Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 67.340-2010 por sentencia de veintidós de enero de dos mil dieciséis, que rola a fojas 3193 y ss., el Ministro en Visita Extraordinaria, Sr. Jaime Arancibia Pinto, resolvió lo siguiente:

a) Que no se hace lugar a los excepciones de previo y especial pronunciamiento deducidas por la defensa del acusado Orozco Sepúlveda, relativas a la prescripción de la acción penal, media prescripción y amnistía, y la deducida por la defensa del acusado Navarro Quintana relativa a la prescripción.

b) Que se condena a Héctor Manuel Rubén Orozco Sepúlveda, Sergio Francisco Jara Arancibia, Pedro Luis Lovera Betancourt, Raúl Orlando Pascual Navarro Quintana y Milton René Núñez Hidalgo, a las penas de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo, los tres primeros, esto es, Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia y Lovera Betancourt, y a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, los dos últimos, esto es, Navarro Quintana y Núñez Hidalgo, además de las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas de la causa, en calidad de autores los tres primeros, y en calidad de cómplices los dos últimos, del delito de homicidio calificado en las personas de Absolón del Carmen Wegner Millar y Rigoberto del Carmen Achú Liendo, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias 1a y 5a del Código Penal, hecho ocurrido en la ciudad de San Felipe el 13 de Diciembre de 1973.

c) Que se hace lugar, con costas, a la demanda civil interpuesta por los demandantes y se condena a los sentenciados ya mencionados y al Fisco de Chile a pagar por concepto de indemnización por daño moral, las sumas de ciento veinte millones de pesos a Juanita Contesse González, noventa millones de pesos tanto a Mónica como a Patricia Wegner Millar y cuarenta millones a Carlos Segundo Aedo Liendo.

Impugnada esa decisión mediante casaciones en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por sentencia de cinco de enero de dos mil diecisiete, que se lee a fojas 3839 y ss., desestimó las nulidades impetradas y confirmó el fallo, con las siguientes declaraciones: Que se rebaja a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio la pena privativa de libertad que se impone a los encausados Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia y Lovera Betancourt y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo la pena privativa de libertad que se impone a los encausados Navarro Quintana y Núñez Hidalgo, los tres primeros como autores y los dos últimos como cómplices, del delito de homicidio calificado en las personas de Absolón Wegner Millar y Rigoberto Achú Liendo, cometido el día 13 de diciembre de 1973, en San Felipe.

Contra esa sentencia los representantes de los sentenciados Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia, Lovera Betancourt y Núñez Hidalgo, así como los representantes de los querellantes, la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos y el Consejo de Defensa del Estado por el Fisco de Chile demandado en autos, dedujeron cada uno de ellos recurso de casación en el fondo y, además, la defensa de los encartados Navarro Quintana, Lovera Betancourt y Jara Arancibia interpusieron recurso de casación en la forma, todo los cuales se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 4101.

Y considerando:

Primero: Que el representante de **Raúl Navarro Quintana** interpuso recurso de **casación en la forma** invocando la causal 9a del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación al ordinal 4° del artículo 500 del mismo código.

Expresa el recurso que hay antecedentes para desvirtuar los dichos de la

única persona que ubica a Navarro Quintana en el sitio del suceso, en forma anterior o coetánea al desenlace. Añade que se han omitido testimonios y antecedentes y se han cercenado otros, que dan cuenta que el encartado, estando a kilómetros de distancia en el momento de la muerte, recibe y cumple la orden de ir a constatar el fallecimiento de dos personas.

Así, esgrime que el testigo Olivares prestó declaraciones contradictorias y, él mismo tiene responsabilidad de autor en estos hechos. Por otra parte indica que el fallo omite que el testigo doctor Patricio Cornejo señala que Orozco Sepúlveda le pide a éste que vaya a constatar la muerte de dos personas y ante la imposibilidad de concurrir, lo hace Navarro Quintana. También cuestiona el fraccionamiento de la declaración del testigo González Rocco en el fallo, porque éste señala que ve a Navarro Quintana en el lugar de los hechos, pero lo hace después de ocurridos éstos. Asimismo protesta porque se omite la declaración de Patricia Medina Bustos, ex mujer de Navarro Quintana. En el mismo orden, critica el recurso que se omite el testimonio de los coacusados Orozco, Jara y Lovera, en cuanto el primero declara haberle dado la orden para constatar la muerte y los dos últimos expresan que Navarro no integraba la patrulla y que no se encontraron con éste y no lo vieron en el sitio del suceso.

En otro orden, aduce que se tomó en cuenta en forma incompleta antecedentes relativos a otro juicio Rol N° 2182-98, en el que Navarro fue absuelto, extendiéndose en su ponderación en forma indebida y parcial. Agrega que toda vez que la sentencia fue absolutoria al acogerse la excepción de previo y especial pronunciamiento de prescripción, no se agotó la discusión de fondo.

Finalmente afirma el recurso que la sentencia no expresa los actos en los que habría incurrido Navarro Quintana.

Al concluir pide que se invalide la sentencia impugnada y que en la de reemplazo se declare que el acusado Navarro Quintana sólo concurrió a constatar

la muerte de los ofendidos por orden de un superior.

Segundo: Que la defensa de **Pedro Lovera Betancourt** interpuso **recursos de casación en la forma y en el fondo.**

El **recurso de casación en la forma** se funda en la causal 9a del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación al N° 4 del artículo 500 del mismo texto, al no considerar el fallo el contexto en el cual el acusado cumplió una orden de acompañar a dejar dos detenidos a la cárcel, mandato que de no cumplir, ponía en riesgo a su vida. Además el fallo rechaza esta alegación aludiendo a argumentos referidos a Jara y Núñez que invocan el artículo 211 del Código de Justicia Militar, que no tiene relación con la situación propuesta por su defensa de que Lovera no podía oponerse a una orden legítima en su externalidad.

Por otro lado, el fallo no indica cuál fue la conducta de Lovera Betancourt que cumple los requisitos de la figura de homicidio. No se presenta dolo ni culpa, pues el encartado no sabía que se iba a matar a los detenidos. Finalmente expresa que el fallo no sostiene en forma suficiente la razón por la que no da crédito a la versión del acusado, quien niega participación en la detención y en la determinación del destino de los detenidos.

En este arbitrio pide se invalide la sentencia y que en la de reemplazo se declare que Lovera Betancourt sólo cumplió la orden de acompañar al coimputado a dejar dos detenidos.

El **recurso de casación en el fondo** interpuesto por la misma parte se asila en la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo la infracción de los artículos 11 N° 6, 11 N° 9, 103 y 68, inciso 3°, del Código Penal, la primera norma, por no calificar la minorante de irreprochable conducta anterior. En cuanto al artículo 11 N° 9, se vulnera en parecer del recurso por rechazarse dicha atenuante al no reconocer los hechos el acusado, en circunstancias que Lovera Betancourt asume que integraba la patrulla que traslada

a las víctimas. Respecto artículo 103 del Código Penal, esgrime que la rebaja que establece esta disposición procede con independencia de la prescripción. Finalmente, en lo tocante al artículo 68, inciso 3°, su infracción deriva de que con las atenuantes antes señaladas y con la aplicación del artículo 103, procedía rebajar la pena impuesta al menos en dos grados.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados en este recurso influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se anule éste y que en el de reemplazo se condena al acusado a una pena no superior a la de presidio menor en su grado máximo.

Tercero: Que el apoderado de **Sergio Jara Arancibia** interpuso recursos de **casación en la forma y en el fondo.**

El **recurso de casación en la forma** se sustenta en las causales N°s. 2 y 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, la primera en relación a los artículos 451, 452 y 453, y la última engarzada al artículo 500 N° 4 del mismo texto.

En lo tocante a la primera causal, reclama que no se efectuaron todas las audiencia del probatorio del Plenario en la ciudad de San Felipe, pese a que la causa estaba radicada en el 1er Juzgado de dicha ciudad, sin que se le hubiere notificado por cédula de la resolución que rechazó parcialmente su solicitud para que ello ocurriera de esa forma, lo que le impidió asistir a todas las audiencias.

En cuanto a la segunda causal refiere que el fallo condena a Jara Arancibia en base a razonamientos que parte de hechos no acreditados en el proceso. Además no se efectúa un análisis de los antecedentes que cumpla los estándares del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, exponiendo a modo ejemplar algunas presunciones o indicios que estima parten de bases erradas.

Pide por este recurso que se invalide la sentencia y que se retrotraiga la causa a la etapa de prueba y se ordene que las diligencias del Plenario se realicen

en el juzgado de San Felipe o se dicte sentencia de reemplazo absolutoria.

En el **recurso de casación en el fondo** deducido por la misma parte se esgrimen las causales N°s. 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando respecto de la primera causal, la infracción de los artículos 1 y 2 del D.L. N° 2191, 103 y 11 N° 9 del Código Penal, 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

En lo referido al D.L. N° 2191, señala que se vulnera desde que procedía aplicar la amnistía en este caso, al igual que la prescripción gradual que trata el artículo 103 del Código Penal. En lo tocante a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, sostiene que debió atenuarse la pena desde que Jara Arancibia actuó en un acto de servicio y se le condena como agente del Estado, obedeciendo un mandato del Estado y la estructura militar. En lo concerniente al artículo 11 N° 9 del Código Penal, afirma el recurrente que sin la declaración y colaboración del acusado no se habría podido determinar su culpabilidad ni esclarecer los hechos.

En cuanto a la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sin invocar la infracción de alguna norma determinada, expresa que no hay antecedentes que permitan concluir que Orozco ordenó a Jara que había que matar a las víctimas de autos, ni de que haya ocupado su arma de servicio o se haya concertado para cometer los hechos imputados.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se invalide éste y que en el de reemplazo se apliquen correctamente las normas cuya infracción se denuncia, estableciendo la absolución o una pena inferior a 5 años.

Cuarto: Que la defensa de **Milton Núñez Hidalgo** dedujo recurso de **casación en el fondo** basado en la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 19 N° 7 letra f) y 19 N° 2 de la

Constitución Política de la República, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 456 bis, 457, 464, 481 N° 2, 320, 323 y 459 del Código de Procedimiento Penal, 16 y 391 N° 1 del Código Penal.

Expresa el recurso que la sentencia consigna que valora las presunciones en forma legal y conforme a las reglas de la lógica y razonabilidad, por lo que en el entender del recurrente, con ello se tienen por probados los hechos según el artículo 297 del Código Procesal Penal y no conforme al Código de Procedimiento Penal que rige esta materia.

Agrega que los testigos que considera el fallo se pronuncian o dicen relación con otros testimonios oídos o escuchados por los deponentes, sin individualizar su fuente y sin ser contestes, lo que contraviene el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, porque los testigos de oídas, en esas circunstancias, no pueden dar lugar a presunciones judiciales, amén de ser sus testimonios contradictorios.

Por otra parte señala que la declaración del acusado adolece de nulidad de derecho público, porque se la toma como testigo bajo juramento.

En relación al artículo 16 del Código Penal, esgrime el recurrente que el fallo no describe los hechos de cooperación o ejecución que se imputan al acusado Núñez Hidalgo.

Finalmente aduce que las presunciones derivadas de testimonios no cumplen los N°s. 1 a 5 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y protesta por la alusión a la sentencia Rol N° 2182-98 como sustento del fallo impugnado, desde que ello contraviene el artículo 500 N° 4 del mismo código, porque el contenido de aquel fallo excede al de esta causa.

Luego de exponer la manera en que las infracciones denunciadas influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, pide se invalide éste y que, en

su lugar, se dicte uno de reemplazo absolutorio en favor de Núñez Hidalgo.

Quinto: Que, a su turno, la defensa de **Héctor Orozco Saavedra** ha deducido **recurso de casación en el fondo** contra lo decidido en lo penal y en lo civil del fallo impugnado, invocando respecto del primer ámbito las causales 1a, 5a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, las que desarrolla conjuntamente, aduciendo la infracción de los artículos 15 N° 2, 93 N°s. 3 y 6, 94, 95, 96 y 103 del Código Penal, 42, inciso 2°, 418, inciso 1°, 456 bis, 485 a 488 del Código de Procedimiento Penal, 3, inciso 2°, del Código Civil, D.L. N° 2191 y Ley N° 20.357.

En cuanto al artículo 15 N° 2 del Código Penal, afirma su infracción toda vez que los hechos establecidos en la causa tratan de actuaciones posteriores a las muertes de las víctimas, lo que excluye la autoría, pudiendo darse sólo una hipótesis de encubrimiento.

Sobre los artículos 456 bis, 485 a 488 del Código de Procedimiento Penal, estas normas se vulneran al dar la sentencia valor de presunciones a simples dudas o conjeturas.

Respecto al artículo 3, inciso 2°, del Código Civil, 42, inciso 2°, y 418 del Código de Procedimiento Penal, esgrime que se desconoce el efecto relativo de las sentencias ya que la prueba de autoría contra Orozco Sepúlveda se funda en el contenido parcial de una sentencia de sobreseimiento definitivo, que constituye un equivalente jurisdiccional a una sentencia absolutoria.

En lo tocante a las demás disposiciones denunciadas, ello se sostiene en el haber negado el fallo dar lugar a la prescripción de la acción penal, amnistía y media prescripción.

En lo referido al recurso de casación en el fondo contra lo decidido en lo civil en el fallo, se acusa la infracción de los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123, 2314, 2514, 2492 y 2515 del Código Civil, porque la indemnización que ordena la

sentencia es incompatible con la ya pagada según la Ley N° 19.123. Asimismo, alega que Orozco Sepúlveda no ha cometido delito o cuasidelito, por lo que no debe ser condenado a pago alguno. Finalmente, a la fecha de la interposición de las demandas, las acciones ya estaban prescritas.

En este recurso pide anular la sentencia impugnada y en la de reemplazo resolver, en lo penal, que se absuelve a Orozco Sepúlveda o se lo condena como encubridor y, en lo civil, que se niega lugar a la demanda.

Sexto: Que también dedujo **recurso de casación en el fondo** el representante de **la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos,** invocando la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción a los artículos 12 N°s. 8 y 9, 68 y 69 del Código Penal.

Postula el recurrente que concurrían en la especie las agravantes contempladas en el artículo 12 N°s. 8 y 9 del Código Penal, toda vez que, en relación a la primera, si los acusados no hubiesen sido funcionarios públicos no habrían podido retirar a las víctimas de la cárcel y trasladarlas. Asimismo, el delito de homicidio calificado no requiere que el sujeto activo sea funcionario público, por lo que no se aplica el artículo 63 del Código Penal. En cuanto a la segunda agravante, refiere que la nocturnidad no es un elemento inherente a la comisión del homicidio calificado, sino que fue utilizado en este caso para asegurar la impunidad.

Pide se anule el fallo impugnado y que se dicte el de reemplazo conforme a derecho.

Séptimo: Que igualmente interpuso **recurso de casación en el fondo** el representante de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**,** invocando la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción a los artículos 12 N°s. 8 y 9, 68 y 69 del Código Penal.

Esgrime el recurrente que concurrían en la especie las agravantes contempladas en el artículo 12 N°s. 8 y 9 del Código Penal, toda vez que, en relación a la primera, los acusados en la ejecución del delito se prevalen o usan de su calidad de funcionarios públicos, siendo la pertenencia al Ejército la forma por la cual pueden cometer el hecho criminal. Agrega que no se aplica el artículo 63 del Código Penal, porque el homicidio calificado no requiere un sujeto activo con calidad determinada. En cuanto a la segunda agravante, refiere que la nocturnidad fue un elemento propicio en la planificación y ejecución del resultado típico en este caso.

Pide se anule el fallo impugnado y que se dicte el de reemplazo que sancione con presidio mayor en su grado máximo a los condenados como autores y con presidio mayor en su grado medio a los condenados como cómplices en estos autos.

Octavo: Que, finalmente, el Consejo de Defensa del Estado, por el **Fisco de Chile**, deduce **recurso de casación en el fondo** contra la parte civil del fallo, aduciendo la infracción de los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y 19 y 22 del Código Civil, por rechazar la excepción de pago opuesta en el juicio, los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 19, 22, inciso 1°, 1437, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil, por no aplicar las normas de derecho interno sobre prescripción extintiva y, por último, alega la falsa aplicación de las normas de derecho internacional sobre Derechos Humanos, porque éstas no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se invalide éste y que en el de reemplazo se rechacen las demandas interpuestas.

Noveno: Que los hechos que ha tenido por ciertos la sentencia impugnada, en el motivo 24° del fallo del a quo, son los siguientes: "*Que el día 13 de*

Diciembre de 1973, las víctimas de este proceso: Rigoberto del Carmen Achú Liendo y Absolón del Carmen Wegner Millar, quienes habían sido detenidos en los meses de Septiembre y Noviembre de ese año, respectivamente, por personal del Regimiento de Infantería N° 3 Yungay de San Felipe, por tratarse de dirigentes de los Partidos Socialista y Comunista y además tener a su cargo servicios públicos relevantes en esa ciudad, y ser puestos a disposición de la Fiscalía Militar de San Felipe, acusados de mantener armas escondidas y dentro del marco de supuestos ilícitos en contra de la Ley de Seguridad Interior del Estado y próximos a ser llevados a un Consejo de Guerra dispuesto para esos efectos, son sacados desde el lugar de su reclusión –Cárcel Pública de Felipe- entre las 22:00 a 23:00 horas de las noche, para ser llevados a la Fiscalía Militar de esa ciudad, que funcionaba en el Regimiento ya mencionado, ubicado más o menos a tres cuadras del recinto carcelario y en los momentos en que, después de un período de tiempo indeterminado, cuando eran devueltos a su lugar de reclusión, son acribillados por la patrulla que los transportaba, en un lugar cercano a la intersección de calles 5 de Abril con calle Molina de la ciudad de San Felipe, muriendo ambas víctimas en el acto, para luego, después de constituirse un contingente militar del Regimiento en ese lugar, Carabineros y Gendarmes, ser llevados al Hospital local, siendo lavados los rastros de sangre producidos, con la ayuda de Gendarmería de esta ciudad".

Tales hechos fueron calificados como delito de homicidio calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal, al concurrir las circunstancias calificantes de alevosía y premeditación, atribuyendo responsabilidad de autores a los acusados Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia y Lovera Betancourt, y de cómplices a los acusados Navarro Quintana y Núñez Hidalgo.

Décimo: Que, en un primer orden, cabe abocarse al estudio de los **recursos de casación en la forma** deducidos en este proceso, partiendo por aquellos en que

se invoca la **causal 9a del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal**, en relación al ordinal 4° del artículo 500 del mismo código, como es el caso de los arbitrios interpuestos por las defensas de los sentenciados **Navarro Quintana, Lovera Betancourt** y **Jara Arancibia**.

La causal 9a del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal consiste en no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, entre cuyos extremos el artículo 500 N° 4 del mismo código señala que el fallo debe contener "*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*".

De ese modo esta causal alude a la falta de consideraciones en virtud de los que se tienen por acreditados "hechos" que se imputan a los acusados, o por no demostrados los "hechos" que éstos alegan en su descargo. En razón de lo anterior, esta causal no sanciona con nulidad la omisión de los razonamientos jurídicos que se efectúan en base a los hechos establecidos al subsumir éstos en un tipo penal, o para calificar la autoría o participación de los acusados, defectos que, de existir, deben denunciarse mediante la causal en estudio pero en relación a los requisitos de la sentencia contemplados en el N° 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. Asimismo, mediante la causal en comento no se puede cuestionar la corrección o mérito de las consideraciones en virtud de las cuales el fallo tiene por probados o no probados los hechos antes aludidos, sino sólo la ausencia de esas consideraciones, pues de contenerlas el fallo, los yerros de tales razonamientos en el establecimiento o no establecimiento de los hechos debe impugnarse mediante la respectiva causal del ordinal 7° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como un error en la aplicación de la ley sustantiva.

Undécimo: Que, aclarado lo anterior, las alegaciones efectuadas en los

arbitrios interpuestos por las defensas de los sentenciados **Navarro Quintana, Lovera Betancourt** y **Jara Arancibia** no se ajustan a la causal en examen, como se demostrará a continuación.

Duodécimo: Que, en efecto, respecto del arbitrio de casación formal deducido por **Navarro Quintana,** se expresa primero de manera general, que hay antecedentes para desvirtuar los dichos de la única persona que ubica a Navarro Quintana en el sitio del suceso en forma anterior o coetánea al desenlace. Añade que se han omitido testimonios y antecedentes y se han cercenado otros, que dan cuenta que el encartado, estando a kilómetros de distancia en el momento de las muertes, recibe y cumple la orden de ir a constatar el fallecimiento de dos personas.

Así, esgrime que el testigo Olivares prestó declaraciones contradictorias y, él mismo tiene responsabilidad de autor en estos hechos. Respecto de esta alegación, en el considerando 68° de primer grado, el sentenciador se hace cargo de las distintas versiones de los hechos prestadas en el juicio y las contradicciones de las mismas, explicando las razones por las cuales tales defectos no le impidieron formar su convicción de la participación de Navarro Quintana en los hechos que se le atribuyen y la sentencia de segundo grado, por su lado, en el N° 11 del motivo 18°, analiza en particular el porqué estima creíble la versión del testigo Olivares al confrontar su versión con la de otros testigos. Más allá de que tales reflexiones puedan parecerle o no acertadas o convincentes al recurrente, aspectos no revisables por esta vía, la sentencia ha cumplido las exigencias formales de fundamentación que demanda la ley.

Por otra parte, indica el recurrente que el fallo omite que el testigo doctor Patricio Cornejo señala que Orozco Sepúlveda le pide que vaya a constatar la muerte de dos personas y ante la imposibilidad de concurrir, lo hace Navarro Quintana. Sobre esta protesta, cabe primero consignar que en su declaración prestada en la etapa de prueba de fs. 2769 a 2778, Orozco Sepúlveda señala que

no recuerda haber llamado al Dr. Patricio Cornejo y que lo lógico es que hubiere llamado su ayudante, pero más allá de eso, lo relevante para estos efectos es que el fallo en la letra j) del considerando 36° examina particularmente este aspecto -declaración de Dr. Cornejo-, reflexiones que si bien se desarrollan al analizar la participación de Orozco Sepúlveda, en el mismo considerando señalado se expresa que lo concluido de ese estudio se extiende al imputado Navarro.

También cuestiona el arbitrio el fraccionamiento de la declaración del testigo González Rocco en el fallo, porque éste señala que ve a Navarro Quintana en el lugar de los hechos, pero lo hace después de ocurridos éstos. Al respecto, como se lee en la letra j) del considerando 42°, mediante los dichos de ese testigo la sentencia no afirma que Navarro haya estado presente en el lugar de los hechos al momento de las muertes de las víctimas, sino se alude a este testimonio -en el que el deponente explica que llega después de que ocurrió la balacera- para evidenciar la inconsistencia de los dichos del acusado respecto de las demás personas presentes en el lugar cuando éste arriba al mismo.

Asimismo protesta porque se omite la declaración de Patricia Medina Bustos, ex mujer de Navarro Quintana. Si bien es efectivo que el fallo no menciona expresamente en su análisis de las probanzas a esta testigo o su declaración, en la que sólo ratifica la versión del encartado -de que recibió un llamado de Orozco para concurrir a San Felipe por un accidente sufrido por el Dr. Wegner-, de la cual toma conocimiento porque se la entrega éste por teléfono, de no haberse cometido tal omisión ello no necesariamente habría modificado la convicción alcanzada legalmente por los sentenciadores y, por ende, carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo -causa que conforme al artículo 768, inciso 3°, del Código de Procedimiento Civil, permite desestimar el recurso de casación formal-, desde que los magistrados de la instancia en el considerando 42° del fallo de primer grado y en el N° 11 del motivo 18° de segundo grado, exponen un

cúmulo de presunciones judiciales que igualmente les habrían permitido alcanzar tal determinación, quedando reservado a dichos sentenciadores aquilatar la gravedad y suficiencia de dichas presunciones ante la existencia de un testimonio que ratifica los dichos del acusado. Por otra parte, al exponer la sentencia latamente las razones por las cuales no da crédito a la versión alternativa de Navarro Quintana, no cabe sino entender que por las mismas razones se desestima la declaración de una testigo de oídas, y ex cónyuge del encartado, que nada más repite lo que aquél le expresó en su momento.

En el mismo orden, critica el recurso que se omite el testimonio de los coacusados Orozco, Jara y Lovera, en cuanto el primero declara haberle dado la orden a Navarro para constatar la muerte y los dos últimos expresan que Navarro no integraba la patrulla, que no se encontraron con éste y que no lo vieron en el sitio del suceso. En cuanto a esta alegación, el fallo de primer grado en la letra a) de su considerando 42° estudia en particular la supuesta llamada telefónica de Orozco a Navarro, explicando porqué estima su versión sospechosa y controvertida, esto es, en definitiva insuficiente para desestimar los demás elementos de convicción que se reunieron en su contra. Respecto de los dichos de Jara y Lovera, debe primero aclararse que el fallo expresamente descarta que Navarro haya integrado la patrulla (cons. 42 letra a) de la sentencia de primer grado), sino que le atribuye una labor de apoyo en la comisión del delito y, en segundo término, de haber reconocido los acusados Jara y Lovera el encuentro con Navarro previo a la balacera implicaría la admisión de su conocimiento de lo que luego ocurriría, en contradicción con sus versiones exculpatorias desestimadas por los sentenciadores, por lo que las razones por las que se desechan estas versiones de Jara y Lovera -en cuanto a que no se encuentran previamente con Navarro- deben precisamente buscarse en las consideraciones 38° y 40° del fallo de primer grado y en los N°s. 1 y 2 del motivo 18° del fallo de

segundo grado, en las que los magistrados exponen los fundamentos mediante los que sostienen tales conclusiones.

Asimismo, aduce el arbitrio que se tomó en cuenta en forma incompleta antecedentes relativos a otro juicio Rol N° 2182-98, en el que Navarro fue absuelto, extendiéndose en su ponderación en forma indebida y parcial. Agrega que toda vez que la sentencia fue absolutoria al acogerse la excepción de previo y especial pronunciamiento de prescripción, no se agotó la discusión de fondo. Sobre este cuestionamiento, el recurso no precisa qué elementos o antecedentes del citado proceso, que serían favorables a la versión exculpatoria de Navarro formulada en estos autos, habrían sido omitidos o no ponderados por los jueces, lo que impide siquiera el análisis de esta alegación. Por otra parte, si el reproche consiste en construir una presunción judicial en base al mérito de las probanzas reunidas en ese proceso así como en las conclusiones alcanzadas en el mismo por los sentenciadores, ello constituye una impugnación de fondo que dice relación con el cumplimiento de los requisitos legales para configurar una presunción judicial -como consideró el fallo de primer grado en el motivo 42° letra g) el involucramiento de Navarro en los hechos investigados en el mencionado proceso- y darle el valor de plena prueba -en concurso a otras presunciones-, asunto que por ende no puede ser conocido por esta vía de casación formal.

Finalmente afirma el recurso que la sentencia no expresa los actos en los que habría incurrido Navarro Quintana. Al contrario de lo postulado en el recurso, el fallo sí expresa los actos atribuidos a Navarro Quintana en el considerando 49° del fallo de primer grado y en el 21° del de segundo grado. Si tales hechos se estiman calificados erróneamente como constitutivos de participación de cómplice, tal calificación jurídica no puede ser corregida por esta vía.

Décimo tercero: Que en el caso del arbitrio de **casación en la forma** interpuesto por la defensa de **Lovera Betancourt**, se reprocha que el fallo no

considera diversos aspectos, todos los que parten de la base que el acusado Lovera Betancourt no efectuó disparos o que no sabía que se le iba a disparar a los detenidos en el trayecto a su supuesto destino, sino que sólo cumplió la orden de acompañarlos -orden que no podía dejar de cumplir-, pero ambas cuestiones son desestimadas por el fallo de primer grado en sus considerandos 40°, 41° y 64°, así como en los basamentos 18°, N°s. 1 y 2, y 19° de la sentencia de alzada, declarando expresamente en la letra b) del considerando 40° que, por los motivos que allí se explican, Lovera "*participó en esa balacera*", por lo que en ese contexto, resultaba irrelevante -y, por ende, sin influencia sustancial en lo dispositivo del fallo- que el fallo se centrara en analizar si Lovera pudo resistirse o negarse a cumplir la orden de integrar la patrulla que trasladó los detenidos, atendido el contexto en el cual se cometen estos hechos -golpe militar y edad del acusado a la sazón-, pues la atribución de responsabilidad que le efectúa la sentencia no descansa en su mera presencia en el lugar, sino derechamente en haber disparado a los detenidos, acción esta última -o el acuerdo para ello o el conocimiento de que ocurriría- que el acusado y el recurso niegan.

Finalmente, y como ya se adelantó, el fallo expresa que Lovera Betancourt sabía y participó en las muertes objeto de esta causa, señalando incluso expresamente en la letra b) del motivo 40° que realizó disparos, por lo que no es efectivo que el fallo no describa la conducta que cumpliría los requisitos de la figura del homicidio.

Décimo cuarto: Que en lo atingente al **recurso de casación en la forma** presentado por el representante de **Jara Arancibia**, basado en la causal 9a del artículo 541, se refiere que el fallo condena a este último en base a razonamientos que parten de hechos no acreditados en el proceso. Además no se efectúa un análisis de los antecedentes que cumpla los estándares del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, exponiendo a modo ejemplar algunas presunciones o

indicios que estima parten de bases erradas.

Al respecto, el fallo de primer grado expone en los considerandos 38° y 55°, y el de alzada en los razonamientos 18°, N°s. 1 y 2, y 19°, las consideraciones en virtud de las cuales establece la participación del encartado, las que constituyen principalmente prueba de presunciones, de manera que si lo cuestionado es que éstas parten de hechos no acreditados o no se cumplen los extremos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, tales alegaciones de carácter sustantivo no pueden ser revisadas mediante este arbitrio de carácter formal.

Décimo quinto: Que por las razones expuestas en los basamentos 10° a 14° precedentes, deben desestimarse los recursos de casación en la forma deducidos en este proceso fundados en la causal 9a del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal interpuestos por las defensas de los sentenciados Navarro Quintana, Lovera Betancourt y Jara Arancibia.

Décimo sexto: Que en cuanto a la causal N° 2 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, fundante también del arbitrio de **casación en la forma** interpuesto por la defensa de **Jara Arancibia**, éste deberá ser desestimado desde que esta parte no dio cumplimiento a lo prescrito en el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, pues no pidió la nulidad de las audiencias de prueba del Plenario llevadas a cabo fuera del 1er Juzgado de San Felipe dentro de 5° día como autoriza el artículo 71 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, actuación sin la cual, conforme al artículo 71 bis del mismo texto, la actuación a la que se atribuye un vicio procesal, queda subsanada, sin que sea óbice que la defensa de Jara Arancibia no haya sido notificada por cédula de la resolución que rechazó su petición para que todas las audiencias se celebraran en San Felipe, pues dicho letrado asistió a una de las audiencia realizadas fuera de esa jurisdicción (como se consigna a fs. 2749), por lo que no podía sino saber de la dictación y contenido de la providencia supuestamente no notificada, sin que, a mayor abundamiento, conste

en el acta respectiva que se opusiera a la realización de aquella audiencia.

Por las razones anteriores, esta causal del recurso de casación en la forma interpuesto por la defensa de Jara Arancibia igualmente será rechazado.

Décimo séptimo: Que siguiendo ahora con el estudio de los **recursos de casación en el fondo**, en el caso del acusado **Núñez Hidalgo,** en el arbitrio que deduce su apoderado fundado en la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, se plantea la infracción de los artículos 19 N° 7 letra f) y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 320, 323, 456 bis, 457, 459, 464 y 481 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, 16 y 391 N° 1 del Código Penal.

Expresa el recurso que la sentencia señala que valora las presunciones en forma legal y conforme a las reglas de la lógica y razonabilidad, con lo que entiende que se tienen por probados los hechos según el artículo 297 del Código Procesal Penal y no conforme al Código de Procedimiento Penal que rige esta materia, sin embargo, la mera alusión a "*la lógica y razonabilidad*" -y no al artículo 297 del Código Procesal Penal, cabe aclarar- no importa necesariamente que el fallo se haya apartado de las reglas que rigen la valoración de la prueba establecidas en el Código de Procedimiento Penal, pues ello supondría sostener que las reglas de valoración que contiene este último texto son siempre contrarias a la lógica y a la razonabilidad y, por ende, cuando se valora conforme a éstas, entonces no se lo hace conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal. De esa forma, para que esa mera alusión tenga influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, debió el recurrente intentar demostrar que la valoración conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal habrían llevado a una conclusión diversa en materia de hechos a la alcanzada en la sentencia, cuestión que no se logra en el recurso como se demostrará a continuación.

En efecto, indica el arbitrio que los testigos que considera el fallo se pronuncian o dicen relación con otros testimonios oídos o escuchados por los deponentes, sin individualizar su fuente y sin ser contestes, lo que contraviene el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, porque los testigos de oídas, en esas circunstancias, no pueden dar lugar a presunciones judiciales. Asimismo, los testigos son contradictorios.

Al respecto, el inciso 3° del artículo 464 citado, expresamente permite al tribunal considerar las declaraciones de testigos de oídas como presunciones judiciales, sea que sobre lo que depongan lo hayan oído del procesado o "*a otra persona*", sin contener esta disposición las exigencias que plantea el recurrente, las que deben ser sopesadas soberanamente por los jueces de la instancia para decidir si darán o no valor de presunciones a dichos atestados.

En cuanto a la alegación de que la declaración del acusado adolece de nulidad de derecho público, porque se la toma como testigo bajo juramento, cabe señalar que Núñez Hidalgo, en sus distintas declaraciones prestadas en ese proceso, siempre ha negado toda participación en los hechos, aduciendo haberse encontrado en su casa "tomando onces" al momento de los mismos, de manera que sus dichos no han servido ni para el establecimiento del hecho ni su participación en éste, de manera que tal yerro no tiene ninguna influencia en lo dispositivo del fallo.

En relación al artículo 16 del Código Penal, esgrime el recurrente que el fallo no describe los hechos de cooperación o ejecución que se imputan al acusado Núñez Hidalgo, alegación que se desvirtúa con lo expuesto en el motivo 49° del fallo de primer grado y en el 21° del de alzada, al establecer hechos que sí cumplen los requisitos para calificarse como participación a título de cómplice. A mayor abundamiento, cabe reparar que el recurso postula que Núñez Hidalgo no estuvo presente cuando se comete el hecho ni posteriormente, sino en su

domicilio, por lo que no arguye que su intervención o relación con los hechos no pueda calificarse como complicidad o que deba catalogarse como encubrimiento -caso en el cual debió invocarse la causal del N° 1 del artículo 546-, sino derechamente esgrime que no estuvo presente, cuestión que, como se ha dicho, fundadamente desacredita el fallo al establecer el hecho contrario.

Asimismo, se protesta por la utilización como medio de prueba de la sentencia Rol N° 2182-98, desde que ello contraviene el artículo 500 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, "*porque exceden los contenidos de aquella sentencia, a los contenidos a los hechos que se imputan en esta causa*", cuestionamiento que deberá ser desestimado, ya que una eventual infracción a los deberes de fundamentación que impone el aludido artículo 500 N° 4 -única materia que esta norma trata- no pueden ser enmendados por esta vía.

Décimo octavo: Que, finalmente, el recurso interpuesto por la defensa de Núñez Hidalgo aduce que las presunciones derivadas de los testimonios que cita el fallo no cumplen los N°s. 1 a 5 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

Teniendo presente que también en el recurso de Orozco Sepúlveda, se alega la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal como fundamento de la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y considerando además que dicha prueba, la de presunciones judiciales, es el principal medio probatorio que sustenta las conclusiones del fallo en estudio, no está de más demorarse en explicar algunos aspectos procesales relevantes de la norma en comento.

Décimo noveno: Que las presunciones judiciales, como sus semejantes las legales, parten de lo conocido a lo desconocido, pero esta circunstancia es especialmente importante en materia penal, ya que el juez, a diferencia del magistrado civil que dispone de una versión de los hechos establecidos por las

partes, actúa ante lo desconocido y a él le incumbe la búsqueda del autor del hecho o la determinación de la forma en que habría actuado en su perpetración. (Graciela Latorre Ceballos, “Las presunciones en el proceso penal”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1964, p. 145)

La prueba de presunciones, basada sobre la inferencia o el razonamiento tiene, como punto de partida –al decir de Gorphe, voz muy autorizada en derecho probatorio– los hechos o circunstancias que se suponen probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, que constituye la X del problema, ya sea una incógnita por determinar, ya un dato por completar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado. (“De la apreciación de las pruebas”, Edic. Europa-América, Buenos Aires, 1995, p. 250)

Si bien nuestro Código de Enjuiciamiento-Criminal identifica los términos presunción e indicio, la opinión dominante postula que se trata de conceptos diferentes, siendo la estimación del indicio como hecho base y la presunción como inferencia, la tesis más generalizada. El indicio no es ninguna categoría especial de inferencia, sino que equivale a la afirmación base de la cual parte precisamente aquella. (Muñoz Sabaté “Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso”, Edit. Praxis, Barcelona, 1983). En este mismo sentido, prevención del entonces Ministro de esta Corte, don Marcos Libedinsky Tschorne, contenida en sentencia de 30.5.1995, RDJ, t. XCII, 1995, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 70 y ss; SCS, 06.09.2016, Rol 24.045-15).

Ahora bien, el mentado artículo 488 de nuestro Código de Enjuiciamiento Criminal, consagra diversos extremos para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, en este caso, de la participación de los acusados en el delito objeto de la sentencia. De dichos extremos, esta Corte ha aclarado a través de reiterada jurisprudencia, que sólo constituyen normas

reguladoras de la prueba que pueden ser revisadas en sede de casación, la contenida en el ordinal 1°, esto es, que las presunciones judiciales se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales y, la del ordinal 2°, la exigencia de multiplicidad de las presunciones. Los demás requisitos, esto es, que las presunciones sean graves; precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y 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, no pueden considerarse reglas reguladoras de la prueba, ya que queda entregado a los jueces de la instancia afirmar o negar su cumplimiento como resultado de un ejercicio de ponderación y valoración del conjunto de las presunciones judiciales, función que es privativa de los jueces del grado y que no puede ser controlado por esta Corte (C. Suprema, 8 octubre 1948. G. 1948, 2° sem., p. 343; C. Suprema, 24 noviembre 1948. G. 1948, 2° sem., N° 67, p. 381; C. Suprema, 7 noviembre 1951. R., t. 48, sec. 4a, p. 266; C. Suprema, 22 junio 1954. R., t. 51, sec. 4a, p. 69; C. Suprema, 27 agosto 1954. R., t. 51, sec. 4a, p. 95; C. Suprema, 17 junio 1960. R., t. 57, sec. 4a, p. 109; C. Suprema, 20 junio 1960. R., t. 57, sec. 4a, p. 114; C. Suprema, 6 noviembre 1961. R., t. 58, sec. 4a, p. 283; C. Suprema, 10 noviembre 1961. R., t. 58, sec. 4a, p. 304; C. Suprema, 16 mayo 1984. F. del M. N° 306, p. 203; C. Suprema, 26 diciembre 1989. R., t. 86, sec. 4a, p. 126; C. Suprema, 30 marzo 1993. R., t. 90, sec. 4a, p.5; C. Suprema, 2 mayo 1995, F. del M. N° 438, p. 517; C. Suprema, 20 diciembre 1995, G. J. N° 185/95, p. 71; C. Suprema. 28 agosto 1996, F. del M. N° 453, p. 1765; C. Suprema, 12 noviembre 1996. F. del M. N° 456, p. 2495; y C. Suprema, 21 enero 1997. F. del M. N° 458, p. 2882).

Recientemente, este Tribunal ha expresado que “*las exigencias contenidas*

en los ordinales N° 2 a 5 del artículo 488 para constituir prueba completa, como las relativas a su gravedad, precisión y concordancia, tampoco puede conseguirse por esta vía [recurso de casación], *pues demanda juicios y valoraciones que escapan a un control acotado a errores de derecho propio de la casación de fondo"* (SCS Rol N° 32.259-15 de 23 de diciembre de 2015. En el mismo sentido Rol N° 8758-15 de 22 de septiembre de 2015) y, complementando lo anterior, ha declarado que el artículo 488 en estudio es norma reguladora de la prueba, "*sólo en cuanto establece una limitación a las facultades de los jueces del fondo para dar por probados los hechos litigiosos a través del uso de presunciones judiciales. Por ello, un correcto y competente examen respecto de esta infracción importa respetar la prohibición que tiene esta Corte de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, ya que de realizarlo se volvería a examinar y valorar los antecedentes probatorios que ya fueron apreciados, además de revisar las conclusiones a que aquellos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en asuntos de derecho"* (SCS Rol N° N° 33.997-16 de 13 de octubre de 2016).

Vigésimo: Que lo anterior debe ser engarzado con lo prescrito en el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, el que señala que "*Los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 459. Tales declaraciones pueden constituir presunciones judiciales. Igualmente las de testigos de oídas, sea que declaren haber oído al procesado, o a otra persona.*"

De ese modo, en el caso de los testigos cuya deposición no reúna los extremos del artículo 459 del Código de Enjuiciamiento Criminal para "*ser estimada por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho*" sobre el que declara, la existencia de este hecho podrá ser presumida,

constituyendo de ese modo una de las presunciones que trata el citado artículo 488 y, debe entenderse como probado -el hecho base de la presunción-, como demanda el N° 1 de esta última disposición, en virtud de la misma declaración del testigo, sin que quepa en este supuesto exigir que el hecho sobre el que depone y que luego se presume, debe estar acreditado mediante otros medios adicionales a la prueba testimonial para conformar una presunción judicial, pues tal entendimiento sencillamente restaría toda utilidad al artículo 464 del Código de Procedimiento Penal.

Vigésimo primero: Que, de igual modo, conviene aclarar que, si la declaración de algunos de los testigos que sirvieron para establecer los hechos que se utilizaron como base de las presunciones judiciales fijadas por la sentencia, son contrarias, contradichas o no concordantes con las de otros testigos, ése es justamente uno de los supuestos en que la ley permite expresamente en el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal -al no cumplirse los extremos del artículo 459 del mismo código para que tales testimonios puedan ser estimados por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido un hecho-, que una de esas declaraciones contradictorias o contrapuestas pueda constituir una presunción judicial, la que, a su vez, para llegar a constituir prueba completa de un hecho, deberá aunarse a otras presunciones, y cumplir todas ellas los demás requisitos, de ser graves, precisas, directas y concordantes. En definitiva, por lo explicado, mal podría conculcar una sentencia el referido artículo 488 al valerse de una declaración, supuestamente contradictoria con la de otro u otros testigos, si aquella declaración es idónea para constituir una presunción judicial, que junto a otras presunciones, satisfacen los extremos que demanda la norma en estudio. De otra forma, frente a dos testimonios de contenido opuesto o divergente, ninguno de ellos podría servir para construir una presunción judicial -no obstante que uno sea concordante con todo el resto de la prueba y el otro no-, conclusión contraria a

lo que, con claridad meridiana, se colige de lo dispuesto en los artículos 464 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, igualmente cabe despejar que si la declaración de ese mismo testigo -sea que se rinda en una sola oportunidad o en varias sesiones en distintas épocas y causas- que no cumple los extremos del artículo 459, tiene pasajes o afirmaciones que se contradicen, incluso de manera excluyente, tal cuestión cae bajo el examen de la "precisión" de la presunción construida en base a esa declaración, esto es, a la exigencia establecida en el N° 3 del artículo 488 de que las presunciones "*sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas*". Del mismo modo, si la declaración es vaga, dubitativa o confusa en la sindicación de una persona o en la descripción de un hecho, tal aspecto debe revisarse bajo el requisito contemplado en el N° 4 del citado artículo 488, esto es, que las presunciones "*sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca*". El cumplimiento de ambas condiciones -que las presunciones sean precisas y directas- en las declaraciones que la sentencia utiliza como presunciones para constituir la prueba completa de un hecho conforme al artículo 488, como ya ha sido dicho, no puede ser examinado ni revisado por esta Corte, al haber sido entregada esa determinación de manera privativa a los jueces de la instancia, motivo por el cual no pueden calificarse como reglas reguladoras de la prueba.

Vigésimo segundo: Que efectuadas las aclaraciones preliminares indispensables, cabe apuntar que todas las alegaciones que invoca el recurso de Núñez Hidalgo dicen relación más bien con la gravedad, precisión, concordancia y lo directo de las presunciones construidas con dichos testimonios y no con la existencia de pruebas que sirvan de sustento a las presunciones, las que vienen dadas precisamente por las declaraciones de testigos, las que al ser más de una, cumplen el extremo de la multiplicidad, únicos requisitos del citado artículo 488

que pueden ser revisados por esta Corte.

Vigésimo tercero: Que, por tanto, no habiendo incurrido el fallo en los errores denunciados con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, el recurso de casación en el fondo impetrado por la defensa de Núñez Hidalgo deberá ser desestimado.

Vigésimo cuarto: Que el recurso de **casación en el fondo** interpuesto por la defensa de **Lovera Betancourt** se asila en la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo la infracción de los artículos 11 N° 6, 11 N° 9, 103 y 68, inciso 3°, del Código Penal.

Respecto del artículo 11 N° 6 del Código Penal, no se ha denunciado la infracción del artículo 68 bis del Código Penal, sin la cual ni siquiera se puede estudiar la alegación que la funda, esto es, la falta de calificación de aquella minorante, sin perjuicio que determinar la procedencia de esa rebaja extraordinaria de la pena es un asunto que queda entregado a la apreciación de los jueces de la instancia conforme al mérito de toda la prueba rendida en el juicio y, por tanto, no puede ser revisada por esta Corte de Casación.

En cuanto al artículo 11 N° 9 del Código Penal, amén que la determinación si la colaboración es o no sustancial es un asunto queda entregada privativamente a la ponderación los jueces de las instancia, esta supuesta infracción no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ya que incluso de concurrir esta minorante, junto a la del N° 6 del mismo precepto reconocida en el fallo, conforme al artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, el juez no tiene el deber, sino sólo una facultad de rebajar la pena en uno o más grados, de manera que la pena impuesta está dentro de los márgenes previsto en el ordenamiento criminal incluso de prosperar lo alegado en el recurso.

Vigésimo quinto: Que en relación a la infracción que se denuncia del artículo 103 del Código Penal, por rechazar el fallo aplicar la media prescripción

que trata esa disposición, los fundamentos de esta decisión se encuentran en el motivos 80° de la sentencia de primer grado, el que se remite al basamento 20°, donde se sostiene que "*En el presente caso, por las mismas razones que se han argüido para rechazar la prescripción, ello también opera para la llamada media prescripción o prescripción gradual. En efecto, al no operar esta institución por tratarse en la especie de la investigación de crímenes de lesa humanidad, esto es, atentados sistemáticos y generalizados contra una parte de la población por razones políticas que no pudieron ser investigados en tiempo oportuno, implica, de la misma forma, que tampoco opera un mecanismo del derecho interno que es procedente en delitos de carácter común y/o cometidos en períodos de normalidad constitucional. De manera que se puede concluir entonces que si una institución no opera plenamente por las razones ya expuestas, tampoco ocurre con la llamada media prescripción, pues éstas última es una derivación lógica de la primera y un elemento accesorio que debe seguir, en este caso, la suerte de lo principal. Por lo demás, respecto de los plazos concretos que podrían operar en esta institución, cualquiera de ellos está condicionado a que no se reunían los requisitos para estar en presencia de esa forma de término de la persecución penal, incluso considerándolo a nivel de circunstancias atenuantes, en razón de que estrictamente sólo operaría en el caso de situaciones ordinarias, lo que no ocurre en la especie*."

Vigésimo sexto: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, que esta Corte comparte, cabe agregar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo declara expresamente, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como

elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie (SCS Rol N° N° 28.650-16 de 28 de septiembre de 2016).

Por otro lado, el artículo 103 en estudio, en lo que interesa al presente caso, señala que "*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*". En la especie, dado los delitos imputados al acusado, la norma que debería usar el Tribunal, de acoger la prescripción gradual, es la del artículo 68 del Código Penal, la que establece en su inciso 3° que si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante -como ordena considerar revestido el hecho el artículo 103-, el tribunal "*podrá*" imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Lo anterior demuestra que, aun de ser aplicable en la especie el mencionado artículo 103 -que no lo es-, la rebaja que dispone el artículo 68 del Código Penal por remisión de dicha disposición, es facultativa y no imperativa para los jueces del grado, quienes podrán o no aplicarla según sea el número y entidad de dichas circunstancias, cuestión que queda siempre a su ponderación privativa y exclusiva, mientras no se denuncie un error al haber denegado la rebaja en base a factores distintos a los que prevé la ley o al haberles dado un contenido equivocado -por su errónea interpretación-, cuestionamientos que en la especie no se han formulado y que conlleva, en definitiva, la falta de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo del

yerro esgrimido.

Vigésimo séptimo: Que en razón de todo lo expuesto se desestimará el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Lovera Betancourt.

Vigésimo octavo: Que en el recurso de **casación en el fondo** deducido por el apoderado de **Jara Arancibia** se esgrimen las causales N°s. 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando respecto de la primera causal, la infracción de los artículos 1 y 2 del D.L. N° 2191, 103 y 11 N° 9 del Código Penal, 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

En lo referido al D.L. N° 2191, señala que se vulnera desde que procedía aplicar la amnistía en este caso, al igual que la prescripción gradual que trata el artículo 103 del Código Penal. En lo tocante a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, sostiene que procede la atenuación de la pena desde que Jara Arancibia actuó en un acto de servicio y se le condena como agente del Estado, obedeciendo un mandato del Estado y la estructura militar. En lo concerniente al artículo 11 N° 9 del Código Penal, afirma el recurrente que sin la declaración y colaboración del acusado no se habría podido determinar su culpabilidad ni esclarecer los hechos.

En cuanto a la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sin invocar la infracción de alguna norma determinada, expresa que no hay antecedentes que permitan concluir que Orozco ordenó a Jara que había que matar a las víctimas de autos, ni de que haya ocupado su arma de servicio o se haya concertado para cometer los hechos imputados.

Vigésimo noveno: Que en relación a la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, cabe advertir que mediante ésta se denuncia la infracción de normas que conllevan la extinción de la responsabilidad penal -D.L. N° 2191- y su atenuación -las restantes mencionadas-, no obstante que la jurisprudencia de esta Corte ha dictaminado que el motivo de nulidad previsto en

el N° 1 del artículo 546 del Código Procesal Penal no permite al recurrente solicitar su absolución -lo pedido en este caso en el recurso-, pues sólo se relaciona con la entidad de la pena impuesta al procesado. La petición de que se le absuelva únicamente procedería si ha hecho valer otra causal. (SCS, 30.5.1978. R., t. 75, secc. 4ª, p. 364). Así, el examen de numerosos fallos permite concluir que esta causal de casación sólo opera en los casos en que el tribunal ha impuesto una pena más o menos grave al determinar, con error de derecho, el preciso grado de participación culpable del hechor en el ilícito acreditado. Así, se ha acogido el recurso por esta causal cuando se ha condenado al reo en calidad de cómplice en vez de autor y cuando se le ha sancionado como cómplice, siendo en realidad encubridor (SCS, 07.8.1951, R, t. 48, secc. 4ª, p. 164; 14.11.1957, R., t. 54, secc. 4ª, p. 499; 07.8.1964, R. t. 61. secc. 4ª, p. 254).

En consecuencia, se halla erróneamente invocado el motivo de nulidad en cuestión en relación a la aplicación del D.L. N° 2191, en cuanto por él se pretende la absolución del acusado por efecto de la amnistía, quedando, por ello, rechazado.

Todavía más, y engarzado a lo anterior, la amnistía, como se desprende del texto de los artículos 546 N° 5 y 434, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, sólo puede fundar la causal de casación en el fondo prescrita en la primera norma citada, a la que debió echar mano el recurrente, caso en el cual se demanda que de plantearse como defensa de fondo -como en la especie- previamente haya sido formulada como excepción de previo y especial pronunciamiento y precisamente para el caso en que ésta no haya sido acogida, extremo este último que no fue cumplido por el recurrente como se lee en el escrito de fs. 2385.

En lo concerniente a las demás normas que se acusan como infringidas, en particular al artículo 103 del Código Penal, cabe remitirse para desestimar su vulneración a lo dicho en los basamentos 25° y 26° ut supra.

En cuanto a la falta de aplicación de la minorante contemplada en los

artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, como se lee en el motivo 81° del fallo de primer grado, esta alegación fue desestimada "*por cuanto, de acuerdo al mérito del proceso, estos acusados* [Núñez Hidalgo y Jara Arancibia] *no han reconocido responsabilidad en los hechos que se le imputan, por lo que resulta altamente contradictorio que invoquen una atenuante que signifique un reconocimiento que no han efectuado",* razones que a juicio de esta Corte, no discutidas en sus supuestos de hecho en el recurso, son suficientes para desestimar la concurrencia de la mitigante en estudio.

En lo que toca al artículo 11 N° 9 del Código Penal, para desvirtuar el error alegado cabe remitirse a lo discurrido en el considerando 24° ut supra respecto de igual denuncia en el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Lovera Betancourt.

Trigésimo: Que en lo atingente a la causal 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dado que no se denuncia en su desarrollo la infracción de ninguna norma reguladora de la prueba, esta causal deberá ser desestimada sin más y, como consecuencia, igualmente deberá rechazarse el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Jara Arancibia.

Trigésimo primero: Que, a su turno, la defensa de **Héctor Orozco Saavedra** ha deducido **recurso de casación en el fondo** contra lo decidido en lo penal y civil del fallo impugnado, invocando respecto del primer ámbito las causales 1a, 5a y 7a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, las que desarrolla conjuntamente, aduciendo la infracción de los artículos 15 N° 2, 93 N°s. 3 y 6, 94, 95, 96 y 103 del Código Penal, 42, inciso 2°, 418, inciso 1°, 456 bis, 485 a 488 del Código de Procedimiento Penal, 3, inciso 2°, del Código Civil, D.L. N° 2191 y Ley N° 20.357.

En cuanto al artículo 15 N° 2 del Código Penal, afirma su infracción toda vez que los hechos establecidos en la causa tratan de actuaciones posteriores a

las muertes de las víctimas, lo que excluye la autoría, pudiendo darse sólo una hipótesis de encubrimiento.

Al contrario de lo indicado en el recurso, en el considerando 61° del fallo de primer grado se establece que "*aparece la confluencia de un conjunto de presunciones judiciales que permiten establecer que en los hechos que fueron investigados, este acusado* [Orozco Sepúlveda] *tuvo participación como autor inductor o autor mediato, en los términos establecidos en el artículo 15 N° 2 del Código Penal … Que, en todo caso, no se le achaca a este acusado haber formado parte de la patrulla, sino haber tramado y concretado a través de la acción directa de terceros, el hecho delictual de que se trata y que es precisamente lo que recoge el artículo mencionado.*" Agrega el basamento 20° de segundo grado que "*Ha quedado establecido así que fue quien ordenó directamente al personal militar que se encontraba bajo su subordinación la ejecución de los dos detenidos Achú y Wegner. Así la responsabilidad de Orozco emana de estas órdenes que dio, estando comprometida su responsabilidad en calidad de superior jerárquico, al haber formado parte de la parte superior de la cadena de mando, de manera que su intervención es la de autor del artículo 15 Nº 2 del Código Penal*".

La intervención que da por acreditada el fallo de parte del acusado Orozco Sepúlveda como quien dicta directamente la orden de ejecutar a las víctimas de autos se ajusta a la norma que se denuncia como infringida y, desde luego, excluye la posibilidad de calificar dicha intervención como mero encubrimiento.

Sobre los artículos 456 bis, 485 a 488 del Código de Procedimiento Penal, estas normas se vulneran, a juicio del recurso, al dar la sentencia valor de presunciones a simples dudas o conjeturas. En cuanto al artículo 456 bis, esta norma, como ha sido uniforme la jurisprudencia de esta Corte, no constituye una norma reguladora de la prueba, puesto que es sólo una disposición programática

que señala a los jueces el grado de convicción que deben lograr para dictar sentencia condenatoria, pero no señala el peso de la prueba o rechaza un medio probatorio que la ley permita o admite uno que repudia o modifica, negando o alterando el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos. En relación a las demás normas denunciadas, en el recurso no se cuestiona el cumplimiento de los extremos que son revisables por esta Corte, como ya se ha explicado, sino en verdad la gravedad, precisión y demás requisitos contemplados en el artículo 488 que caen fuera de la esfera del recurso de casación en el fondo.

En cuanto al artículo 3, inciso 2°, del Código Civil, 42, inciso 2°, y 418 del Código de Procedimiento Penal, esgrime que se desconoce el efecto relativo de las sentencias ya que la prueba de autoría contra Orozco Sepúlveda se funda en el contenido parcial de una sentencia de sobreseimiento definitivo, que constituye un equivalente jurisdiccional a una sentencia absolutoria. Sobre este punto, incluso de prescindirse de las alusiones que realiza la sentencia impugnada a las conclusiones que alcanza el fallo de primer grado dictado en la causa Rol N° 2182-98, seguida ante la Ministra de Fuero señora Adriana Sottovia Giménez, para establecer la participación de Orozco Sepúlveda en los hechos de esta causa, como pretende el recurso, cabe reparar que en éste no se cuestiona el que la prueba rendida en dicho proceso, en especial las declaraciones prestadas por Navarro Quintana y Núñez Hidalgo -claramente incriminatorias contra Orozco Sepúlveda-, no puedan ser consideradas en este fallo para formar la convicción de los jueces, consecuencia esperable de haber sido traído a la vista dicho expediente -decisión tampoco impugnada en su oportunidad-. De esa manera, incluso de eliminar como elementos de cargo del fallo impugnado -que la considera una presunción judicial- la alusión a las conclusiones que sobre la participación se alcanzó por los jueces de primer y segundo grado -al confirmarse en esa parte el fallo- en la causa Rol N° 2182-98, tal cuestión no tiene influencia

sustancial en lo dispositivo de la sentencia en estudio, pues es el contenido de las probanzas reunidas en ese juicio las que sirven en verdad -por sobre el análisis de éstas que hacen otros sentenciadores- de base a las presunciones judiciales que sustentan la decisión condenatoria discutida.

En lo tocante a las demás disposiciones denunciadas, ello se sostiene en el haber negado el fallo dar lugar a la prescripción de la acción penal, amnistía y media prescripción. Sobre la media prescripción, cabe remitirse para desestimar la infracción alegada a lo razonado en los motivos 25° y 26° ut supra.

Trigésimo segundo: Que en lo referido a la prescripción de la acción penal y la amnistía, el fallo no dió lugar a tales pretensiones por los motivos que expuso en sus considerandos 16° a 20° en la sentencia de primer grado y 23° y 24° en la de segunda instancia, razonamientos que son concordantes con la jurisprudencia uniforme de esta Corte (así, SCS Rol N° 14.283-2015 de 18 de mayo de 2016), dado que los sucesos de que trata esta investigación corresponde a crímenes contra la humanidad, al ocurrir en un contexto propio de tal categoría de ilícitos. En efecto, se encuentra establecido en el proceso la existencia de un conflicto armado, sin carácter internacional, situación que torna aplicable plenamente los Convenios de Ginebra y que impone la prohibición de precisas y determinadas conductas (en lo que interesa para este proceso, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios) respecto de las personas que no participen en las hostilidades.

En tales términos, el marco jurídico aplicable a la descripción de hecho contenida en el fallo y que ha quedado asentada, analizada bajo el prisma de los Principios Generales del Derecho Internacional sobre crímenes de lesa humanidad, da cuenta que en la especie se han contravenido no sólo los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que el

comportamiento desplegado ha supuesto una negación de la personalidad moral de la víctima, demostrándose así la íntima conexión entre el delito de orden común y el valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de los delitos de lesa humanidad es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, la conducta establecida da cuenta, como sucede en los delitos de lesa humanidad, de un ultraje a la dignidad humana y representa una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Trigésimo tercero: Que, tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales hoy es conteste en reconocer la existencia de cada vez mayores y más complejos escenarios en los que se cometen delitos contra la humanidad y que exceden a los conflictos armados o de guerras declaradas, precisamente, porque tales enfrentamientos ya no son lo que fueron al nacimiento de los conceptos de crimen de guerra y delitos de lesa humanidad, fraguados hacia la década de 1940, en plena segunda guerra mundial y usados en sentido no técnico desde antes, en 1915. Esta evolución, marcada por las innumerables formas que han ido adquiriendo los delitos que atentan contra el ser humano, ha llevado a diversos autores a precisar que los

delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz, como expresamente se ha reconocido en el artículo 1 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968; y, más tarde, en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda de 1994 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, así como en el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998.

A propósito del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, ya entonces se concedió autonomía al delito de lesa humanidad, desvinculándolo del contexto bélico. Para esa fecha había sido conceptualizado como “los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”. Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los antecedentes de esta causa, si se tiene en cuenta la forma de ocurrencia de las muertes de las víctimas y el encubrimiento de sus circunstancias.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa y tal como fueron presentados en el fallo que se revisa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

Trigésimo cuarto: Que en atención a lo expuesto, resulta inconcuso que las infracciones denunciadas por la defensa de Orozco Sepúlveda por no declarar la sentencia extinguida su responsabilidad por prescripción o amnistía carece de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación que han recibido los sucesos delictuosos, que este tribunal comparte, hacen improcedente la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del acusado, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, no han errado en la aplicación del derecho.

Trigésimo quinto: Que respecto de los **recursos de casación en el fondo** interpuestos por el representante de **la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos** y por el apoderado de la **Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,** invocando ambos la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción a los artículos 12 N°s. 8 y 9, 68 y 69 del Código Penal, al no dar por concurrentes las agravantes establecidas en las primeras dos disposiciones citadas, cabe primero exponer las razones por las que la sentencia entiende concurrente la calificante de alevosía y premeditación y, luego, los motivos por los que desechó las agravantes reclamadas por los

recursos.

Trigésimo sexto: Que en el fallo de primer grado, en el motivo 27°, en relación a la traición, como elemento de la alevosía se expresa "... *los antecedentes del proceso demuestran irredargüiblemente que las víctimas fueron sacadas por militares desde sus celdas en la cárcel local y además por personal que precisamente llevaba o tramitaba sus casos ante la Fiscalía Militar. En el caso de autos, la circunstancia de que las víctimas se encontraran en ese lugar de reclusión, importaba que Gendarmería de Chile debía cuidar de su integridad física y dejar constancia en todo caso de las novedades que pudieren apreciar de las condiciones físicas en que regresaban los detenidos después de los interrogatorios. En consecuencia, en el caso de autos, los militares que aparecen implicados en estos hechos, desde el momento en que sacan a dos detenidos del recinto en cuestión, los que no vuelven, por haber sido muertos por estos mismos militares, se ha faltado a la confianza que debió existir entre esas dos instituciones a través de las personas concretas e individuales que participaron en los hechos, configurándose de ese modo, a juicio del sentenciador, la traición que se viene haciendo referencia.*

A mayor abundamiento, también se configura la traición en relación con las propias víctimas, por cuanto los antecedentes del proceso demuestran que en ningún caso se configuró el intento de fuga de los detenidos, como asimismo la panne del vehículo en que se desplazaban. La versión oficial de estos, publicitada en los diarios de la época, no resiste el menor análisis al respecto, a la luz de los antecedentes que han servido para configurar el hecho punible. A las declaraciones de numerosos testigos que deponen sobre esta circunstancia y que no están vinculados para entender que sus declaraciones puedan ser mendaces, se suma lo concluido en su oportunidad por la Comisión Rettig en este punto, en el sentido de que las condiciones en que se encontraban los detenidos,

especialmente Achú Liendo, hacían imposible un intento de fuga, teniendo en cuenta además de que se encontraban esposados. Por otra parte, cuando se van a retirar a las víctimas de su lugar de reclusión, se indica que ello se hace para ser interrogados. No existe constancia alguna de ese hecho pues el proceso que debió seguirse en contra de las víctimas, no ha sido acompañado por el ejército, de manera que no es posible refrendar una versión que a todas luces pudo haber sido un mero pretexto para poder eliminar a dos personas opuestas al régimen militar imperante, cobrando entonces fuerza las presunciones que indican que fueron sacados del recinto carcelario con el objeto de ser asesinados, atendido la proximidad de un Consejo de Guerra en que no se tenían pruebas en contra de los inculpados. Entonces, si las víctimas fueron sacadas en esas condiciones, también se configura la traición para ocultar las aviesas intenciones de los hechores respecto de las víctimas de autos".

En cuanto al obrar sobre seguro, también como elemento de la alevosía, se señala en el motivo 28° que "*los hechores crearon las condiciones adecuadas para la consecución de sus fines, que no era otra cosa que eliminar a las víctimas Rigoberto Achú Liendo y Absolón Wegner Millar, por las razones ya mencionadas, a lo que cabe agregar que la acción fue realizada por contingentes fuertemente armados y la víctimas, como se ha dicho, se encontraban inermes, sin posibilidades de reacción ante el ataque de que fueron objeto, desamparadas e incapaces de defenderse. En ese sentido, estando esposadas y prácticamente indefensas, fueron atacadas por personas que tienen entrenamiento militar y sujetos a un mando y disciplina y en horas de la noche. Además, la multiplicidad de personas que participaron en los hechos y el posterior despliegue que se hace después de que ello ocurre, importan una actuación sobre segura y la creación de elementos que importan la posterior impunidad de las personas que participaron directamente en los hechos y de aquellos que encubrieron tal actuación. Además*

los autores y los que planificaron los hechos, se proporcionaron las mejores condiciones a fin de desarrollar la actividad planeada en forma exitosa. Lo anterior se refrenda por último en el hecho de que estos hechos, ocurridos en el año 1973, por diversas razones y motivos, entre las cuales pueden tener lugar precisamente estas calificantes, recién estén siendo sancionados en el año 2016.

Además, en relación con esta calificante, el lugar preciso en que las víctimas fueron abatidas, esto es, 5 de Abril, casi al llegar a calle Molina, esto es, por detrás de la cárcel de San Felipe, vía en ese tiempo sin pavimentar, con pocos testigos y claramente habiéndose tomado un camino ilógico o poco habitual entre el Regimiento y la Cárcel Pública y la hora en que estos hechos tienen lugar, son elementos objetivos que permiten establecer claramente el obrar sobre seguro. En efecto, en cuanto al lugar de los hechos, se trata de un sector propicio para aducir un intento de fuga, pues los otros lugares existentes en la época, eran más transitados o existían casas cercanas que potencialmente implicaban la existencia de un mayor número de testigos, y conforme a los antecedentes del proceso, el resultado producido obedeció, entre otras razones, al lugar escogido para dar muerte a las víctimas.

En cuanto a la hora en que los hechos ocurrieron, es un hecho de la causa que existen múltiples versiones respecto de ese punto, pudiendo establecerse que las horas van desde las 18:00 aproximadamente hasta las 02:00 horas. Que es cierto que lo anterior ha sido de difícil dilucidación, atendido lo contradictorio de los testimonios en este punto y básicamente porque han transcurrido más de 40 años desde esos hechos, lo cual impide efectivamente una precisión mayor. Sin embargo, al respecto pueden establecerse ciertos parámetros indicativos al respecto. En primer lugar, los acusados y sentenciados coinciden en que los hechos ocurren al atardecer, existiendo luz de día o luminosidad. Al contrario de estas versiones, todos los gendarmes que escucharon los disparos y los que se

acercaron al lugar preciso de las muertes, además de todos los detenidos que se encontraban en la cárcel pública en esa oportunidad y prácticamente los demás testigos que deponen en la causa y que estaban en las cercanía, como asimismo los detectives que llegaron cerca del lugar de los hechos, coinciden que fue en horas de la noche. Cabe indicar y reiterar que estos testigos no están vinculados entre ellos, por lo que a la luz de estos antecedentes, no es posible dudar de sus testimonios. De esa manera, existiendo antecedentes suficientes en ese sentido, es posible desestimar las versiones de los acusados a este respecto y concluir que los dos elementos mencionados, lugar de los hechos y la hora de ocurrencia de los mismos, configuran la calificante en referencia."

En lo concerniente a la premeditación, en el razonamiento 29° se expresa que "*conforme a los hechos establecidos y acreditados en el proceso, existió una reflexión previa de parte de los hechores, la que fue persistente en el tiempo, obedeciéndose a un plan estructurado y sistemático. Como ya se dijo, el acribillamiento de las víctimas no pudo ser una reacción inopinada ante un intento de fuga que no existió, y las consecuencias de los hechos y el posterior desarrollo de los mismos, son demostrativos de ese plan. Esta premeditación o reflexión previa se emparenta con los 'móviles bajos y abyectos' que pudieron tener los hechores, toda vez que un hecho de la causa lo constituía la militancia política de las víctimas, los cargos que ocupaban en el anterior gobierno de la Unidad Popular y la proximidad de un Consejo de Guerra, cuyos antecedentes no han podido ser ubicados. En consecuencia, un crimen como el que aquí se investiga, de acuerdo a las características ya señaladas, importó en los hechos una actuación de diversos partícipes, incluso algunos aún no identificados, que llevaron a cabo un plan consistente en la eliminación de las víctimas por los motivos:ya señalados la creación de una situación que pudo proporcionarles impunidad, cual era aducir que se trataba de un intento de fuga en el traslado de*

detenidos desde el Regimiento hacia la cárcel pública, todo lo cual configura claramente, a juicio de este sentenciador, la calificante en referencia."

El fallo de segundo grado, sobre esta materia en su razonamiento 22° señaló "*Que los sucesos fueron estimados como constitutivos de sendos delitos de homicidio, calificados por las circunstancias de alevosía y premeditación conocida, conclusión que se comparte en su integridad, dada la forma de comisión que da cuenta de un injusto peligroso del obrar, esto es, ataques sorpresivos a personas que se encuentran impedidas de repeler cualquier agresión, porque los autores de sus muertes actúan fuertemente armados y de manera intensiva, operando sobre seguro, con gente adecuadamente capacitada para realizar estas acciones, de forma disciplinada y sujetos a un mando militar. No cabe duda que los agentes militares crearon las circunstancias de desprotección, al actuar o con armas automáticas y sujetando a las víctimas a condiciones que le impedían defenderse, al encontrarse esposados, y al menos uno de ellos, encontrándose en condiciones físicas deplorables producto de los apremios físicos sufridos, siendo esa forma de ejecución subsumible en criterios de actuar sobre seguro y a traición, de manera que se concluye que concurre la circunstancia de alevosía.*

En cuanto a la premeditación conocida, ella es consecuencia de las mismas circunstancias, porque de ella deriva incuestionablemente que los agentes tenían, la intención de hacer uso de sus armas, la decisión de matar a las víctimas y, por lo mismo, actuaron bajo un plan de ejecución previa, debidamente estructurado y reflexivo, con propósito criminal".

Trigésimo séptimo: Que en el considerando 26° del fallo de segundo grado, se desestima la concurrencia de las agravantes de los N°s. 8 y 9 del artículo 12 del Código Penal, "*porque en ambos casos, consideran como sustrato fáctico uno muy similar al que forma parte de las calificantes de alevosía y premeditación, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 del Código*

Penal, que impide aplicar como agravante una circunstancia inherente en el delito que sin ella no se hubiera cometido. En efecto, al considerar la alevosía, el tribunal de primer grado la fundamentó en las circunstancias de hecho que se mencionada en los considerandos 27° y 28°, las que determinaron la indefensión de las víctimas, entre las cuales se menciona la nocturnidad al momento de cometerse el ilícito. En el mismo sentido, tampoco podría considerarse que los sujetos activos se aprovecharon de su carácter de funcionario público, para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables o para procurar la impunidad, toda vez que el fallo cuestionado aduce que se los encausado se prevalieron de su condición de militares, lo que les permitió retirar a las víctimas desde la cárcel, agrupados en una patrulla militar y utilizando armamento militar. Así, de considerarse tales agravantes, se haría una doble valoración de las circunstancias."

Sobre este debate, cabe recordar que el artículo 63 del Código Penal representa la principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, que es un corolario del principio non bis in idem, conforme al cual el tribunal no puede tomar en cuenta, para determinar la pena, circunstancias agravantes que ya están consideradas por el legislador al tipificar la conducta, o que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza. Todavía más, atendida su inmediata derivación a partir del *non bis in idem,* el artículo 63 es una verdadera regla general de interpretación en el sistema penal chileno y, por lo mismo, es habitual el uso de esta norma en la interpretación -e incluso en la integración analógica-, también fuera de los límites estrictos de la cuantificación penal, así por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido en general que un solo hecho no puede dar origen a dos o más circunstancias modificatorias diversas (Jean Pierre Matus y Alex Van Weezel, en Texto y Comentario del Código Penal Chileno. T. I. Ed. Jurídica de Chile, 1a ed., 2002, p. 350. Compartiendo el alcance más general que

puede desprenderse del mencionado artículo 63, se demuestra Jaime Couso, en Código Penal Comentado, Legal Publishing Chile, 1a ed., 2011, p. 572)

Así las cosas, aun cuando se considere que, como postulan los recurrentes, los acusados ejecutan el delito de noche y prevaliéndose del carácter público que les daba su calidad de integrantes o encontrarse al servicio del Ejército de Chile, lo cierto es que ambas circunstancias son consideradas por los sentenciadores para configurar la calificante de cometer el delito con alevosía con que se estima revestido este homicidio, así, en relación al actuar a traición, señala en el motivo 27° que precisamente en atención a la calidad de militares, los gendarmes que se encontraban a cargo de la custodia y cuidado de las víctimas de autos, permiten a miembros del Ejército retirar a éstos del recinto penitenciario para ser conducidos a la Fiscalía Militar. Asimismo, en lo concerniente al obrar sobre seguro, en el razonamiento 28° se indica que no es posible dudar de los testimonios rendidos en el proceso que señalan que el delito de estos antecedentes se comete "*en horas de la noche*" y este elemento -"*la hora de ocurrencia*" de los hechos-, junto al lugar en que se ejecutan, configuran la calificante en comento.

De esa manera, si bien es efectivo que el ejecutar el delito de noche como el haberse prevalido los autores del carácter público de su cargo o función en el Ejército de Chile, no constituyen circunstancias de tal manera inherentes al delito de homicidio calificado, que sin su concurrencia éste no puede cometerse, como reza el artículo 63 del Código Penal, una aplicación analógica de la prohibición de doble valoración recogida por ese precepto en favor de los encausados no puede pasar por alto que la nocturnidad así como su función como militares fueron elementos ya considerados por la sentencia para agravar su pena, al transitar la subsunción de los hechos de la figura del N° 2 al N° 1 del artículo 391 del Código Penal precisamente por la concurrencia de las calificantes que con dichas circunstancias se estimaron concurrentes, no resultando por ende aceptable,

pretender nuevamente aumentar esa pena volviendo a considerar tales aspectos ahora como agravantes autónomas.

Nada más obsérvese que si el presente caso se hubiese tratado de otro delito contra las personas distinto al homicidio, entonces sería patente que la nocturnidad y el prevalerse el hechor de su carácter público no podrían servir para tener por concurrente tanto la agravante de alevosía del N° 1 del artículo 12 del Código Penal como las de los N°s. 8 y 12 del mismo precepto, pues ello violaría el principio de non bis in idem toda vez que un mismo hecho no puede dar lugar a dos o más circunstancias modificatorias diversas (SCS 19.10.1992, en RDJ 1992:229). Pues bien, tal conclusión no puede verse alterada por el que en el presente caso, la alevosía, amén de una agravante, sea además una calificante del homicidio calificado, pues en ambos contextos la evitación de una doble valoración que lleve a agravar la pena dos veces por las mismas circunstancias viene impuesta por el referido principio non bis in idem.

Trigésimo octavo: Que por los fundamentos antes expuestos cabe desestimar los recursos de casación en el fondo interpuestos por el representante de la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos y por el apoderado de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Trigésimo noveno: Que la defensa de **Orozco Sepúlveda** igualmente dedujo **recurso de casación contra la parte civil del fallo**, acusando la infracción de los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123, 2314, 2514, 2492 y 2515 del Código Civil, porque la indemnización que ordena la sentencia es incompatible con la ya pagada según la Ley N° 19.123. Asimismo, alega que Orozco Sepúlveda no ha cometido delito o cuasidelito, por lo que no debe ser condenado a pago alguno. Finalmente, a la fecha de la interposición de las demandas, las acciones ya estaban prescritas.

Asimismo, contra la misma sección del fallo, el Consejo de Defensa del Estado, por el **Fisco de Chile**, deduce **recurso de casación en el fondo**, aduciendo la infracción de los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y 19 y 22 del Código Civil, por rechazar la excepción de pago opuesta en el juicio, los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 19, 22, inciso 1°, 1437, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil, por no aplicar las normas de derecho interno sobre prescripción extintiva y, por último, alega la falsa aplicación de las normas de derecho internacional sobre Derechos Humanos, porque éstas no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales.

Cuadragésimo: Que sobre la alegación de la defensa de Orozco Sepúlveda de que éste no ha cometido delito o cuasidelito, motivo por el que no debe ser condenado a pago alguno, ella resulta incompatible con el rechazo del recurso de casación en el fondo interpuesto contra la parte penal del fallo que, por ende, mantiene firme la decisión de condena en su contra.

Cuadragésimo primero: Que las excepciones de pago y de prescripción extintiva opuestas por las partes de los recurrentes, fueron desestimadas por los fundamentos que la sentencia de primer grado desarrolla en los motivos 97° y 98° y la de segunda instancia en las consideraciones 32° y 33°, fundamentos que no hacen sino recoger la jurisprudencia uniforme de esta Corte, en el sentido que la pretensión de la defensa de Orozco Sepúlveda y el Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por los actores en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, resulta inconciliable con la normativa internacional a que ha adscrito nuestro país y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, de suerte que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otras imposiciones legales de derecho patrio. La preceptiva invocada

por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, no implica la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley (SSCS Rol N° N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017 y Rol N° 82246-16 de 27 de abril de 2017).

Cuadragésimo segundo: Que en lo tocante a la excepción de prescripción opuesta contra la acción de indemnización de los actores, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que en el caso de delitos de lesa humanidad, siendo la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario (En este sentido, SSCS Rol N° 1.424-13 de 1 de abril de 2014, Rol N° 22.652-14 de 31 de marzo de 2015, Rol N° 20.288-14 de 13 de abril de 2015, Rol N° N° 62.211-16 de 23 de

enero de 2017 y Rol N° 82.246-16 de 27 de abril de 2017).

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diverso resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, desde que, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Cuadragésimo tercero: Que en la situación sub lite, dado el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- del eventual ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias derivadas de los delitos que se han tenido por acreditados.

Cuadragésimo cuarto: Que por lo demás, las acciones civiles entabladas por los familiares de las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los

cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

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

Esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

Cuadragésimo quinto: Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles formalizadas en autos, cuyo objeto radica en la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación

de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

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

Cuadragésimo séptimo: Que por lo que se ha venido razonando se desestimarán los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa de Orozco Sepúlveda y el Fisco contra lo decidido en lo civil por el fallo impugnado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma interpuestos en favor de los sentenciados Navarro Quintana, Lovera Betancourt y Jara Arancibia, así como los recursos de casación en el fondo interpuestos en representación de los sentenciados Orozco Sepúlveda, Jara Arancibia, Lovera Betancourt y Núñez Hidalgo, así como por los representantes de los querellantes, la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos y por el Consejo de Defensa del Estado por el

Fisco de Chile, este último únicamente contra la parte civil del fallo, contra la sentencia de cinco de enero de dos mil diecisiete dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso a fojas 3839 y ss., la que por consiguiente no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller, en relación a los recursos de casación en el fondo en que se alega la infracción del artículo 103 del Código Penal, aún cuando estima procedente dar aplicación a la circunstancia especial de atenuación prevista en el artículo 103 del Código Penal en el caso del delito de homicidio, por tratarse de un delito instantáneo, concurre al rechazo de los arbitrios únicamente en virtud de lo razonado en el párrafo 2° del considerando 26° de este fallo, teniendo además en cuenta las reprobables circunstancias de comisión del hecho y las maniobras ilícitas desplegadas para tratar de justificar el ataque armado a los detenidos.

El Ministro señor Brito previene que para rechazar el reconocimiento de la llamada "media prescripción", también tiene en consideración que la norma del artículo 103 del Código Penal que la establece dispuso que el tribunal deberá "*...considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante...*", esto es, en su entender, que ante el curso incompleto del plazo extintivo la situación sería tratada "como" si hubiesen dos morigerantes. Lo que el legislador hizo fue otorgar al tiempo el efecto de reducir el castigo, lo que regula mediante las reglas de determinación de penas que consideran la concurrencia de atenuantes, pero, ciertamente, ello no autoriza a sostener que se hayan establecido atenuantes, porque de la expresión "como" solo deriva que la situación se asimila, se resuelve del modo que se hace cuando hay dos minorantes, porque no se ha conferido al plazo incompleto la naturaleza jurídica de modificatoria sino, únicamente, el efecto de reducir la sanción sirviéndose de las modificatorias. De no ser así, entonces, habría que aceptar que la supuesta minorante no estaría justificada en el reconocimiento de alguna

acción o condición relevante de la persona penalmente responsable.

Acordada la decisión de desestimar los recursos de casación en el fondo de los sentenciados Lovera Betancourt y Jara Arancibia con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas quien estuvo por acogerlos y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta -en la menor medida posible, por las terribles características del caso-. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

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

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

principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3°) Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de las prevenciones y disidencia sus respectivos autores.

Rol N° 5989-17

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Brito y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con feriado legal.