

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes Rol de ingreso N° 24.887-14 de esta Corte Suprema, por sentencia de once de septiembre de dos mil trece, escrita a fs. 1346 y ss., dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria, don Carlos Aldana Fuentes, respecto de los delitos de homicidio calificado de Tránsito Cabrera Ortiz, Miguel Ángel Catalán Febrero y Héctor Lepe Moraga, ocurridos el 9 de octubre de 1973 en el sector de Quebrada Honda, comuna de Tomé, se resolvió lo siguiente:

a) se **absolvió** a **Eliecer Victoriano Caamaño** de la acusación que lo suponía autor.

b) se **condenó** a **Patricio Enrique Salamanca Marín**, como coautor, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, y a las costas de la causa en forma solidaria.

c) se **condenó** a **Bernardo del Rosario Daza Navarro** y **Juan Herald Maldonado Sanhueza**, como coautores, a cada uno, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a las costas de la causa en forma solidaria.

La referida sentencia fue apelada por los sentenciados condenados y por la parte querellante, recurso del que conoció una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, la que por fallo de doce de agosto de dos mil catorce, que se lee a fs. 1496 y ss., resolvió confirmar la sentencia apelada.

Contra esta última decisión interpusieron sendos recursos de casación en el fondo las defensas de los sentenciados Maldonado Sanhueza y Daza Navarro, los que se ordenó traer en relación por decreto de fs. 1521.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que el arbitrio de nulidad presentado por la asistencia letrada de Juan Maldonado Sanhueza se afinca en las causales primera y segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Con la referida causal primera se protesta por la no aplicación de los artículos 11 N° 9 y 103 del Código Penal.

En relación a la primera minorante mencionada, en opinión del impugnante, su concurrencia al caso sub lite se desprende objetivamente del mérito del proceso, toda vez que en virtud de la declaración judicial autoincriminatoria de Maldonado Sanhueza fue posible atribuirle participación en calidad de autor en la muerte de las tres víctimas, sin mediar un informe médico legal ni un peritaje balístico que permita acreditar científicamente que los disparos efectuados por Maldonado Sanhueza fueran la causa inmediata de las muertes.

En lo concerniente a la denunciada falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, afirma el recurrente que la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, que es motivo de atenuación de la pena, atendido que su naturaleza, fundamentos y efectos son diversos, según expone en el libelo. Apunta que en el caso de autos, entre la fecha de comisión del delito y desde que el procedimiento se dirigió en contra del encausado Maldonado Sanhueza, transcurrió más de la mitad del tiempo necesario para la aplicación de la modificatoria en comento.

Puntualiza el recurrente que, respecto de las dos infracciones acusadas, concurriendo las atenuantes erróneamente no aplicadas, más las ya reconocidas en el fallo, debió rebajarse la pena a presidio menor en su grado medio, y luego aumentarse en un grado por la reiteración de delitos, correspondiendo sancionar al acusado con la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, concediendo beneficios de la Ley N° 18.216.

En cuanto a la causal segunda del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, también invocada por el patrocinante del procesado Maldonado Sanhueza, se cuestiona su sanción como autor del delito de homicidio calificado por hechos que constituyen un delito de homicidio simple.

Refiere el recurrente que el sentenciador estimó configurada la circunstancia calificante de alevosía en el homicidio de estos antecedentes, no obstante que no está presente el elemento subjetivo de dicha calificante, esto es, que los condenados hayan aprovechado o buscado la creación de un estado de indefensión de las víctimas, puesto que de los hechos consagrados en la sentencia se desprende que sólo el oficial Teniente Carlos Blanlot buscó y se aprovechó de la creación de un estado de indefensión de las víctimas, único de los autores que conocía la misión de traslado de los prisioneros, el lugar al cual se dirigía la patrulla y el destino de los detenidos, además era el único al mando de la patrulla y que disponía de la autoridad de detener el camión, hacer bajar a las víctimas, y ordenar disparar a los soldados.

Al concluir, pide el recurrente se invalide la sentencia atacada y se proceda a dictar la de reemplazo, que recalifique el delito al tipo penal de homicidio simple, conceda las atenuantes ya señaladas, y condene al acusado Maldonado Sanhueza a las penas que en derecho correspondan, otorgando algún beneficio de la Ley N° 18.216.

Segundo: Que en el recurso de casación en el fondo interpuesto en representación del sentenciado Bernardo Daza Navarro, se invoca la causal séptima del artículo 546 del Código de Instrucción Penal, por la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba de los artículos 459 y 488 del Código de Procedimiento Penal, así como del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

El recurrente postula que la sentencia examinada da por acreditada la autoría de Daza Navarro como autor del delito de homicidio calificado vulnerando normas de valoración de la prueba, ya que con los antecedentes que obran en el proceso no pudo ni debió adquirirse la convicción de que él sea autor de dicho delito, como lo exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal. Para afianzar el aserto anterior, el compareciente repasa los antecedentes que los jueces ponderaron para adquirir convicción de la participación del acusado Daza Navarro en los hechos atribuidos, resaltando lo que estima son sus contradicciones, arguyendo además que las presunciones utilizadas por el juzgador no cumplen ninguno de los requisitos que enumera el artículo 488 del Código ya citado para constituir plena prueba. Añade que no basta con una referencia genérica al mencionado artículo 488, pues el Tribunal debe hacerse cargo de todos y cada uno de los extremos contemplados en esa disposición y, ante todo, debe al menos indicar en el fallo cuáles son las presunciones concretas, y explicarlas, lo que no ocurre en la especie.

Luego de exponer la influencia sustancial de los errores que motivaron el arbitrio en lo dispositivo de la sentencia, pide el recurrente se invalide ésta y se dicte la correspondiente de reemplazo que absuelva al encausado Daza Navarro de los cargos que se le imputan en estos autos, con costas.

Tercero: Que para el mejor análisis y decisión de los recursos deducidos, resulta útil tener en consideración que en las instancias de este proceso se ha dado por establecido el siguiente hecho: "*Que alrededor de las*

18:00 horas del 9 de octubre de 1973, una patrulla naval comandada por un Oficial e integrada por 4 a 6 cabos de Infantería de Marina del DIM Aldea de Talcahuano, llegaron en un camión de la Armada a la Cárcel de Tomé y sin orden legal competente, procedieron a sacar de dicho Centro de Reclusión a Tránsito del Carmen Cabrera Ortiz, Miguel Ángel Catalán Febrero y Héctor Manuel Lepe Moraga, quienes habían sido condenados días antes a penas de presidio de 45 años, 23 años y 10 años, respectivamente, en juicio sumarísimo por el Consejo de Guerra en causa A 1 del Juzgado Naval de Talcahuano y que ese día habían sido remitidos a dicha Cárcel para el cumplimiento de las penas, y los trasladaron por el camino de Tomé a Concepción con el fin de eliminarlos, para lo cual se detuvieron al costado derecho del camino, en el sector denominado "Quebrada Honda", procediendo a bajar a los prisioneros y obligarlos a correr hacia el cerro, ordenándole el Jefe de la Patrulla a correr hacia el cerro, disponiendo, de inmediato, que los custodios le dispararan por la espalda con sus metralletas HK, causándoles heridas que le produjeron la muerte. Luego el mismo jefe de la patrulla sacó una escopeta que portaba en la cabina del camión y disparó contra la carpa del mismo, para aparentar que habían sido atacados por extremistas, informando en ese sentido a la prensa de la época. Que los hechores actuaron a traición y sobre seguro en la ejecución de la muerte de sus víctimas, las que se encontraban desarmadas y a plena merced de sus custodios, en horario de toque de queda y en lugar despoblado."

Los jueces recurridos calificaron estos hechos como delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, en las personas de Tránsito del Carmen Cabrera Ortiz, Miguel Ángel Catalán Febrero y Héctor Manuel Lepe Moraga.

Cuarto: Que en cuanto al recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del sentenciado **Juan Maldonado Sanhueza**, como se dijo, éste se funda en las causales primera y segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este punto, cabe primero advertir que la causal primera invocada importa que la sentencia “califique el delito con arreglo a la ley”, mientras que la segunda supone “una calificación equivocada del delito”, motivo por el cual ambas causales de nulidad resultan inconciliables de la manera que han sido planteadas en el arbitrio en estudio, desde que el recurrente, con la primera causal parte concordando con la calificación jurídica del delito, nada más defendiendo la concurrencia de circunstancias minorantes y luego, con la segunda causal impetrada, finalmente termina cuestionando dicha calificación que antes aceptaba.

Todo ello revela que en el recurso se proponen cuestiones jurídicas incompatibles y, por consiguiente, que no plantea un asunto jurídico determinado, en la manera en que lo exige el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil como consecuencia del carácter estricto y extraordinario del recurso de casación, a cuyo conocimiento y resolución pueda abocarse concretamente esta Corte, razones suficientes para que sea desestimado.

Quinto: Que, sin perjuicio de que lo antes razonado ya justifica el rechazo del recurso interpuesto en favor del sentenciado Maldonado Sanhueza, no está demás evidenciar, sucintamente, que el fallo en estudio no adolece de los errores que allí se sostienen.

En efecto, en relación a la infracción del artículo 11 N° 9 del Código Penal, tal denuncia no puede ser estimada atendido que ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa

de los jueces de las instancias, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculcado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de investigación de los hechos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede casacional.

Aún más, incluso de concurrir tres minorantes y no dos, como establece la sentencia cuestionada, no es imperativo para los juzgadores rebajar en más de un grado la pena, pues de conformidad al artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, tal determinación es facultativa para el Tribunal, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Asimismo, atendida la atribución que el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal concede al sentenciador para aumentar la pena hasta en tres grados en los casos de reiteración de delitos, como el de estos antecedentes, la infracción alegada, incluso de ser efectiva - que no lo es-, no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Sexto: Que sobre la vulneración del artículo 103 del Código Penal, que consagra la institución conocida como media prescripción o prescripción gradual, su aplicación debe descartarse por influencia de las normas del Derecho Internacional, 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 de su reconocimiento, de manera que la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo transcurrido 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, no resultando procedente ninguno de tales institutos en ilícitos como el de la especie.

Sólo a mayor abundamiento, y como se explicó antes, en consideración a la facultad que el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal concede al sentenciador para aumentar la pena hasta en tres grados en los casos de reiteración de delitos, como el de estos antecedentes, la infracción representada, incluso de ser efectiva -que no lo es-, carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Séptimo: Que, en lo referente a la errónea calificación de los hechos fijados en el fallo que esgrime el recurrente con la causal segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, cabe reiterar que la sentencia de primer grado, en su basamento 2º, estableció que el día de los hechos, *“una patrulla naval comandada por un Oficial e integrada por 4 a 6 cabos de Infantería de Marina (...) llegaron en un camión de la Armada (...), procedieron a sacar de dicho Centro de Reclusión a Tránsito del Carmen Cabrera Ortiz, Miguel Ángel Catalán Febrero y Héctor Manuel Lepe Moraga, (...) y los trasladaron por el camino de Tomé a Concepción con el fin de eliminarlos (...), procediendo a bajar a los prisioneros y obligarlos a correr hacia el cerro. Precisa la sentencia que “los hechores actuaron a traición y sobre seguro en la ejecución de la muerte de sus víctimas, las que se encontraban desarmadas y a plena merced de sus custodios, en horario de toque de queda y en lugar despoblado”, y agrega en el motivo siguiente que “sujetos armados y preparados militarmente, con conocimiento de sus armas, dieron muerte a las personas antes indicadas, desarmadas y a su cargo, disparándoles por la espalda cuando fueron obligados a correr, sin posibilidad alguna de salvar sus vidas”.*

En conformidad a los acontecimientos así fijados, los sentenciadores estimaron que el homicidio de Tránsito Cabrera Ortiz, Miguel Catalán Febrero y Héctor Lepe Moraga, fue perpetrado con alevosía.

Pues bien, como se advierte del extracto antes reproducido, los jueces del grado atribuyeron el actuar alevoso a todos los sentenciados, imputando a todos ellos -y no sólo al jefe de la patrulla que da la orden de disparar, como arguye el impugnante- el crear y aprovecharse de la situación de indefensión en que se hallaban los detenidos para concretar su muerte, cuestión que aparece con meridiana claridad en el fallo, al sostenerse que *“los trasladaron por el camino de Tomé a Concepción con el fin de eliminarlos”*, realizando los disparos cuando los afectados *“fueron obligados a correr, sin posibilidad alguna de salvar sus vidas”*. De esa manera, los recurridos asientan que todos los condenados se procuran y prevalecen del estado de indefensión de las víctimas, consistente éste no sólo en el específico episodio en el cual se les hace correr desarmados siendo abatidos por la espalda, sino que comprende también, y principalmente, su retiro de la Cárcel de Tomé sin orden competente para ser trasladados *“con el fin de eliminarlos”*, es decir, el sacarlos de un centro de reclusión de Gendarmería y conducirlos a un sector apartado para materializar sus designios, conjunto de circunstancias que los sentenciadores, como ya se dijo, reprochan a todos los sentenciados, incluyendo a Maldonado Sanhueza, con lo cual, el elemento subjetivo que echa en falta el recurrente se encuentra claramente integrado en la descripción fáctica que efectúan los recurridos, lo que, consecuentemente, evidencia que esta parte del arbitrio en estudio se construye en contradicción a los hechos fijados en las instancias, pero sin que se haya alegado a su vez, que en tal establecimiento se haya vulnerado alguna ley reguladora de la prueba, lo cual impone a esta Corte respetar los hechos así determinados, los cuales satisfacen las exigencias de la calificante de alevosía estimada por la sentencia impugnada.

Octavo: Que en el recurso de casación en el fondo impetrado en representación del sentenciado **Bernardo Daza Navarro**, se invoca la causal

séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción de las leyes reguladoras de la prueba de los artículos 459 y 488 del Código de Procedimiento Penal, y artículo 15 N° 1 del Código Penal, discutiendo el recurrente la participación criminal del aludido acusado.

Respecto del alegado quebrantamiento del mencionado artículo 459, cabe precisar que este precepto no pudo haber sido infringido por los recurridos, pues éstos no se valen de dicha norma para establecer la participación del encartado Daza Navarro en los hechos sub judice, sino como expresamente se señala en el motivo 8° del fallo del a quo, su autoría se establece en base a *“un conjunto de presunciones judiciales”* que reúnen *“los requisitos indicados en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal”*, ello, en concordancia con lo prescrito en el artículo 464 del mismo cuerpo de leyes, el que permite a los jueces construir presunciones judiciales a partir de las declaraciones de testigos que no reúnan los requisitos del aludido artículo 459. Entonces, las normas que tasan el valor de la prueba testimonial no resultaron aplicadas por los jueces recurridos y, por tanto, no pudieron ser quebrantadas.

Noveno: Que en lo concerniente a la conculcación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, conviene señalar que las declaraciones de Patricio Salamanca Marín, Arturo Hernández Segura, Juan Maldonado Sanhueza, y Carlos Blanlot, prestadas ante el juez de la causa y en forma legal -aspectos no controvertidos-, para los sentenciadores del grado constituyen presunciones de participación del acusado Daza Navarro, según autoriza expresamente el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal y, de ese modo, cumpliéndose los requisitos objetivos de los ordinales 1° y 2° del artículo 488 -al basarse las presunciones en múltiples declaraciones prestadas efectivamente en el proceso-, únicos que cabe calificar como norma reguladora

de la prueba, no puede esta Corte reexaminar en esta sede de casación el cumplimiento de los demás extremos que prevé el citado artículo 488, cuya determinación queda entregada privativamente a los jueces de la instancia, como ha sido la doctrina constante y uniforme de este Tribunal.

Por otra parte, las protestas del recurrente vinculadas a la insuficiente motivación del fallo para dar por satisfechas las exigencias de la prueba de presunciones del artículo 488, constituyen un vicio o defecto de carácter adjetivo, que no puede conocerse ni enmendarse -de ser efectivo-, mediante el recurso de casación sustantivo interpuesto.

En virtud de todo lo anterior, no advirtiéndose por esta Corte los errores en la aplicación del derecho que se denuncian en el arbitrio deducido por la defensa de Daza Navarro, deberá éste ser desestimado.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que **SE RECHAZAN los recursos de casación en el fondo** presentados por las defensas de los condenados Juan Herald Maldonado Sanhueza y Bernardo del Rosario Daza Navarro, a fs. 1497 y 1507, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 12 de agosto de 2014, que se lee a fs. 1496 y ss., la que por tanto, no es nula.

Se **previene que el Ministro Sr. Künsemüller**, sin perjuicio de aceptar, en general, la prescripción gradual en los delitos instantáneos, aunque sean de lesa humanidad, porque no conduce a la impunidad, concurre en este caso al rechazo del arbitrio sustentado en la contravención al artículo 103 del Código Penal, teniendo como razón para ello que carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, como se evidencia a continuación:

a.- El inciso 3° del artículo 68, aplicable en la especie por la remisión que hace el artículo 103, ambos del Código Penal, contiene una mera potestad de los jueces que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal y, por ende, dentro de sus atribuciones privativas pueden o no utilizar dicho mecanismo, aplicando la punición sin rebaja alguna o disminuyéndola en alguno de los tramos que la ley autoriza (SCS de 28 de septiembre de 2005, Rol N° 1254-03; SCS de 26 de agosto de 2009, Rol N° 7228-08; SCS de 9 de julio de 2010, Rol N° 2576-09)

b.- La historia fidedigna de la ley corrobora la conclusión precedente, ya que, si bien en la sesión 19 de la Comisión Redactora se acordó mantener la expresión española “impondrán”, posteriormente -en la sesión 135- se acordó que las rebajas de pena son facultativas, carácter que les reconoce la opinión doctrinaria dominante.

c.- El previniente estima que no procede hacer uso de la facultad aludida, atendida la gravedad de los delitos perpetrados y sus reprobables circunstancias de comisión.

Acordado, en la sección penal, con el **voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch**, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del sentenciado Maldonado Sanhueza, fundado en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y, de conformidad al artículo 548, inciso 2°, hacer extensiva tal determinación al sentenciado Daza Navarro, por cuanto, en relación a la institución conocida como media prescripción o prescripción gradual, ésta 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 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. Además, no advierte este disidente 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. Junto a lo anterior, se ha tenido en cuenta que se estableció como época de las muertes de los ofendidos de estos autos, el 13 de octubre de 1973, por lo que existe una fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza, y a la vez concluir que ese lapso ha transcurrido con creces.

Acogida, de este modo, la causal de casación señalada, este disidente estuvo por anular la sentencia penal en estudio y, al dictar el fallo de reemplazo, habría aplicado la atenuante calificada contemplada en el artículo 103 del Código Penal rebajando en dos grados la pena impuesta a ambos encausados.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Bates, y de la disidencia y prevención, sus autores.

Rol N° 24.887-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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