

C.A. de Temuco

Temuco, veintinueve de enero de dos mil trece.

VISTOS:

I.- EN CUANTO A LAS CONSULTAS POR RESOLUCIONES DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO:

a) Teniendo presente que el procesado Sergio Alamiro Jaramillo Solís, falleció el 18 mayo 2006, producto de accidente vascular hemorrágico masivo tronco cerebral, hipertensión arterial” según consta de certificado de defunción agregado a fojas 9002, por lo que se ha extinguido la responsabilidad penal a su respecto, en el delito de secuestro calificado de Francisco Martínez Noches y Reynaldo Huentequero Almonacid, lo que fue también el parecer de la señora Fiscal Judicial, expresado en un Dictamen de fojas 11.333. Y atento a lo dispuesto en los artículo 406, 407, 408 N° 5 y 415 del Código de Procedimiento Penal, **SE APRUEBA**, el sobreseimiento definitivo y total respecto de Sergio Alamiro Jaramillo Solís escrito a fojas 9786.

B) Teniendo presente que el condenado Pablo Hernán Mansilla Borquez, falleció el 11 de febrero de 2012, a consecuencia de infarto agudo al miocardio, cardiopatía coronaria, según consta de certificado de defunción agregado a fojas 11.153, por lo que se ha extinguido la responsabilidad penal a su respecto, en el delito de secuestro de Carlos Zapata Aguila, cual fue también el parecer de la señora Fiscal Judicial, expresado en un Dictamen de fojas 11.212 a 11.218, y atento a lo dispuesto en los artículos 406, 407, 408 N° 5 y 415 del Código de Procedimiento Penal, **SE APRUEBA** el sobreseimiento definitivo y total respecto de Pablo Hernán Mansilla Bórquez escrito a fojas 11.156.

C) Teniendo presente que el condenado Héctor Guido Matus Martínez falleció con fecha 16 abril 2012 inscribiendo se su defunción con el número 104 del Servicio Registro Civil e Identificación de Osorno según consta del certificado de defunción de fojas 11227; asimismo consta que el condenado Rolando Becker Solís falleció el 27 abril 2012 inscribiendose su defunción con el número 117, registro S, del Servicio de Registro Civil e Identificación de

Osorno según consta del certificado de defunción de fojas 11228, por lo que se ha extinguido respecto de ambos la responsabilidad penal que les afecta en esta causa. Y atento a lo dispuesto en los artículos 406, 407, 408 N° 5 y 415 del Código de Procedimiento Penal, **SE APRUEBA** el sobreseimiento definitivo y total respecto de Héctor Guido Matus Martínez y Rolando Becker Solíz escrito a fojas 11.330.

II.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA DE FOJAS 10.948 INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE ADRIAN JOSÉ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que por sentencia de fojas 10.662 a 10.687 de 19 de Agosto de 2011, se condenó a **Adrian José Fernández Hernández**, a sufrir la pena única de quince años de presidio mayor en su grado medio, como autor de los siguientes delitos: 1.- Autor de los delitos de homicidio calificado de Raúl Santana Alarcón, de Gustavo Igor Sporman, perpetrados en Osorno, en diferentes días del mes de septiembre de 1973.- 2.- Autor de los delitos de homicidio calificado de Martín Núñez Rosas y como autor del delito de homicidio calificado en grado de frustrado de Blanca Ester Valderas Garrido, perpetrados entre el 15 y 17 de septiembre de 1973, en Osorno.- 3.- Autor de los delitos de homicidio calificado de Jorge Ricardo Aguilar Cubillos, Edgardo Eugenio Cárdenas Gómez y de Ester Bustamante Llancamin, cometidos el 6 de octubre de 1973, en la localidad de Pucomo, San Juan de la Costa, Osorno. 4.- Autor de los delitos de secuestro calificado de Santiago Domingo Aguilar Duhau y César Osvaldo del Carmen Avila Lara, cuya perpetración, se dio inicio en la ciudad de Osorno el 17 y el 27 de septiembre de 1973, respectivamente. 5.- Autor de los delitos de secuestro calificado de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Neicúl Paisil y Flavio Heriberto Valderas Mancilla, perpetrados e iniciada su perpetración en El Encanto y Futacuín, (Puyehue), en diferentes fechas del mes de septiembre de

1973. 6. Autor de los delitos de secuestro calificado de Lucio Hernán Angulo Carrillo, Jorge Ladio Altamirano Vargas y René Burdiles Almonacid, cuya perpetración se inició en Puerto Octay los días 15 y 16 de septiembre de 1973. 7.- Autor de los delitos de secuestro calificado de Joel Fierro Inostroza, José Ricardo Huenumán Huenumán y Luis Sergio Aros Huichacán, cuyas perpetraciones se iniciaron entre el 15 y 17 de septiembre de 1973.- 8.- Autor de los delitos de secuestro calificado de Arturo Jesús Valderas Angulo, perpetrado el 16 de septiembre de 1973.- 9.- Autor del delito de secuestro calificado de José Rosario Segundo Panguinamun Ailef, cuya perpetración se dio inicio el 9 de octubre de 1973.- 10.- Autor del delito de secuestro calificado de Guillermo Ernesto Peters Casas, cuya perpetración se inició en Chahuilco, Comuna de Río Negro, el 17 de septiembre de 1973.- 11.- Autor del delito de secuestro calificado de Mario Fernández Acúm, cuya perpetración se inició en calle Concepción, Rahue Bajo, Osorno, el 18 de septiembre de 1973.- 12.- Autor de los delitos de Torturas a Carlos Hurtado Gallardo, Juan Bernabé Igor Sporman, Luis Orlando Oliveros Angulo, Luis Armando Vargas Coñuel, Juan Orlando Aguilar Angulo, René Orlando Llanquilef Llanquilef, Eliécer Rolando Reyes Gallardo, Ida Ester Torres Santana y Leandro Sanhueza Flores, cometidas en distintas fechas del mes de septiembre de 1973 y 2 de abril de 1974. Y se le impone la pena accesoria 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 al pago de las costas de la causa.-

SEGUNDO: Que en contra de esta sentencia, la defensa del condenado ya referido, abogado Tomás Zamora Maluenda, por el condenado don **ADRIAN JOSE FERNANDEZ HERNANDEZ** interpuso, en el primer otrosí de fojas 10.948, recurso de casación en la forma, para que sea invalidada, pues señala que el fallo impugnado adolece de vicios de casación en la forma, particularmente el señalado en los numerales siete y nueve del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esta última causal, en relación con el artículo

500 números 4º y 5º del mismo cuerpo legal. Indica el recurrente que la sentencia ha sido pronunciada por un Juez a quien le afecta una clara causal de recusación, como asimismo ha sido dictada en infracción al artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, y particularmente en sus numerales cuarto y quinto, en cuanto a la determinación o exposición de las consideraciones en cuya virtud se dan por probados los hechos atribuidos a los procesados, o los que estos alegan en sus descargos, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta, y también la omisión de las razones legales o doctrinarias que sirven para calificar el delito y sus circunstancias (atenuantes).

TERCERO: INFORME FISCAL JUDICIAL: El Ministerio Público representado por la Fiscal Judicial Señora Tatiana Román Beltramin de fojas 11.212 a 11.218, evacua su informe señalando que es de parecer de invalidar la sentencia de autos escrita 10.662 y siguientes, reponiendo la causa al estado de pronunciarse fallo de primera instancia por juez no inhabilitado que corresponda. Y atendido lo expuesto precedentemente estimó inoficioso referirse a la otra causal de casación invocada en autos.

Respecto de la primera causal, se señala que la sentencia ha sido pronunciada por un Juez a quien le afecta una causal de recusación.

CUARTO: Se señala por el recurrente que en efecto, al Juez que dictó este fallo le afecta la causal de recusación señalada en el artículo 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales, esto es "Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella". En lo concreto, manifiesta que consta de autos a fojas 740 y siguientes que el juez que dictó esta sentencia participó integrando Sala en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia confirmando el procesamiento de don Adrián Fernández Hernández con fecha 11 de abril de 2003, como asimismo, a fojas 2316 y siguientes confirma otro procesamiento, con fecha 28 de octubre de 2003. Estos procesamientos se refirieron a los delitos de Secuestro de Santiago Domingo Aguilar Dahau y

Cesar Osvaldo del Carmen Ávila Lara, como asimismo los delitos de homicidio calificado de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman y delitos de secuestro calificado de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Neicul Paisil y Flavio Valderas Mancilla, respectivamente. En este contexto, el Ministro sentenciador emitió un pronunciamiento no de cualquier modo, umbral mínimo que exige la ley, sino de una manera concreta y precisa, al confirmar el procesamiento de mi representado que finalmente ha sido condenado por los mismos referidos delitos. A la vez, no puede sino haber tenido conocimiento de esta decisión, en cuanto a fojas 10663 y siguientes, repasa en la primera parte expositiva de la sentencia que se recurre, las resoluciones que sometieron a proceso al imputado Adrián Fernández Hernández, por los delitos de secuestro calificado y homicidio calificado de las personas recién señaladas. Asimismo, en el considerando Segundo del fallo de Casación de fecha 4 de marzo de 2011, y por medio del cual la Excelentísima Corte Suprema casó de oficio la sentencia recaída en estos mismos autos y dictada por la Ministro Señora Emma Díaz Yévenes. por la causal del artículo 541 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 195, N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, en haber sido la sentencia pronunciada con la concurrencia de un juez legalmente implicado, se acredita que se ha tenido a la vista e incorporado al expediente, incluso antes de que el actual juez sentenciador hubiera participado de las decisiones de abril y octubre de 2003, los procesos referidos a los ilícitos cometidos en contra de, entre otros, don Santiago Aguilar Dahau, Raúl Santana Alarcón y Juan Mateo Vidal Panguilef y que en dichos procesos agregados se había confirmado el sobreseimiento definitivo. Concluyendo, que no cabe dudas que el juez sentenciador sabía o no podía sino saber de las resoluciones dictadas por él en este proceso. Por último, agrega que los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver sobre la recusación de un Juez, invariablemente lo han hecho sobre la base del conocimiento de los hechos que importan el fundamento de la recusación.

QUINTO: Para resolver esta causal, es preciso tener presente que el sistema procesal penal vigente para los hechos investigados en esta causa, encomienda al Ministro instructor las funciones de investigador, acusador y sentenciador, por lo que resulta plenamente válido que un Juez que sometió a proceso a un inculpado dicte sentencia condenatoria en la misma causa. No obsta a este principio general, la circunstancia excepcional que el Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, don Darío Carreta Navea, haya participado integrando Sala en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia confirmando el procesamiento de Adrián Fernández Hernández con fecha 11 de abril de 2003, como asimismo, a fojas 2316 y siguientes confirma otro procesamiento, con fecha 28 de octubre de 2003, y posteriormente dictado sentencia como Ministro de fuero, puesto que existe continuidad en la causa y en ambos casos actuó en la plenitud de sus facultades. Además, la participación en la confirmación del auto de procesamiento, no hace incurrir en la causal legal de inhabilidad propuesta, de haber manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente.

Que en otro orden de ideas, debe precisarse que la causal de invalidación de la sentencia primitiva por parte de la Corte Suprema y que el recurrente cita en apoyo de su recurso, no resulta aplicable a este caso, por cuanto lo que ocurrió en ese caso fue que la Ministra de Fuero se había pronunciado anteriormente, como juez del crimen, sobre la excepción de cosa juzgada y amnistía, y luego, como ministra instructora, se pronunció nuevamente sobre las mismas excepciones y por esa razón incurrió en la causal del artículo 195 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, la que al ser de orden público, opera por el solo ministerio de la Ley sin necesidad que se declare previamente.

Por último, debe precisarse que esta primera causal en la que se funda el recurso de casación, exige que haya sido declarada y que el plazo para hacerla efectiva se encuentre pendiente, supuesto de hecho que no concurre en esta causa.

En razón de lo expuesto se rechazará el recurso de casación en la forma por la causal señalada deducido en el primer otrosí del escrito de fojas 10.948

Luego, se disiente del parecer del Ministerio Público expresado en el dictamen de la Señora Fiscal Tatiana Román de fojas 11.212 a 11.218, quien fue de parecer de invalidar la sentencia de autos escrita 10.662 y siguientes, reponiendo la causa al estado de pronunciarse fallo de primera instancia por juez no inhabilitado que corresponda. Y atendido lo razonado precedentemente estimó inoficioso referirse a la otra causal de casación invocada en autos.

En relación a la causal del recurso de casación en forma fundada en el artículo 541 número 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, en relación con los números 4 y 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el supuesto vicio que afectaría a la sentencia por omisión del artículo 500 N° 5 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

SEXTO: Señala el recurrente que se omite en la parte resolutive de la sentencia, fojas 10.872, decisión IX), cómo llega el Juez a la decisión de condenar a su representado a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio. Y omitió los fundamentos para aplicar la pena concreta a su representado. Señalando que la regla que se debe aplicar es considerando el artículo 103 (media prescripción - dos o más atenuantes muy calificadas), debe aplicar el inciso segundo del artículo 68 pero no rebajar un solo grado la pena, sino que rebajarla dos o tres grados al mínimo de los señalados en la ley, cuestión que no hace el sentenciador de este caso concreto, el que hace una aplicación lineal de dos normas que son diversas en su valoración. Asimismo, una vez que el sentenciador llega a la pena de presidio mayor en su grado medio, sin razonamiento alguno aplicó el extremo superior (15 años), debiendo de haber aplicado, en su caso, el grado en su extremo inferior (10 años y un día). Las razones abundan en cuanto a la aplicación del principio de benignidad de la pena, sobre todo, cuando ya ha considerado las cuestiones

extratípicas como se lee en la parte final del considerando Centésimo Quincuagésimo Sexto al aumentar un grado la pena "atendida la multiplicidad de delitos por los cuales resultó responsable (509 Código Procesal Penal) (y) el daño inferido a las víctimas" (69 Código Penal). Por estas razones, el fallo es anulable, toda vez que se omitió los fundamentos para aplicar la pena concreta a mi representado.

Sobre el supuesto vicio que afectaría a la sentencia por omisión del artículo 500 N° 4 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

SEPTIMO: Señala el recurrente que la sentencia omite las consideraciones en cuya virtud se dan por probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que estos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar esta. Indica que no obstante la sentencia incorporar en los considerandos innumerables antecedentes, muchos de ellos irrelevantes, generales y no inculpatorios, ella adolece de ciertas omisiones ya para acreditar la participación de Adrián Fernández Hernández, como para negar la consistencia de las alegaciones hechas por la parte que se alza y que su juicio, anularían la presunta participación culpable del condenado.

Agrega, que el Ministro sentenciador al igual que en las sentencias anteriores y que fueron anuladas, para llegar a las conclusiones finales de participación culpable (en el caso de mi defendido, considerando 155°), ha seguido el método deductivo y basándose en presunciones judiciales. En el caso concreto de la participación de Adrián Fernández Hernández, en los variados considerandos que incorpora en cada hecho, caso o delito identificado, ya respecto a los delitos de secuestro calificado, homicidio calificado y apremios ilegítimos, desecha de manera categórica la defensa que hace el inculpado en sus declaraciones indagatorias y a su turno, las contrasta con otras pruebas que las eleva a la categoría de concluyentes de la participación de Fernández en los delitos señalados. Sin embargo, el sentenciador incurre, como sucede con la generalidad de estas sentencia donde

los hechos investigados ocurrieron hace muchísimos años (en este caso, casi 40 años) en que aquellas supuestas "pruebas concluyentes" elevadas a la categoría de presunciones judiciales con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, pueden por sí mismas o incluso conjugadas con otras, servir de base para una condena de la envergadura que se manifiesta en este caso (quince años de presidio mayor en su grado medio). En efecto, dichas pruebas no alcanzan a constituir la prueba legal condenatoria que exige el proceso penal y no son más que apreciaciones de terceros o conjeturas generales que sirven de base a verdaderos silogismos inconexos en cuanto a sus resultados. Así, en el caso concreto, no existirían antecedentes concretos, directos y categóricos de que su defendido hubiera participado personalmente en los homicidios, secuestros o torturas.

Así, el Juez sentenciador concluye que habría existido una situación de mando donde Adrián Fernández Hernández, en su calidad de oficial de mayor jerarquía en una Unidad de Carabineros, tomando esta de manera aislada sin considerar que a su turno esa Unidad de Carabineros estaba sujeta a una escala jerárquica, respecto de otras de rango superior, habría "ordenado" estos homicidios, secuestros o torturas, sin embargo, siendo efectivo solo la cuestión objetiva de que era el Capitán al mando de la Comisaría, el resto de las cuestiones se desprende sólo de manera vaga y confusa. En muchos considerandos se señala una participación de Fernández sin que se haya acreditado o contrastado su participación en el presunto delito, como "Fernández no torturaba, pero daba las órdenes" (Considerando 4 N° 13 fojas 10671), "a cargo de la Comisaría estaba el Capitán Fernández, quien ordenaba las torturas" (considerando 4 N° 23 fojas 10673), "también el Capitán Fernández porque era el Comisario y como tal todo lo que sucedía era de su conocimiento" (considerando 8 fojas 10.680). Agrega que, en fin la sentencia es profusa en este tipo de destacados de declaraciones de civiles y uniformados, pero hay que señalarlo sin ambages, nadie señala que primero, vio al Capitán Fernández dando muerte, secuestrando o torturando a una

persona o que se le dio la orden para ello. Se da el ilógico incordio, por así decirlo, de que existe un autor inductor sin un autor inducido, alguien que supuestamente habría dado las órdenes, sin que se acredite que alguien las recibió y dio cumplimiento de dichas órdenes. Dicho de otra manera, no determina el sentenciador la calidad de autor de acuerdo al artículo 15 del Código Penal. En efecto, no habiendo una participación "directa" e "inmediata" en la ejecución de los delitos o al menos no apareciendo de las pruebas agregadas imputaciones concretas de que el acusado Fernández haya dado muerte a persona determinada o bien mantenga en su poder a personas supuestamente secuestradas, tampoco le atribuye la calidad de "autor inductor", mas característica de la "función" que se le atribuye en la ejecución de todos los delitos al decir que era "el que ordenaba las detenciones" o simplemente era el "Comisario de la Unidad" donde las personas fueron llevadas después de ser detenidas. La omisión del Juez radicaría por una parte en que para establecer la calidad de "autor inductor" materialidad que en nuestro Código asume la doctrina del "dominio del hecho o del hombre de atrás", debe necesariamente desentrañar el autor material y aquí en ninguna parte del proceso se ha determinado de manera fidedigna quién ha sido el autor material de los ilícitos que se investigan, sólo se ha determinado quienes han sido las personas que eran de dotación de la Tercera Comisaría de Osorno con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 y que por dicha razón debían de actuar en "todos" los procedimientos referidos a la anormalidad Institucional que vivía el País. A modo de ejemplo, señala el considerando centésimo undécimo, numeral 17 donde se hace una inculpación de tortura ocurrida el 2 de abril de 1974.

Agrega además que la sentencia omite expresar, al menos en relación al delito de secuestro, la participación posterior del Capitán Adrián Fernández, señalando solamente que se desechan las argumentaciones vertidas en sus declaraciones indagatorias en virtud de otras supuestas pruebas de participación. En efecto, atendido el tipo penal descrito y aplicado, en cuanto a

los secuestros calificados, no se menciona de manera alguna de qué forma Fernández participa dolosamente en un "secuestro", condición que se mantiene después de 38 años. No existen descripciones que permitan presumir que este delito de secuestro se materializó en los días inmediatamente posteriores al 11 de septiembre de 1973 y persiste hasta ahora, por el lapso de casi cuatro décadas ni de qué forma Fernández ha participado durante todo este tiempo en la mantención de ese delito, es decir en la retención ilegal de 15 personas. Nada de eso dice la sentencia. Tampoco manifiesta la sentencia de manera alguna de que forma Fernández "Instiga" a otros a cometer el delito de Homicidio calificado de 6 personas, un homicidio calificado frustrado, y nueve eventos de torturas.

Señala que el propio sentenciador en el considerando 122° dice que "en otras palabras se probó el hecho del secuestro pero no su finalización", cuestión que es equivocada, ya que pudo comprobarse el hecho de la detención de personas, pero el delito de secuestro no sólo es eso, sino que debe ir acompañada por los demás elementos del tipo y particularmente si el sentenciador señala que "actualmente se esta cometiendo" debe indagar, acreditar y demostrar de qué forma se hace (y hacer cesar el supuesto estado de ilicitud), de lo contrario- atender del recurrente - no se ha acreditado el delito.

Indica que la falencia demostrativa tiene su origen en un error conceptual del juez sentenciador, en cuanto el peso de la prueba es siempre de la parte acusadora y nunca del inculpado de un crimen o simple delito.

Así, solo se está en presencia de la acreditación de un hecho objetivo, la detención de personas en días posteriores al 11 de septiembre de 1973, sin que se haya probado la participación durante todo el tiempo que se ha señalado (38 años) que don Adrián Fernández, en una verdadera y larga asociación ilícita con personas o que haya instigado a otros a cometer delitos de homicidio, los que tampoco han sido identificados, cuestión que resulta esencial para establecer bajo la perspectiva de la teoría del dominio del hecho

quien podría instigar para cometer delitos de homicidio ni de qué forma cometió los delitos de torturas. Y se evidencia una falta de prueba respecto del paradero de las personas supuestamente secuestradas, ya que nadie, ni menos el sentenciador, está moralmente convencido de que esas personas están ilegalmente retenidas, sino que han desaparecido porque están fallecidas y aquí la prueba de que la aplicación del delito de secuestro es una "ficción" sin ningún sustento jurídico, ya que de considerarse que estas personas están fallecidas, se debe acreditar para establecer las respectivas responsabilidades penales quien las ultimó, cuestión que no ha sido posible probar en estos autos, como tampoco ha sido efectivamente probada la instigación de muerte respecto de las personas que si hay constancia objetiva de su muerte. Eso sucede cuando se investiga bajo el prisma de "la historia", hechos de larga data y absolutamente prescritos, ya que no se puede arribar a la verdad objetiva que se requiere para condenar a una persona por su presunta participación en delitos de gran entidad y a penas también de gran magnitud, como sucede en este caso concreto.

Concluye indicando que todo lo anterior causa perjuicio a su parte, se invalide el fallo y se dicte sentencia de remplazo, como asimismo acoja en dicha sentencia las eximentes opuestas en la contestación de la acusación.

OCTAVO: FUNDAMENTOS DEL RECHAZO DE LA SEGUNDA CAUSAL DE CASACIÓN. Que en relación a esta causal del recurso de casación en forma fundada en el artículo 541 número 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, en relación con los números 4 y 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. No se hará lugar (como puede apreciarse, al desarrollar la compareciente su escrito de apelación) expresa que funda dicho recurso en contra de la misma sentencia, por causar un gravamen irreparable a los intereses de la parte que representa, pues los argumentos del recurso de casación en la forma sobre esta causa y el recurso de apelación se sustentan en la misma causa, esto es, que “no existe una prueba concluyente en el proceso

que vincule finalísticamente a mi defendido con los delitos por el que se le condena”, que “no es posible atribuir responsabilidad dolosa a un oficial a quien se le ha transmitido una orden del servicio a través de Bandos Militares o de manera directa de buscar a determinadas personas y detenerlas para ser puestas a disposición de las autoridades en los centros de detención que se habían dispuesto al efecto”, que “no hay pruebas concluyentes, que constituyan presunciones judiciales acordes al artículo 488 del Código del ramo, que mantenga secuestradas a 15 personas y que haya sido instigador (autor por inducción) de la muerte de otras tantas personas o del delito de torturas” o que “debió aplicar la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal, en toda su entidad, es decir, según ya se dijo a propósito de la casación formal invocada, el juez sentenciador debió rebajar tres grados de pena y no solo uno como lo hizo en su sentencia”, en razón de lo cual solicita que esta Corte, acogiendo la apelación, “enmiende con arreglo a derecho la sentencia impugnada, la revoque y absuelva a mi representado don Adrián Fernández Hernández o en su defecto, aplique una pena menor considerando las atenuantes expuestas en la contestación de la acusación”. Es decir, los fundamentos tanto del recurso de casación en la forma como de apelación son unos mismos, lo que conduce a rechazar el primero, atendido lo dispuesto en el artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en conformidad a dicho precepto y sin perjuicio de los vicios o causales de casación que allí se enumeran, que autorizan el expresado recurso de casación formal, el Tribunal podrá desestimar tal recurso “si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”. Pues bien, esto es lo que ocurre precisamente en el caso de la especie, porque la recurrente ha reproducido en la apelación los mismos argumentos de su escrito de casación en la forma, lo que hace que esta Corte, al analizar el recurso de apelación, podrá eventualmente corregir los vicios o defectos que autorizan la casación si existieran algunos de tales vicios

o defectos en la sentencia doblemente reclamada. De este modo, y autorizada esta Corte con lo establecido en el citado artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil, no podrá sino desestimar forzosamente el recurso de casación en la forma. disintiéndose del parecer del Ministerio Público expresado en el dictamen de la Fiscal señora Román de fojas 11.212 a 11.218.

NOVENO: Que a mayor abundamiento de la lectura de los considerandos 4 al 13°, 14° al 29°, 30° al 42°, 43° al 52°, 53° al 63°, 92° al 100°, 101° al 115, 107° al 110° y 111° al 116°, 117° y 155° y 156° de la sentencia aborda la acreditación de los hechos punible, como la participación de Fernández Hernández, y se refiere en particular a las peticiones de extinción de la responsabilidad penal por aplicación de las causales de la amnistía y prescripción de la acción penal (invocada por todos los imputados), a las reglas de penalidad, de la prescripción gradual, a las minorantes que benefician a los encartados, para, finalmente, a partir del considerando 155° referirse a la determinación de las penas, es dable afirmar que el sentenciador analizó y valoró correctamente la prueba el Juez determina, elige y prioriza la que ha sido lo relevante para lo debatido en la causa, entregándose en forma adecuada las razones por las cuáles, se concluye que se demostró la existencia los hechos punibles como la participación en cada uno de ellos de Fernández Hernández, así los indicios que se dan por acreditados resultan coherentes con la prueba rendida en el juicio, por lo que la sentencia se encuentra plenamente ajustada a derecho. Por lo que recurso de casación deducido para el conocimiento de esta Corte inevitablemente será rechazado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 541 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que se rechaza, con costas, el recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de fojas 10.662 a 10.687 de 19 de Agosto de 2011, dicta por el Señor Ministro Dario Ildemaro Carretta Navea, que condenó a Adrian José Fernández Hernández.

III) EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

Que en contra de sentencia el 19 de Agosto de 2011 que rola de fojas 10.662 a 10.687, dictada por el Ministro no inhabilitado señor Mario Ildemaro Carretta Navea se presentaron los siguientes recursos de apelación.

a) A fojas 10.896 apeló Ricardo Morales Guarda abogado, por sus representados Gustavo del Carmen Muñoz Albornoz, Guido Almonacid Almonacid, Germán García, Renato Lezana Lezana, Amado Beck Hernández Rivas, Rolando Becker Solís y Rafael Pérez Torres.

b) A fojas 10916 apela el abogado Arturo Baeza Allende por su representado Antonio Baros Muñoz.

c) A fojas 10948 apela en el primer otrosí de su presentación y subsidio de recursos de casación en la forma el abogado Tomás Zamora Maluenda por su representado Adrián José Fernández Hernández.

d) A fojas 11078 el abogado Arturo Ruiz Symmes apela por sus representados Carlos Jorge Obando Rodríguez y Camilo Astete Cáceres.

e) A fojas 11159 Apela el abogado Luis Felipe Galdámez Buhler, por su presentado Sergio Conejero Ortega.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, de fecha 19 de agosto de 2011 escrita de fojas 10.662 a 10.687, y se elimina del primer y segundo párrafo del considerando Duodécimo la expresión "...y Gustavo Muñoz Albornoz", se intercala en el primer párrafo del considerando Duodécimo la expresión "y" antes de "Rafael Pérez Torres", y se intercala en el segundo párrafo del considerando Duodécimo la expresión "y" antes del nombre "Rolando Becker Soliz"; se elimina del primer párrafo del considerando Vigésimo Quinto los apellidos "Pérez Torres" y "Muñoz Albornoz"; se elimina del primer párrafo del considerando Centésimo Quincuagésimo Octavo los siguientes nombres y guarismos "Raúl Santana y de Gustavo Bernardo Igor Sporman; de..." ; se

elimina del segundo párrafo del considerando Centésimo Quincuagésimo Octavo los siguientes nombres y guarismos “de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Neicúl Paisil y Flavio Heriberto Valderas Mancilla; de... “ ; se elimina del primer párrafo del considerando Centésimo Quincuagésimo Noveno los siguientes nombres y guarismos “Raúl Santana y de Gustavo Bernardo Igor Sporman; de...” ; se elimina del segundo párrafo del considerando Centésimo Quincuagésimo Noveno los siguientes nombres y guarismos “Santiago Domingo Aguilar Duhau y César Osvaldo del Carmen Ávila Lara; de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Neicúl Paisil y Flavio Heriberto Valderas Mancilla; de...”

Se elimina, además, en el considerando Septuagésimo Séptimo, en la última líneas de la letra c) la frase “en donde se le dio muerte”.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que en cuanto a la prescripción de la acción penal alegada por los procesados respecto de los sucesos investigados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esta causal de extinción de responsabilidad criminal es improcedente en la especie, tanto porque de hacerlo se infringirían los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, en razón del estado de guerra interna que imperaba a la época de los hechos, como por la circunstancia de que los ilícitos sancionados en la causa, eran y son considerados como delitos de lesa humanidad, categoría que impone como característica esencial, su imprescriptibilidad.

SEGUNDO: En tal sentido cabe recordar sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de septiembre de 2006, caratulada “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile” en su párrafo 152 señala “...los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de

los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. Y agrega en su párrafo 153 “ Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.”

TERCERO: Que respecto de posibilidad de amnistiar los hechos investigados cabe recordar lo expuesto por Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia individualizada en el párrafo anterior “...el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado (República de Chile) debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”.

Que, asimismo , el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior", de lo cual se sigue no sólo que esta norma es un obstáculo de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1º, 3º y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos

sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, la detención ilegal, perpetrada en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

CUARTO: En este contexto, la dictación de la Ley 20.357, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009 y que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, entre los cuales se encuentra el secuestro contemplado en el artículo 141 del Código Penal, no es más que una manifestación del cumplimiento, por parte de nuestra nación, de la obligación de adecuar la legislación interna a los parámetros impuestos por el derecho internacional sobre los derechos humanos, sin que su reciente promulgación puede ser interpretada como una falta de regulación previa en tal sentido, como si sólo a partir de esta nueva ley tendrían el carácter de atentados contra la humanidad y de imprescriptibles, delitos como el secuestro, ya que tal planteamiento, por una parte, contradice la vigencia de los Convenios de Ginebra suscritos en el año 1949 y cuya aplicación ha sido sostenida en forma reiterada por la Corte Suprema y por otra, conllevaría una suerte de involución del derecho interno en materia de derechos humanos, lo que por cierto no fue el espíritu del legislador al dictar esta nueva normativa. En efecto, tal como consta en el Informe Legislativo del Primer Trámite Constitucional en el Senado de fecha 19 de marzo de 2009, relativo al historia del establecimiento de la Ley en comento, los autores de la moción hacen presente que esta iniciativa tiene por objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena, tipificando a nivel interno las conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, lo anterior con miras a avanzar hacia la posterior ratificación de dicho tratado por el Estado de Chile. A su vez, en la discusión general de dicho proyecto, consta que el Subsecretario General de la Presidencia, señor Edgardo Riveros, expresó que: "En relación a la vigencia de la ley, se deja de manifiesto que el proyecto no tendrá aplicación retroactiva ni podrá interferir en los procesos sobre causas de derechos humanos por violaciones cometidas a partir del año 1973", siendo ese, por tanto, el sentido que debe darse al

artículo 44 de la Ley, que dispone: "Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia". Así, se señala que dicha norma tiene por objeto dar un efecto neutro a la nueva normativa respecto de las causas actualmente en trámite ante nuestros tribunales.

QUINTO: Así los jueces y tribunales estamos "sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (Párrafo 124 de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de septiembre de 2006, caratulada "Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile").

SEXTO: Que, de este modo, la referida prohibición de autoexoneración atañe no sólo a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron creadas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones

de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

SÉPTIMO: Que, por lo expuesto y en atención a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos juzgados en la presente causa, éstos hechos no pueden ser favorecidos con la prescripción. En efecto, no cabe duda que los episodios investigados en este caso constituyen crímenes contra la humanidad, de lo cual se deriva, como lógico corolario, la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que este tipo de ilícitos son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, la evolución del tratamiento de los derechos humanos, hace imperativa la mentada imprescriptibilidad, por cuanto la normativa internacional que se ha generado al respecto es obligatoria para el derecho chileno y en virtud de ella es inadmisibile cualquier causal de extinción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

NOVENO: Sobre los delitos de secuestro de Santiago Domingo Aguilar Duahu y César Osvaldo del Carmen Ávila Lara; y Delitos de secuestro de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Nelcul Paisil, Flavio Heríberto Valderas Mancilla y homicidio de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman. (Esto es en relación a los delitos mencionados entre los considerando Tercero y Cuarto y entre los considerando Décimo Tercero y Décimo Cuarto de la sentencia).

Que en relación a la participación que le pudo caber al procesado Gustavo Muñoz Albornoz, según los antecedentes relatados en los motivos Undécimo y Vigésimo Cuarto estos no son suficientes para atribuirle responsabilidad en calidad de autor en los delitos de secuestro de Santiago Domingo Aguilar Duahu y César Osvaldo del Carmen Ávila Lara; y Delitos

de secuestro de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Nelcul Paisl, Flavio Heríberto Valderas Mancilla y homicidio de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman. Y respecto de Rafael Pérez Torres según los antecedentes relatados en el motivo Vigésimo Cuarto estos tampoco son suficientes para atribuirle responsabilidad en calidad de autor en los Delitos de secuestro de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Nelcul Paisl, Flavio Heríberto Valderas Mancilla y homicidio de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman.

Pues no existen elementos que permitan concluir que los procesados tuvieron una participación culpable y penada por la ley en los hechos ilícitos mencionados, respecto de cada uno de ellos, así no es posible llegar a concluir que los elementos probatorios que se transcriben en los fundamentos Undécimo y Vigésimo Cuarto reúnan los presupuestos del Artículo 488 del Código de Procedimiento Penal que exige que tales presunciones, para que puedan constituir la prueba completa de un hecho, requieren copulativamente: 1. Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; 2. Que sean múltiples y graves; 3. Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; 4. Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y 5. Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata. En la especie, los procesados Pérez y Muñoz no han sido mencionados por testigo alguno como partícipes en la detención de las personas mencionadas. Y la sola imputación de que en el recinto de la 3a. Comisaría de Rahue-Osorno se torturaba a los detenidos y que dichos encausados formaban parte del grupo denominado “operativos”, “duros” o pertenecientes al “escuadrón pesado” con los cuales se hacía acompañar a Fernández en sus operativos no es suficiente prueba de su participación, por cuanto en la especie la orden de detención de aquellos emanó desde Osorno por parte del procesado

Fernández, por lo que al no existir una multiplicidad de antecedentes inculpatorios procede dictar sentencia absolutoria respecto de aquellos, en lo que dice relación con los delitos indicados, atento lo que prescribe el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que "nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley".

DÉCIMO: Que en lo que dice relación con el resto de las decisiones condenatorias, se encuentran debidamente probados tanto los hechos punibles como la participación de cada uno de los condenados en ellos, de manera que no serán oídas las alegaciones de las respectivas defensas en cuanto a que faltan antecedentes que permitan tener por acreditadas tales circunstancias.

En efecto, debe considerarse respecto a los delitos de secuestros que se contienen en la sentencia, que todos ellos se fundan en detenciones ilegales practicadas por motivos políticos y, pese a que presumiblemente las víctimas han fallecido, aún no se han encontrado sus cuerpos ni tampoco se ha acreditado que hubieran recuperado su libertad, como bien lo ha concluido el sentenciador.

En este sentido, el hecho mismo de la detención respecto de cada víctima, se encuentra debidamente acreditado por testigos presenciales, cuyas declaraciones son citadas por el Ministro de Fuero al analizar los distintos delitos contenidos en la sentencia, según se aprecia en los considerandos 4°, 14°, 30°, 43°,53°,64°, 76°,86°, 92°,101° y 107°, y todo ello sin perjuicio del reconocimiento del procesado Adrián Fernández en el sentido que efectivamente se practicaron mas de 600 detenciones por razones políticas con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, declaración que permite refrendar el hecho del secuestro.

Que en lo que dice relación con los delitos de homicidios, han quedado debidamente acreditados con los certificados de defunción, informes de autopsias y declaraciones de testigos, según se aprecia en los mismos considerandos ya citados; y respecto del delito de tortura que se le imputa al procesado Adrián Fernández, existe una multiplicidad de antecedentes que acreditan tanto el hecho como la participación, como bien se consigna en los considerandos 111° y 116°.

UNDÉCIMO: Que la participación de cada uno de los condenados en los delitos ya referidos, también se encuentra acreditada por las múltiples declaraciones de diversos testigos que son capaces de reconocer a los respectivos acusados como partícipes de las detenciones o muertes, en su caso, de las distintas víctimas, declaraciones que están debidamente citadas en los considerandos 11°, 24°, 40°, 50°, 62°, 73°, 79°, 80°, 81°, 84°, 90°, 96°, 115°, 112° y 116°.

Al respecto, debe tenerse en consideración que no existe discusión respecto del hecho de haber sido, los acusados, funcionarios policiales que cumplieron funciones ya sea en la tercera comisaría de Osorno o en los distintos retenes o tenencias referidas en la sentencia, circunstancia acreditada por los propios dichos de los imputados, aspecto que le otorga credibilidad a los dichos de todos los testigos que los sindicaron como partícipes de las detenciones u homicidios de las distintas víctimas, en su caso.

DUODÉCIMO: Que particularmente, en el caso denominado **Retén del Salto de Pilmaiquén** y que se contiene en los considerandos 76° y siguientes, ha sido cuestionada tanto en los recursos de apelación como en estrados, la participación que les cupo a Antonio Baros Muñoz y Camilo Astete Astete, ya sea en calidad de encubridores o de autores de los delitos de homicidio o secuestros establecidos en el considerando 77°.

Que en este sentido, la defensa de Astete señala que los testigos habrían incurrido en un error al señalar que quien detuvo a Marcelino Cárdenas Villegas (hecho establecido en la letra c) del C° 77°) fue el “jefe”

Astete, en circunstancia que, por la documentación que cita, el jefe era otro carabinero.

Que esta alegación no será oída por cuanto lo relevante de las declaraciones de los testigos es que fueron presenciales de la detención de la referida víctima e interactuaron con Astete en esa detención, dando razón de sus dichos y reconociéndolo en las distintas diligencias de careo, citadas en el considerando 84° de la sentencia.

Que en consecuencia, si era o no el jefe del retén en aquélla época, es irrelevante, pues lo cierto es que los testigos son capaces de reconocerlo como quien practicó la detención de la víctima, lo que permite tener por acreditada su participación en este hecho.

Que además, debe considerarse que su participación en el secuestro de los hermanos Pacheco Molina, Teobaldo Paillacheo, Valentín Cárdenas, Enrique González, se encuentra acreditado pues el propio acusado reconoce haber participado en esas detenciones, como bien se consigna en el considerando 83.

Por último, y en lo que respecta al homicidio de José González de la Torre, el referido acusado Camilo Astete Astete fue condenado como encubridor, pues es un hecho de la causa que el cuerpo de la víctima fue encontrado con evidentes señales de haber sido asesinado y, pese a ello, en el parte de fojas 4.926 se consigna que en el hallazgo del cadáver de Jose González Latorre participó el Cabo Astete, indicándose que fue encontrado sin hematomas visibles.

DÉCIMO TERCERO: Que el acusado Antonio Baros Muñoz ha alegado que sólo le correspondió estar a cargo de la Cuarta Comisaría de Río Bueno y que ninguna participación tuvo en los delitos de secuestros señalados en la letra b) del Considerando 76°.

Que en relación a estos hechos y la participación del acusado, debe precisarse que la detención de las víctimas que aparecen referidas en ese delito

es un hecho de la causa, según ya se indicó, y aún no se han encontrado sus cuerpos ni se ha acreditado que hubieren recuperado su libertad.

Que respecto de la participación de Antonio Baros, tal como se indica en la sentencia apelada, en el careo de fojas 7377 el acusado Zapata señaló que fue Baros quien autorizó la práctica de esas detenciones y, más aún, este último aparece firmando un oficio, de fojas 8886, donde supuestamente se habría dado muerte precisamente a estas víctimas, hecho que resta toda verosimilitud a lo declarado por él en cuanto a que jamás dio alguna orden para practicar detenciones.

DÉCIMO CUARTO: Situación de Sergio Consejeros Ortega quien fojas 11159 interpone recurso apelación sólo en contra de la medida alternativa de reclusión nocturna y al mismo tiempo de la condena de 600 días, la que pide se sustituya por la de remisión condicional de la pena, atendido a que Conejeros Ortega padece demencia senil, hipertensión arterial y diabetes como consta de los documentos adjuntamos a fojas 11.161 y 11.162, existiendo a juicio del recurrente circunstancias de carácter extraordinario que transforman la reclusión nocturna en extremadamente grave y con riesgo cierto de muerte durante su cumplimiento.

Que a tal petición se hará lugar, toda vez que se cumplen los requisitos legales exigidos por los artículos cuatro y siguientes de la ley 18216, lo anterior considerando los antecedentes personales del procesado (pues si bien su extracto de filiación de fojas 6.893 registra una condena por cuasidelito de lesiones en que fue condenado a 61 días de reclusión menor en su grado mínimo, los hechos ocurrieron en agosto de 1983, es decir, con posterioridad a la fecha de comisión de los delitos por los cuales se le enjuició en esta causa) permiten presumir que la medida que se le concederá lo disuadirá de cometer nuevos delitos, se le concederá el beneficio de Remisión condicional de la pena, que consagra la ley 18.216 en sus artículos 4 y siguientes.

DÉCIMO QUINTO: Situación de Carlos Obando Rodríguez, que como da cuenta la resolución de fojas 10898, fecha 2 septiembre 2011 se rectificó la

sentencia definitiva de fecha 19 agosto 2011 escrita a fojas 10662 y siguientes al consignar erróneamente en el párrafo XIX) de lo resolutivo que se condena al procesado Carlos Jorge Obando Rodríguez como autor de los delitos de secuestro calificado de Alfredo Segundo Pacheco Molina, de Eduardo Pacheco Molina, de Juan Segundo Mansilla Delgado, de Teobaldo José Paillacheo Catalán circunstancias que en el párrafo VIII) de la parte resolutive se le absolvió como autor de dichos delitos en atención a lo que se señaló en el considerando octogésimo quinto, como asimismo, en la redacción del fundamento centésimo sexagésimo séptimo, de conformidad al artículo 182 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se rectificó la referida sentencia en el siguiente sentido: “ en el considerando centésimo sexagésimo séptimo se reemplazan las expresiones “ y además como autores de...”, por las siguientes “ y además el primero como autor de...” “ el párrafo XIX QUEDA de la siguiente manera: “XIX) se condena a los procesados Raúl Enrique Zapata y Carlos Jorge Obando Rodríguez, ya individualizados, a sufrir cada uno la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, como autores del delito de homicidio calificado de José Gilberto González De La torre, cometido en el Salto de Pilmaiquén, Río Bueno, en septiembre u octubre de 1973 y además, el primero como autor de los delitos de secuestro calificado de Alfredo Segundo y Eduardo Pacheco Molina, Juan Segundo Mancilla Delgado, Teobaldo José Paillacheo Catalán, Valentín Cárdenas Arriagada, y Enrique González Ángulo, cuya perpetración de inicio en Río Bueno, Mantilhue, Chicaihue y El Salto de Pilmaiquén el 3 octubre de 1973”, por lo que se tuvo esa sentencia como complementaria y parte integrante de la sentencia de fecha 19 agosto del año 2011, escrita a fojas 10662 y siguientes.

Teniendo luego en consideración que el acusado Carlos Jorge Obando Rodriguez, fue condenado por un solo delito de homicidio calificado, y concurriendo respecto de él como se ha dicho en el considerando centésimo vigésimo tercero la atenuante de la prescripción gradual que contempla el

artículo 103 del Código Penal y la atenuante de su irreprochable conducta anterior, se rebajará en dos grados la pena que va de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, y dentro de ese grado se aplicará en su maximun, teniendo en cuenta la intensidad delictiva y la forma de su perpetración.

DÉCIMO SEXTO: Sobre la discrecionalidad en la rebaja de grados en aplicación de la prescripción gradual: la prescripción gradual confiere al juez un poder discrecional para atenuar la pena, atendida la remisión del artículo 103 a los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, así tales artículos confieren a los jueces del fondo una facultad que pueden ejercitar discrecionalmente tanto para aceptar la rebaja de la pena como para admitirla en la amplitud que juzgue adecuada al número y entidad de las atenuantes. La ley entregó la apreciación de las referidas atenuantes al criterio de los jueces de la instancia, por tratarse de hechos que tienen un valor relativo según la peligrosidad del delincuente y los caracteres y accidentes del delito enjuiciado. Por tanto, es facultativo para el sentenciador rebajar la pena en uno, dos o tres grados cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, quedando a su arbitrio la rebaja misma de la pena y el grado de disminución, y es, consiguientemente inexacto que sea facultativa la elección del grado y forzada la rebaja. Discrecionalidad que no sólo surge del tenor literal de tales artículos donde se señala que el juez “podrá” rebajar en un uno, dos o tres grados la pena asignada por la ley al delito, la doctrina es ampliamente mayoritaria respecto a la discrecionalidad. Díaz Cruzat, A. Apuntes sobre algunos problemas que plantean los artículos 96 y 103 del Código Penal y su relación con la Prescripción. Gaceta Jurídica 211, Santiago, 1998, pp. 23 y 24; Yussef Sotomayor, Op. cit., p. 163; Vargas Viancos, J. E. La Extinción de la Responsabilidad Penal. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1994, pp. 198 y 199, con cita de jurisprudencia; Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, 2 vols., 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo II, pág. 414. En contra Guzmán Dálbora, Op. cit., p. 484.

Luego, es facultativo para el tribunal imponerle al reo la pena inferior en uno, dos o tres grados; atendidos el número y entidad de dichas circunstancias, además de las circunstancias y móviles determinantes del hecho y en su caso las circunstancias personales del procesado.

Por estos motivos y lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **SE REVOCA** la sentencia apelada, sólo en cuanto se había condenado a Gustavo Muñoz Albornoz, ya individualizado, como autor del delito de secuestro de Santiago Domingo Aguilar Duahu y César Osvaldo del Carmen Ávila Lara; y Delitos de secuestro de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Nelcul Paisil, Flavio Heríberto Valderas Mancilla y homicidio de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman. Y que condenó a Rafael Pérez Torres como autor de los Delitos de secuestro de José Mateo Segundo Vidal Panguilef, José Ligorio Nelcul Paisil, Flavio Heríberto Valderas Mancilla y homicidio de Raúl Santana Alarcón y Gustavo Bernardo Igor Sporman. Y en su lugar se **ABSUELVE** a los procesados Rafael Pérez Torres y Gustavo Muñoz Albornoz, de los ilícitos mencionados según lo que se ha señalado en el considerando Noveno del punto III de la presente sentencia.

Y SE CONFIRMA y APRUEBA, en lo demás, la referida sentencia, con declaración:

a) Que al procesado **Gustavo del Carmen Muñoz Albornoz** se le CONDENA a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio como autor de los delitos de homicidio calificado de Martín Núñez Rosas, cometido en Osorno entre el 16 y 18 de septiembre de 1973 y homicidio calificado en grado de frustrado de Blanca Ester Valderas Garrido, cometido entre el 16 y 18 de septiembre de 1973, en Osorno; y autor de los delitos de secuestro calificado de Joel Fierro Inostroza, José Ricardo Huenumán Huenumán y Luis Sergio Aros Huichacán, cometidos entre el 15 y 17 de septiembre de 1973 y de Arturo Jesús Valderas Angulo, perpetrado el 16 de septiembre de 1973.-

b) Que al procesado **Rafael Pérez Torres** se le CONDENA a sufrir la pena de Doce años de presidio mayor en su grado medio como autor de los delitos de homicidio calificado de Martín Núñez Rosas, cometido en Osorno entre el 16 y 18 de septiembre de 1973 y homicidio calificado en grado de frustrado de Blanca Ester Valderas Garrido, cometido entre el 16 y 18 de septiembre de 1973, en Osorno; Autor de los delitos de secuestro calificado de Santiago Domingo Aguilar Duhau y César Osvaldo del Carmen Avila Lara, entre el 17 y 27 de septiembre de 1973, en Osorno; autor de los delitos de secuestro calificado de Joel Fierro Inostroza, José Ricardo Huenumán Huenumán y Luis Sergio Aros Huichacán, cometidos entre el 15 y 17 de septiembre de 1973 y de Arturo Jesús Valderas Angulo, perpetrado el 16 de septiembre de 1973.-

C) Que **Carlos Jorge Obando Rodríguez**, es CONDENADO a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, mas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio calificado de José Gilberto González De la Torre, cometido en El Salto de Pilmaiquén, Río Bueno, en septiembre u octubre de 1973 y además como autor de los delitos de secuestro calificado de Alfredo Segundo y Eduardo Pacheco Molina, Juan Segundo Mancilla Delgado, Teobaldo José Paillacheo Catalán, Valentín Cárdenas Arriagada y Enrique González Angulo, cuya perpetración se inició en Río Bueno, Mantilhue, Chiscaihue y El Salto de Pilmaiquén el 3 de octubre de 1977.

Y considerando los antecedentes personales del procesado Carlos Jorge Obando Rodríguez, y su conducta anterior y posterior al hecho punible, condición, naturaleza y móvil de la perpetración del delito, y en especial el Informe de antecedentes sociales y características de personalidad elaborado por el centro de reinserción social de Gendarmería de Chile, que rola a fojas 9.733 el que en su parte de conclusiones señala que el acusado presenta características socio-familiares, capaces de contención, permeabilidad social potenciación de

recursos positivos, concluye sugerírsele una medida alternativa de Reclusión, por lo que se le concederá el beneficio de Libertad Vigilada contemplado en el artículo 15 de la Ley 18.216.- Si este beneficio le fuere revocado y deba ingresar a cumplir la pena impuesta, esta se le empezará a contar desde el día que se presente o fuere habida, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en la causa entre el 13 al 22 de enero de 2005 (fs. 7.403 vta., y 7.589).-

D) Respecto del condenado de **Sergio Conejeros Ortega** reuniéndose los requisitos previstos en el artículo 4 de la Ley 18.216, atendida la extensión de la pena principal impuesta (seiscientos días de presidio menor en su grado medio) se le beneficiará con la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la vigilancia de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, por el lapso de seiscientos días, con la obligación además, de dar cumplimiento con las exigencias contenidas en el artículo 5 de la ley 18.216. Si este beneficio le fuere revocado y deba ingresar a cumplir la pena impuesta, esta se le empezará a contar desde el día que se presente o fuere habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en la causa entre el 25 al 30 de octubre de 2004, según consta a fojas 6.197 y 6.342.

Acodada con la prevención del Ministro señor Alejandro Vera Quilodrán, quien estuvo por no aplicar el artículo 103 del Código Penal, esto es la media prescripción a los ilícitos por los que se condenó, atendido que:

A) la prescripción gradual o media prescripción se encuadra entre aquellas circunstancias modificatorias post-delictuales, cuya incidencia ocurre después de la realización del injusto culpable, las cuales están fundadas en criterios políticocriminales.

B) El transcurso del tiempo en esta clase de delitos que se juzga, no tienen ni pueden tener ninguna consideración respecto de la acción penal ni respecto de la sanción de quien se juzga, sino se afecta el principio imperativo de la imprescriptibilidad de esta clase de delitos.

C) La prescripción como se ha dicho en el cuerpo de la sentencia de esta Corte, esta prohibida para esta clase de ilícitos, por lo que luego, si la prescripción esta vedada también lo está la media prescripción, que es, el transcurso de la mitad del plazo de prescripción del delito.

D) Que los argumentos, de que el fundamento de la media prescripción, en primer término, es la seguridad jurídica, en atención a la exigencia de autolimitación del poder punitivo del Estado, expresión jurídica del debilitamiento del ius puniendi ante el transcurso de un significativo lapso temporal (que en nuestra legislación se traduce en un efecto atenuatorio por el resultado de la ficción jurídica que exige que se considere el hecho como si estuviese revestido de atenuantes) o que, en segundo término, se debería a la razón de la seguridad jurídica impuesta por exigencias del principio de humanidad, que se proyecta en la extinción del ius puniendi del Estado, imponiendo la prescripción o media prescripción como imperativo de respeto a la dignidad del hombre, no pueden sostenerse ni aplicarse para estos ilícitos, ya que la gravedad de estos se mantiene en el tiempo, por ello son imprescriptibles y por ello tampoco es posible valerse de la prescripción gradual o media prescripción. Aplicar este instituto sería desconocer la obligación de sancionar proporcionalmente estos crímenes y vulnera el principio vinculante e imperativo de derecho internacional de la imprescriptibilidad, sustentados en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Luis Troncoso Lagos, quien fue del parecer de **Absolver** a los procesados en atención a los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Primero: Que, el artículo 94 del Código Penal estipula que la acción penal prescribe, tratándose de crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, siendo el plazo de prescripción de

la acción penal de quince años, lo mismo señala el artículo 97 del referido cuerpo legal, refiriéndose a las penas impuestas por sentencia ejecutoriada.

Segundo: Que atendido tales disposiciones, y habiendo ocurridos los hechos investigados en estos autos en los años 1973 y 1974, es decir, casi cuatro décadas pasadas, éste Magistrado estima que los delitos están prescritos y por ende, debe dictarse sentencia absolutoria por prescripción.

Tercero: Que, la ley N° 20.357 publicada el dieciocho de julio de 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, no es aplicable, según nuestro Código penal, por cuanto, el artículo 18 del Código Punitivo de nuestro país, señala: “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Cuarto: Que, la ley N° 20.357 sobre crímenes de lesa humanidad se aplica, según mi convicción, hacia el futuro, no al pretérito, y por ende, no puede aplicar en forma retroactiva, pues los hechos ocurrieron con anterioridad a la vigencia de esta ley, es decir, antes del dieciocho de julio de dos mil nueve, por lo cual, los delitos cometidos con anterioridad no pueden ser sancionados por esta ley; y en el caso de autos, rige nuestro Código Penal, en el que los delitos tienen un plazo de prescripción para ejercer la acción penal, que en el caso nuestro, éstos prescriben en quince años, y los hechos ocurrieron, como se dijo, durante años 1973-1974, por lo cual, la responsabilidad de los procesados esta prescrita y consecuencia se debe dictar sentencia absolutoria, aunque éste disidente no comparta en absoluto los hechos ilícitos cometidos por los procesados, estimo que debe aceptarse la prescripción alegada, puesto que, esta institución fue creada para garantizar la paz social entre los habitantes de nuestro país.

Regístrese, comuníquese y otórguesele copia a los comparecientes.

Redactó el Ministro Alejandro Vera Quilodrán, la prevención y el voto disidente su autor.

Rol Corte: 17-2012.

Sr. Troncoso

Sr. Grandón

Sr. Vera

Pronunciada por la Primera Sala

Integrada por el Ministro señor Luis Troncoso Lagos, el Ministro Señor Julio Cesar Grandón Castro y el Ministro señor Alejandro Vera Quilodrán.

Temuco, treinta y uno de enero de dos mil trece, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.-