello les es más favorable que la acumulación jurídica de que trata el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y, ciertamente, no resulta aplicable el artículo 75 del Código Penal, desde que no se trata de un hecho que constituya dos o más delitos o que uno haya sido el medio para cometer el otro.

5.- En este escenario, la pena para el homicidio simple, en 1973, iba de presidio mayor en su grado mínimo a medio y, por gozar ambos encausados de irreprochable conducta anterior y de favorecerles la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, ya transcrita, dicha sanción se la rebajará en dos grados desde el mínimo, quedando así en presidio menor en su grado medio, que puede recorrerse en toda su extensión.

6.- La pena contemplada en la legislación penal de 1973 para el secuestro calificado era de presidio mayor en cualquiera de sus grados, de manera que, al igual que en el caso, anterior, existiendo las atenuantes señaladas, se rebajará la pena en dos grados, quedando, igualmente, en presidio menor en su grado medio, que se puede recorrer en toda su extensión.

VIGÉSIMO CUARTO: Que se disiente, entonces, de la opinión de la opinión de la señora Fiscal Judicial, doña María Loreto Gutiérrez Alvear, manifestada en su dictamen de fojas 1.688, en cuanto estuvo por confirmar pura y simplemente el fallo de primer grado.



Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 510 y 533 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

1.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma deducidos en lo principal de las presentaciones de fojas 1.500 y 1.554 en contra de la sentencia de quince de abril de dos mil dieciséis, escrita de fojas 1.428 a 1.496, complementada por resolución de trece de julio de dos mil dieciséis, que se lee de fojas 1.629 a 1.634.

2.- Que **se revoca** la misma sentencia en cuanto condenó a José Alejandro González Inostroza y se decide que se lo absuelve de la acusación formulada en su contra.

3.- Que **se revoca** la sentencia aludida en aquellos extremos que condena a Alan Hernán González Morán y a Luis Humberto Solís Lillo como autores del delito de homicidio calificado de Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego, cometido el 21 de octubre de 1973 y se decide, en cambio, que se los **absuelve**, de la acusación que se les formulara por este ilícito.

4.- **Se confirma**, en lo demás, la misma sentencia con declaración que Alan Hernán González Morán y Luis Humberto Solís Lillo quedan condenados a sufrir, cada uno de ellos, las siguientes penas:

a) dos años y seis meses de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autores del delito de homicidio simple en perjuicio de Juan Carlos Valle Cortés, cometido en Santiago el 21 de octubre de 1973; y

b) dos años y seis meses de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado de Juan Osvaldo Ortiz Moraga, cometido en Santiago el 21 de octubre de 1973.

5.- Reuniéndose los requisitos legales, se concede a los encausados Alan Hernán González Morán y Luis Humberto Solís Lillo la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, debiendo permanecer



ambos sujetos a la vigilancia y control de Gendarmería de Santiago por el lapso de cinco años y cumplir con las restantes exigencias del artículo 17 de la ley 18.216, en la medida que les fueren aplicables. Si se les revocare la aludida pena sustitutiva, deberán cumplir las respectivas penas inicialmente impuestas, las que se les contarán desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que han estado privados de libertad en esta causa, a saber, del 2 al 30 de junio de 2014, ambos inclusive, según consta de fojas 783 y 912, en el caso de González Morán; y del 2 de junio al 10 de julio de 2014, ambos inclusive, de acuerdo a lo que consta a fojas 796 y 951, tratándose de Solís Lillo.

6.- **Se aprueba** el sobreseimiento parcial y definitivo de veintidós de agosto de dos mil diecisiete, escrito a fojas 1.883, respecto de Hugo Osvaldo Pizarro Wittemberg, por haber fallecido el 4 de agosto de 2017.

Se previene que la Ministro señora Book no comparte lo razonado en los motivos séptimo a undécimo y en los números 3 y 5 del considerando vigésimo tercero y estuvo, entonces, por confirmar la sentencia en alzada con las declaraciones anotadas, pero por las razones que siguen:

A) Que se coincide con el razonamiento del tribunal *a quo* en orden a que se está en presencia de dos delitos de homicidios calificados por alevosía y premeditación. Empero, González Morán y Solís Lillo son autores de sólo uno de ellos, el cometido en perjuicio de Juan Carlos Valle Cortés.

B) Que si bien procede aplicar la circunstancia del artículo 103 del Código Penal, entiende la Ministro que previene que se trata de una regulación especial de la pena -y no de una circunstancia atenuante- atendido el tiempo transcurrido y que tal regulación nada tiene que ver con la institución de la prescripción de la acción penal o de la pena; como se ha señalado por esta Corte en otras ocasiones, si razones de derecho penal humanitario hacen imprescriptibles estos delitos, las mismas razones deben llevar a reducir la pena si ha



transcurrido un lapso tan extraordinariamente largo como el de la especie, a saber, 45 años, 2 meses y 25 días.

C) Que, además, a ambos encausados se les debe reconocer la atenuante que los beneficia, la del N° 6° del artículo 11 del Código Penal, como “muy calificada” para los efectos del artículo 68 bis del Código Penal, pues han mantenido hasta hoy una conducta exenta de reproche penal, teniendo González Morán, a esta fecha, 75 años, 10 meses y 3 días y Solís Lillo 80 años, 11 meses y 17 días.

D) Que, en consecuencia, teniendo asignado el delito de homicidio calificado la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, la pena por este ilícito debe rebajarse –teniendo presente la atenuante del artículo 11 N° 6° del Código Penal como “muy calificada” y la prescripción gradual de la acción penal- en tres grados, quedando así en presidio menor en su grado medio.

E) Que, del mismo modo, estando penado el secuestro calificado, a la sazón, con presidio mayor en cualquiera de sus grados, la rebaja lo es en dos grados, resultando asimismo presidio menor en su grado medio.

Acordado, en aquella parte que se confirma el aspecto civil de la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocar en ese extremo el fallo impugnado y rechazar la demanda del primer otrosí del escrito de fojas 1.094. Tuvo presente para ello:

1º) Que la acción ejercida por la parte demandante es de índole patrimonial, desde que se demanda una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios. Esta obligación del Estado provendría de un acto ilícito cometido por sus agentes, esto es, se trata de un caso de culpa aquiliana o responsabilidad extracontractual. Y por no haber un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resulta aplicable para el demandado de autos lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal.

2º) Que, en efecto, en fallo de 27 de junio de 2006, dictado por la Corte Suprema de Justicia en causa rol 508-06, se señaló que no por



ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, *“dado que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a esas normativas y puede operar en todas las disciplinas que corresponden al derecho Público...”*, doctrina que el disidente hace suya. Por lo demás, no existe disposición alguna -ni interna ni internacional que obligue a la República- que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado y, antes al contrario, existe una norma expresa en sentido contrario, como lo es el artículo 2497 del Código Civil, al señalar que *“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”*.

3º) Que incluso el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, en sentencia de 21 de enero de 2013, en autos rol 10.665-2011 sentó la doctrina anterior y agregó que ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana de Derechos Humanos estaban vigentes al momento de suceder los hechos de esta causa pero, sea como fuere, ninguno de estos instrumentos o uno distinto ha dispuesto la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. Luego, parece obvio que al no haber norma interna ni establecida en tratados internacionales ratificados por Chile que determine la imprescriptibilidad de estas acciones, rige con todo su vigor el citado artículo 2497 del Código Civil.

4º) Que el citado artículo 2332 del Código Civil establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, plazo que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto” utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados. En el caso



sub judice, el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es único, y consiste en la detención del señor Juan Osvaldo Ortiz Moraga de la que se derivó su desaparición, situación esta última que se mantiene hasta el día de hoy. Y sobre el particular la Corte Suprema ha dicho en fallo de 27 de diciembre de 2006, causa rol de ese alto tribunal N° 5914-05, que *“la desaparición del ofendido es una consecuencia de su detención, como lo es el dolor que provoca a los deudos el homicidio de un ser querido o, una cicatriz en el caso de un herido, pero, aunque tales efectos o consecuencias permanezcan en el tiempo, el plazo de prescripción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona. Todo delito, o la mayoría de ellos, provoca efectos perjudiciales que permanecen en el tiempo, pero no por eso el acto que da origen a la indemnización deja de ser único. La aceptación de la tesis de los actores significaría consagrar, al menos indirectamente, la imprescriptibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico”*, doctrina que el disidente también hace suya.

5°) Que el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios, como se dijo, consiste en la detención y posterior desaparición del señor Juan Osvaldo Ortiz Moraga, cometido por agentes del Estado el 21 de octubre de 1973, por lo que a la fecha de la notificación de la demanda, el 23 de enero de 2015, el plazo que establece el artículo 2332 del Código Civil había transcurrido en exceso.

6°) Que aun cuando el plazo se cuente desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido el plazo de prescripción de cuatro años referido.

7°) Que, en consecuencia, la acción deducida está extinguida por la prescripción y procede así declararlo.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y devuélvase.

N° 608-2016.



Pronunciada por la Segunda Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por la Abogado Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Jenny Book R. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho, 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 12 de agosto de 2018, 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>.