

Santiago, cinco de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

a) En el fundamento NOVENO se reemplaza la frase desde “la primera por cuanto...” hasta “de las víctimas”, por “la primera por formar parte de la calificación del delito de homicidio”;

b) En el mismo fundamento se elimina su acápite tercero y en el párrafo siguiente se suprime la expresión “aun así, y”. Enseguida, a continuación del vocablo “en cuanto” se intercala “al secuestro simple o común y”;

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

Primero: Que los hechos acreditados en el motivo SEGUNDO del fallo que se revisa se calificaron, acertadamente por el juez del fondo, como delitos de homicidio calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal, en relación con los numerales 1° y 5° del artículo 12 del mismo texto legal, es decir, el sentenciador tuvo por establecido que los agentes obraron con alevosía y premeditación, pues actuaron en un ataque sorpresivo, ejecutado en contra de personas que se encontraban imposibilitadas en absoluto de repeler cualquier agresión, porque los autores de la muerte de las víctimas procedieron fuertemente armados, de manera intempestiva, obraron sobre seguro, asegurando tanto el éxito de la ejecución del delito, como la propia integridad ante una eventual, pero improbable, reacción de los ofendidos y encontrándose capacitados para realizar estas acciones, de forma disciplinada y sujeto a un mando policial. El sentenciador agrega que *“los encausados crearon las circunstancias de desprotección, al trasladar a las víctimas hasta un lugar despoblado, en horas de la noche, ocultando la verdadera intención de darles muerte, para de tal manera proceder a abrir fuego en contra de éstas, haciendo uso de las armas que portaban, desarrollando sorpresiva y exitosamente su acción criminal, con la seguridad, además, que les brindó la desprevención de las víctimas, ejecutándolas, y dejando sus cuerpos abandonados...”*. En cuanto a la premeditación conocida, el juzgador razona en orden a que *“el día 8 de octubre de 1973, en horas de la noche, las víctimas fueron sacadas desde el domicilio en que residían...con el claro propósito, adoptado con ánimo frío y tranquilo, de darles muerte, para lo cual fueron trasladadas en un vehículo particular... hasta el kilómetro 14 de la Carretera San Martín, Camino Portezuelo, manteniendo los hechos su propósito ilícito durante todo dicho trayecto, hasta el instante mismo de la ejecución del delito”*.

Segundo: Que este Tribunal comparte, en consecuencia, las reflexiones de los fundamentos TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO del fallo de primer grado, desde que los elementos de convicción indicados en el fallo, reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y constituyen, por ende, un conjunto de presunciones judiciales que permiten tener por demostrada en juicio la participación de Ortega Troncoso y Donoso Concha en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Punitivo. El delito de homicidio calificado -por el cual se sanciona a los encartados- es un delito de lesa humanidad conforme prescribe el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 7°, según el cual: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato...”.

En este escenario, la participación de Ortega Troncoso se encuentra suficientemente acreditada en autos, sin que ello se altere por lo argüido en estrados por su defensa, por cuanto

ningún antecedente idóneo existe en la causa para concluir que al 8 de octubre de 1973 -día de los hechos- el acusado se encontraba alejado de las funciones que en calidad de Teniente desempeñaba en la Tenencia de “Eneas Gonel”, dependiente de la 5ª Comisaría de Carabineros de Conchalí. Es más, obra en autos un reconocimiento directo y concreto de la testigo presencial doña Juana de las Mercedes Muñoz Ibarra, conviviente de la víctima José Tapia Muñoz, quien reconoce a los acusados en la diligencia fotográfica de fojas 499, describiendo la forma en que se produjo la detención de las víctimas y la participación que en ese actuar tuvieron los sentenciados. Por otro lado, lo declarado en esta causa por Juan Guzmán Valencia, Leonidas Bustos San Juan y Ramón Plaxedes González, a fojas 319, 330 y 395 respectivamente, resulta insuficiente para eximir de responsabilidad a Ortega Troncoso, desde que tampoco entregan claridad acerca de las ausencias del Teniente Ortega o de la supuesta separación de su lugar de trabajo por parte de sus superiores.

Tercero: Que, por otro lado, no será oída la petición de los querellantes en su acusación particular, por cuanto no existen antecedentes para concluir que en la especie se configuran además los delitos de secuestro simple, detención ilegal, aplicación de tormentos y asociación ilícita; sobre el particular se tiene presente la dinámica de los hechos en la forma que el sentenciador los dejó establecidos, unido a la circunstancia de que la detención de las víctimas y su posterior ejecución forman parte del tipo penal que se sanciona, pues los asesinatos perpetrados por funcionarios públicos contra pobladores como una política generalizada de terror y la detención de los ofendidos en forma violenta, sin respeto alguno de sus derechos, califica en definitiva el delito de homicidio que se sanciona. A lo anterior se agrega que no se logró acreditar que los ofendidos estuvieron privados de libertad en alguna unidad policial o que éstos fueron llevados por sus captores a un recinto clandestino de detención. El hecho acreditado, conforme a la prueba de cargo, da cuenta de que la detención y muerte de los ofendidos se produjo el mismo día 8 de octubre de 1973. Además, los cuerpos de las víctimas presentaban -como consta de los Informes de Autopsia agregados a fojas 93 y 125- numerosos impactos de bala, sin que obre en autos otra prueba idónea para concluir que el “cercenamiento” que se observa en el cuerpo de Malvino Campos, corresponde a un actuar diverso y previo al acometimiento que les provoca la muerte. Por otro lado, lo observado por la testigo Juana Muñoz Ibarra -quien describe marcas en el rostro y cabellera rasurada en Tapia Muñoz- tampoco determina necesariamente la existencia de apremios y torturas como un ilícito diferente, en primer lugar, porque las lesiones bien pueden ser producto de los múltiples disparos de que fue objeto su cuerpo y, en segundo lugar, porque en esa época rasurar las melenas de los ciudadanos formó parte de una conducta reiterada de los agentes del Estado en señal de disciplina, la que por sí sola resulta irrelevante jurídicamente.

Cuarto: Que en cuanto a las agravantes de responsabilidad penal contempladas en el artículo 12 N°s 8 y 11 del Código Penal, esta Corte comparte lo razonado por el sentenciador en el fundamento NOVENO del fallo apelado, a lo que se agrega que si bien está acreditada la calidad de funcionarios públicos de los acusados, lo cierto es que el carácter público de éstos forma parte de la calificación del homicidio -delito de Lesa Humanidad- desde que en su comisión han actuado Agentes del Estado que en definitiva pertenecen al aparato público, por ende, tal calidad no puede ser parte, al mismo tiempo, del hecho punible y de una circunstancia agravante, ya que atenta directamente contra la norma prohibitiva del artículo 63 del Código Penal, en cuanto no agravan la pena aquellas circunstancias inherentes al delito, que sin su presencia no puede cometerse, pues en los hechos, si se suprime el carácter

público de los partícipes -carabineros-, no podría calificarse el ilícito, como de Lesa Humanidad.

En cuanto a la segunda apelante, esto es, “ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”, dicha circunstancia constituye también un elemento esencial que está implícito en la figura del homicidio calificado, que resultaba indispensable para su comisión en el contexto que se dieron estos hechos, por lo que no puede tener una doble calidad, esto es, ser parte de un hecho típico y agravación del mismo, atendida la regla del artículo 63 citado.

Quinto: Que en relación a la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, acogida respecto de los dos sentenciados de autos, esta Corte comparte el razonamiento del juez de la instancia, toda vez que es un hecho objetivo que Ortega Troncoso y Donoso Concha, no han sido condenados con anterioridad al comienzo de la ejecución del delito materia de este fallo.

Sexto: Que en cuanto a la aplicación de la regla del artículo 103 del Código Penal, que consagra el instituto jurídico de la media prescripción, cabe señalar que por las mismas razones entregadas por el *a quo* para desechar la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad penal -por aplicación de las normas del Derecho Internacional- es dable descartar la gradual. En efecto, ambas instituciones se fundan en el transcurso del tiempo como requisito esencial y justificante para su aplicación, por consiguiente, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza natural y necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra 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.

Séptimo: Que, en consecuencia, al momento de determinar la pena, se tendrá presente que los acusados Ortega Troncoso y Donoso Concha son autores de dos delitos de homicidio calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, cuya pena asignada -a la época de los hechos- es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y que les favorece una atenuante sin que les perjudique agravante alguna, por lo que la pena no se podrá imponer en el grado máximo de los contemplados por la ley, acorde con el artículo 68, inciso segundo del Código citado. Sin embargo, para efectos de la pena que corresponde imponer en concreto a los acusados debe tenerse presente que en la especie se trata de delitos reiterados de una misma especie, correspondiendo, en consecuencia, imponer la sanción en la forma dispuesta en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, estimando todas las infracciones como una sola, aumentando la pena en un grado. Así las cosas, la sanción se elevará en un grado, resultando aplicable entonces la de presidio mayor en su grado máximo.

Octavo: Que en la forma ya indicada, esta Corte difiere de la opinión de la Fiscalía Judicial contenida en el informe de fojas 1062, en relación al *quantum* de la pena que finalmente se procederá a aplicar.

Por estas consideraciones, y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 103 del Código Penal; 509, 514, 527 y 535 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apelada de fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, escrita a fojas 978 y siguientes, **con declaración de** que se eleva la pena impuesta a los acusados René Ortega Troncoso y Fernando Donoso Concha, quienes quedan condenados como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado cometidos en las personas de José Alejandro Tapia

Muñoz y Héctor Juan Malvino Campos, a sufrir la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, sin perjuicio de las sanciones accesorias que el mismo fallo les impone.

Sin perjuicio de lo anterior, y habiéndose dictado sobreseimiento definitivo parcial en esta causa en relación a los inculpados Onofre Roberto Andrade Bahamonde y Luis Bravo Hernández, por la causal del artículo 10 N° 1 del Código Penal, el que no tiene informe del Ministerio Público Judicial, **pasen los antecedentes al señor Presidente de este Tribunal, para su tramitación.**

Regístrese, notifíquese y devuélvase, en su oportunidad, con sus agregados.

Redacción de la Ministra señora González Troncoso.

Rol N° 543- 2016. (Tomos I, II y III)

Pronunciada por la **Novena Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Jessica De Lourdes González Troncoso, e integrada por la Ministra señora Romy Grace Rutherford Parentti y el Abogado Integrante señor Mauricio Decap Fernández.