

Santiago, trece de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En los autos Rol N° 20.983-2020 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fuero señor Carlos Aldana Fuentes, por sentencia de 30 de octubre de 2017, escrita a fojas 6.466, decidió, en lo que interesa a los recursos:

1.- Que se absuelve a José Francisco Puga Pascua de la acusación que le atribuía la calidad de encubridor de los delitos de homicidio calificado de las siguientes once personas: Florencia, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue); y de coautor de los delitos de exhumación ilegal, de los restos de las siguientes once personas: Florencia, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (Del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Femando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue).

II.- Que se condena a Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan de Dios Higuera Álvarez, Osvaldo Enrique Díaz Díaz y Héctor Armando Guzmán Saldaña, en las calidades que se indican y por los siguientes delitos:



a) Como coautores de los delitos de homicidio calificado de las siguientes doce personas: del Fundo Carmen y Maitenes (siete): Florencio, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González; del fundo Pemehue: (cinco) Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina, Juan de Dios Roa Riquelme y José Fernando Gutiérrez Ascencio, cometidos en los días 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, 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.

b) Como coautores de los delitos de secuestro calificado de las siguientes seis personas: Del fundo El Morro: Juan de Dios Laubra Brevis, José Florencio Yáñez Durán, Celsio Nicasio Vivanco Carrasco, Edmundo José Vidal Aedo, Domingo Sepúlveda Castillo y Guillermo José Albornoz González, cometidos los días 5, 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a 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.

c) Como coautores de los delitos de inhumación ilegal de doce cadáveres correspondientes a Florencio, José Liborio y José Lorenzo, todos de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel



Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina, Juan de Dios Roa Riquelme y José Fernando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue), cometidos los días 5, 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, a la pena de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena.

III.- Que se condena a José María Tucapel Iturriaga Valenzuela, Jaime Alberto Muller Áviles, Julio Hernán Fuentes Chavarriga, Luis Alberto Palacios Torres, Juan Carlos Balboa Ortega y Jaime Oscar García Zamorano, en las calidades y por los delitos que se indican:

a) Como encubridores de los delitos de homicidio simple de las siguientes once personas: Florencio, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue), cometidos en el año 1979, en la comuna de Mulchén, a la pena de tres años y un día 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 durante el tiempo de la condena.

b) Como coautores, de los delitos de exhumación ilegal, de los restos de las siguientes once personas: Florencio, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González



(Del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue), cometidos en el año 1979, en la comuna de Mulchén, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena.

IV.- Que se condena a Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido, en las calidades y por los delitos que se indican:

a) Como encubridor de los delitos de homicidio simple de las siguientes once personas: Florencio, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue), cometidos en el año 1979, en la comuna de Mulchén, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio públicos durante el tiempo de la condena.

b) Como coautor de los delitos de exhumación ilegal, de los restos de las siguientes once personas: Florencio, José Liborio y José Lorenzo, de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González (Del Fundo Carmen y Maitenes) y Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando



Gutiérrez Ascencio (del Fundo Pemehue), cometidos en el año 1979, en la comuna de Mulchén, a la pena de trescientos días de reclusión menor en su grado mínimo y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve, que rola a fojas 7.115, estableció:

I.- Que se revoca la sentencia en alzada en los siguientes aspectos:

A.- En cuanto condenó a los sentenciados Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan De Dios Higuera Álvarez, Osvaldo Enrique Díaz Díaz y a Héctor Armando Guzmán Saldaña, como coautores de los delitos de inhumación ilegal de los hermanos Florencio, José Liborio y José Lorenzo, todos Rubilar Gutiérrez; de Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González, Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina, Juan de Dios Roa Riquelme y José Fernando Gutiérrez Ascencio, cometidos los días 5, 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, y en su lugar se declara que se absuelve a dichos encartados de la comisión de tales ilícitos.

B.- En cuanto condenó a los sentenciados José María Tucapel Iturriaga Valenzuela, Jaime Alberto Müller Áviles, Julio Hernán Fuentes Chavarriga, Luis Alberto Palacios Torres, Juan Carlos Balboa Ortega, Jaime Oscar García Zamorano, y Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido, como coautores de los delitos de exhumación ilegal de los restos de Florencio, José Liborio, y José Lorenzo, todos de apellido Rubilar Gutiérrez, y de Alejandro Albornoz González,



Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González, Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio, cometido en el año 1979, en la comuna de Mulchén, y en su lugar se declara que se absuelve a los referidos encartados de la comisión de tales ilícitos.

C.- En cuanto condenó a los sentenciados José María Tucapel Iturriaga Valenzuela, Jaime Alberto Müller Áviles, Julio Hernán Fuentes Chavarriga, Luis Alberto Palacios Torres, Juan Carlos Balboa Ortega, Jaime Oscar García Zamorano, y Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido, como encubridores de delitos de homicidio simple, y en su lugar se decide que los referidos encartados quedan condenados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, 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, como encubridores de los homicidios calificados de los hermanos Florencio, José Liborio, y José Lorenzo, Rubilar Gutiérrez; de Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González, Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio, cometidos en el año 1979, en la comuna de Mulchén.

II.- Que, se confirma en lo demás apelado la referida sentencia, con declaración que:

A.- Se eleva la pena aplicable a los sentenciados Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan de Dios Higuera Álvarez, Osvaldo Enrique Díaz Díaz y Héctor



Armando Guzmán Saldaña, como coautores de los delitos de homicidio calificado respecto de las siguientes víctimas: i) del Fundo Carmen y Maitenes: Florencio Rubilar Gutiérrez, José Liborio Rubilar Gutiérrez, José Lorenzo Rubilar Gutiérrez, Alejandro Albornoz González, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña, Daniel Alfonso Albornoz González; ii) del Fundo Pemehue: Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina, Juan de Dios Roa Riquelme y José Fernando Gutiérrez Ascencio, ocurridos en los días 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena.

B.- Se eleva la pena aplicable a los sentenciados Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan De Dios Higuera Álvarez, Osvaldo Enrique Díaz Díaz y Héctor Armando Guzmán Saldaña, como coautores de los delitos de secuestro calificado de las siguientes personas del Fundo El Morro: de Juan de Dios Laubra Brevis, José Florencio Yáñez Durán, Celsio Nicasio Vivanco Carrasco, Edmundo José Vidal Aedo, Domingo Sepúlveda Castillo y de Guillermo José Albornoz González, perpetrados a partir de los días 5, 6 y 7 de octubre de 1973, en la comuna de Mulchén, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.



Contra ese último pronunciamiento, las defensas de los condenados Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan de Dios Higuera Álvarez y Héctor Armando Guzmán Saldaña dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo, y los abogados de los acusados Osvaldo Enrique Díaz Díaz, Jaime Alberto Muller Áviles, Julio Hernán Fuentes Chavarriga, Luis Alberto Palacios Torres, Juan Carlos Balboa Ortega, Jaime Oscar García Zamorano y Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido interpusieron recursos de casación en el fondo.

Con fecha cinco de marzo de dos mil veinte, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la defensa del sentenciado Jaime Oscar García Zamorano interpuso recurso de casación en el fondo, sin embargo habiéndose tomado noticia de que éste falleció el 3 de septiembre de 2021, no se emitirá pronunciamiento sobre ese arbitrio, debiendo el juez de primer grado, recabar el certificado respectivo y dictar la resolución que en derecho corresponda.

I.- En cuanto a los recursos de casación en la forma.

Segundo: Que las defensas de los condenados Héctor Armando Guzmán Saldaña, Juan de Dios Higuera Álvarez y Jacob del Carmen Ortiz Palma, deducen recursos de casación en la forma fundados en el artículo 541 N° 11 del Código de Procedimiento Penal, fundado en que la sentencia condenatoria pronunciada fue dictada en oposición de otras sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, que producen efecto de cosa juzgada, lo que impide de forma absoluta la existencia de un nuevo juzgamiento contra los acusados relativo a los mismos hechos, en que se dictó sobreseimiento.



Explica que el Juzgado Militar de Concepción, en la causa Rol 446-81, que tuviera por objeto la investigación y juzgamiento de los mismos hechos en que recae la sentencia recurrida, mediante resolución de fecha 07 de enero de 1983, decreta el sobreseimiento definitivo de la causa, fundando su fallo en que los hechos investigados ocurrieron en el período cubierto por la Ley de Amnistía contemplada en el Decreto Ley 2.191 del año 1978, y la Corte Marcial confirma la sentencia apelada, en el sentido que otorga al sobreseimiento un carácter temporal. Luego, en el año 1993 fue declarado el sobreseimiento definitivo y confirmado por la Corte Marcial el 25 de julio de 1996.

Señala que la propia Corte de Apelaciones de Concepción en causa rol de ingreso criminal N° 12.976-2002, en que se recurre en contra de procesamiento dictado por el Juzgado del Crimen de Mulchén, exactamente por los mismos hechos, en contra de los mismos ex uniformados procesados y condenados en estos autos, entre ellos los recurrentes, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2002, resuelve en definitiva revocar los procesamientos, ordena la libertad inmediata, ratificando el sobreseimiento definitivo decretado en la causa.

Concluye solicitando se acoja el recurso interpuesto y se declare que la sentencia impugnada es nula en su integridad, por haber sido dictada en oposición a otras dos sentencias, que sobreseyeron a los encausados por los mismos hechos por los que ahora se les condena.

Tercero: Que en lo que atañe a la causal de casación en la forma invocada por los recurrentes, cabe precisar que el sobreseimiento que motiva el reclamo fue decretado por el Juzgado Militar de Concepción a favor de los tres enjuiciados, sobre la base de haber aplicado el D.L. 2191 de 1978, que dispuso la amnistía a



todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, incurrieron en actos delictuosos que se señalan entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

Cuarto: Que, para realizar un adecuado análisis de la cosa juzgada en materia penal, cabe recordar que las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fundamentales en el juicio penal, a saber: la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o las personas responsables del mismo. Sobre ellas fuerza la ley la atención investigativa y probatoria del tribunal y sólo cuando se cumplen estos dos objetivos permite el sometimiento a proceso.

Estos principios se encuentran recogidos por el numeral 7º del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata ha sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, resultando claro que en materia penal puede aplicarse la cosa juzgada cuando se ha producido la doble identidad de hecho punible y del actual procesado, produciendo la primera sentencia excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio.

Quinto: Que, empero, a estas exigencias legales se superponen las obligaciones internacionales del Estado de Chile, el cual, conforme al IV Convenio de Ginebra, se comprometió a tomar todas las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra ese convenio, asumiendo asimismo, la obligación de buscar a las



personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves que señala el aludido Convenio, a las que debe hacer comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad.

De la manera señalada y como ya se ha resuelto por tribunales internacionales, constituye violación de una obligación de ese carácter, permitir el efecto de cosa juzgada derivada de un simulacro de investigación, o de una que ha sido deficiente, o incluso, realizada por un tribunal de fuero que no ofrece garantías sobre la imparcialidad del juzgamiento. Ello fue precisamente el fundamento que tuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el denominado caso Almonacid Arellano, para declarar el impedimento de favorecer a los autores de un delito de lesa humanidad con la amnistía, señalándose que la protección de los derechos humanos prohíbe la aplicación de medidas legales que impidan la investigación, procesamiento y eventual sanción por violaciones a los derechos humanos: la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley N° 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado 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 N° 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.

Las leyes de autoamnistía, en tanto obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y



recibir la reparación correspondiente, resultan incongruentes con las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, premisa que ha sido reiterada por la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos y en fecha más reciente, en el caso Masacres del Mozote, seguido en contra de El Salvador.

Tal como señala el fallo recurrido, la autoamnistia -por cuanto esa es la real naturaleza del D.L. 2191 de 1978- sólo puede ser interpretada como un modo de elusión de las consecuencias de la responsabilidad y, por ende, como una fórmula que lleva a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los agentes transgresores.

Sexto: Que, entonces, no cabe dar al sobreseimiento invocado por los enjuiciados Ortiz Palma, Higuera Álvarez y Guzmán Saldaña, autoridad de cosa juzgada, por lo que los recursos de casación en la forma serán desestimados.

II.- En cuanto a los recursos de casación en el fondo.

Séptimo: Que la defensa de los condenados Luis Alberto Palacios Torres, Jaime Alberto Muller Avilés y Juan Carlos Balboa Ortega, interpuso recurso de casación en el fondo fundado en las causales contempladas en el artículo 546 números 2 y 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 63, 64 inciso 4, 242, 390 y 391 del Código Penal, y los artículos 108, 109, 121, 122, 456 bis, 457, 459, 485, 486, 487 y 488 números 1º y 2º, todos del Código de Procedimiento Penal.

Expresa que la sentencia, sin ningún nuevo medio de prueba, recalifica la participación de los encausados como encubridores de once delitos de homicidios



calificados, declarando que entiende probada la calificante de alevosía y que le es comunicable, conforme el artículo 64 del Código Penal.

Indica que es un hecho que los acusados no estuvieron presente en los sitios donde se habría dado muerte a las víctimas, por consiguiente, no son ni autores ni cómplices, ni tuvieron conocimiento de los hechos en los términos de la primera parte del inciso 1º del artículo 17 del Código Penal, es decir, conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos para llevarlo a cabo. La exhumación que se le atribuye se realiza respecto a restos óseos inhumados hace largo tiempo (seis años). Es más, la muerte de los occisos es determinada muchos años después de la exhumación, por lo que los accidentes y pormenores de esas muertes no estuvieron nunca en conocimiento de los acusados.

Señala que los sentenciadores de ambas instancias coinciden en atribuirles, un actuar doloso destinado a encubrir un homicidio, partiendo de la premisa no probada que la exhumación constituye el último eslabón de una serie de sucesos con consecuencia jurídicas, con el objeto de condenarlos. En efecto, la calificación de la muerte o el agravamiento en las penas que devienen de esta actitud, son circunstancias que requieren –para su penalización– que el encubridor haya tenido respecto de los hechos dolo directo, es decir, saber a ciencia cierta no sólo de la muerte de los occisos cuyo deceso se investiga, sino de las circunstancias específicas en que esas muertes acaecieron.

Añade que los hechos solo se comunican en la medida que se esté en presencia de lo establecido en el inciso 2º del artículo 64 en relación con el artículo 63, ambos del Código Penal, de suerte que constituye un despropósito y atentatorio de las reglas reguladoras de la prueba legal, arribar a una conclusión



con infracción al artículo 456 bis del Código Procesal Penal, más si no se encuentra probado conforme el artículo 488 números 1º y 2º del mismo cuerpo legal.

Expresa que, de la redacción del fallo de primer grado, se establece que existieron órdenes militares dadas por superiores en razón de mando, en los términos de los artículos 334 y siguientes, en relación con los artículos 418, 419, 423, 424, 425 y 430, todos del Código de Justicia Militar, que por mandato del artículo 5º del mismo cuerpo castrense, caen en la férula exclusiva y excluyente de la Judicatura Militar.

Concluye, pidiendo se invalide el fallo, y a continuación y sin nueva vista dicte el de reemplazo, declarando que se absuelve a los encartados.

Octavo: Que la sentencia de primera instancia en su considerando segundo, tuvo por establecidos los siguientes hechos:

“I. Que el 4 de octubre de 1973, el Cabo 1º Luis Díaz Quintana del Regimiento Nº 13 del Ejército de Chile de Los Ángeles fue comisionado por oficiales de dicha unidad, para presentarse en la Comisaria de Carabineros de Mulchén, en compañía de tres conscriptos, a fin de ponerse a disposición del Comisario de Carabineros de esa unidad policial, de quien recibiría instrucciones.

En el indicado recinto se llevó a cabo una reunión dirigida por un Teniente de Carabineros y otros cuatro funcionarios, indicando que debían partir de inmediato hacia el sector cordillerano de la región, en busca de un grupo de personas y cuyos nombres tenían en una lista, para lo cual debían tomar medio equipo, trasladándose en el primer trayecto en vehículo para proseguir a caballo, proporcionados por particulares y lugareños del sector.



II.- Que el viernes 5 de octubre de 1973, el grupo comandado por el Teniente de Carabineros de Mulchén Jorge Maturana Concha, (actualmente fallecido) llegó al fundo "El Morro", en el sector precordillerano de Mulchén y previa coordinación con el Administrador del lugar, procedió a detener, sin existir orden administrativa o judicial legítima, a los lugareños Juan de Dios Laubra Brevis, José Florencio Yáñez Durán, Celsio Nicasio Vivanco Carrasco, Edmundo José Vidal Aedo y Domingo Sepúlveda Castillo (5), quienes, después de haber sido interrogados en un "retén provisorio" de Carabineros de Chile levantado en ese lugar, fueron trasladados al sector denominado "La Playita" en la ribera del Río Renaico, donde se les ubicó en una de las orillas, con sus manos amarradas, vendados sus ojos y se les disparó por los aprehensores con fusiles SIG, cayendo los cuerpos al río y siendo arrastrados por la corriente, fecha desde la cual se desconoce su paradero o destino.

Días después, algunos familiares de las víctimas y lugareños encontraron los cuerpos flotando en el río o en sus riberas, los que fueron sepultados en las cercanías, dejando algunas señas o indicios que identificaran dicho lugar. Posteriormente, entre los años 1979 y 1980, el Ministro en Visita Extraordinaria de la época que llevó una investigación criminal por estos hechos, ordenó excavaciones, logrando recuperar algunos restos humanos, los que fueron trasladados hasta el Juzgado de Letras de Mulchén, no obteniéndose identificación científica de ellos y que después fueron inhumados en el Cementerio de Mulchén por la Fiscalía Militar a cargo, en esa oportunidad, de la investigación. Finalmente, los restos fueron exhumados por orden judicial para obtener muestras



de ADN no lográndose su identificación, razón por la cual aparecen como detenidos desaparecidos.

III.- Que, al día siguiente de los hechos ocurridos en El Morro, la misma patrulla, prosiguió su marcha, llegando el sábado 6 de octubre de 1973, al Fundo "Carmen y Maitenes", deteniendo en sus domicilios, sin orden administrativa o judicial competente, a los hermanos Florencia, José Liborio y José Lorenzo, todos de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña y Daniel Alfonso Albornoz González, (7) quienes fueron hechos prisioneros, mantenidos encerrados y obligados a pelearse entre sí en las casas del señalado fundo. Posteriormente, fueron trasladados hasta una planicie cercana a las casas de la administración, donde sus aprehensores les obligaron a cavar una fosa de 6 por 4 metros aproximadamente y colocarse en posición de cubito abdominal, disparándoles con fusiles SIG sobre sus cuerpos, causándoles la muerte. Acto seguido, los mismos hechos, inhumaron los restos, los que fueron tapados con la tierra extraída de dicha fosa, recubriéndola con trozos de césped colocados en forma irregular y se retiraron del lugar.

Posteriormente, en el año 1979, dos detectives de la Policía de Investigaciones del Mulchén, por orden de investigar emanada del Juzgado de Letras de la comuna, concurrieron al lugar de la inhumación, observando que esta había sido removida recientemente, encontrando solamente algunos restos humanos, los que fueron llevados al tribunal, donde, previa pericia y sin poder establecer a quien pertenecían, se guardaron en la sala de especies y posteriormente, por orden del Juzgado Militar que conocía la causa, se inhumaron



en el Cementerio de Mulchén, sin poder establecerse fehacientemente a que personas correspondían.

IV.- Que, en el mismo día 6 de octubre de 1973, en las oficinas de la administración del Fundo, se detuvo, sin existir orden competente legal o administrativa, a Guillermo José Albornoz González (1) mientras realizaba diligencias relacionadas con el Seguro Social; fue hecho prisionero y mantenido atado toda una noche y, al día siguiente, trasladado en un coloso arrastrado por un tractor manejado por Luis Alfero al Fundo Pemehue, donde fue desatado y obligado a cruzar por un puente sobre un río muy crecido, lugar en que el Teniente de Carabineros a cargo de la patrulla, ordenó al segundo carabinero en jerarquía presente, Jacob Ortiz Palma, dispararle, cayendo al río, sin que se tenga noticias de su suerte o destino hasta la fecha.

V.- Que, el 7 de octubre de 1973, la referida patrulla llegó hasta el Fundo Pemehue, asentándose en la casa patronal, procediendo a detener, sin orden judicial o administrativa correspondiente, a los trabajadores del lugar Alberto Albornoz González, Felidor Exequiel Albornoz González, Jerónimo Humberto Sandoval Medina y José Fernando Gutiérrez Ascencio, (4) a los cuales, una vez interrogados, fueron llevados a un sector cercano de la casa patronal, en las orillas de la ribera norte del río Renaico, en un sector rocoso, donde se cavó una fosa de poca profundidad, colocándolos en fila, se les vendó la vista y se les disparó con fusiles SIG, causándoles la muerte, enterrando los cuerpos de las víctimas en la fosa señalada la que taparon con tierra y rocas.

A los días siguientes, algunos familiares de las víctimas, previa remoción de la tierra en la que habían sido enterrados, encontraron sus cuerpos y les dieron



sepultura. En fecha cercana a la Semana Santa del año 1979, los familiares se percataron que los cuerpos habían sido sacados del lugar por personal desconocido.

Finalmente, el día 7 de octubre de 1973, la misma patrulla detuvo, de igual forma, a Juan de Dios Roa Riquelme (1), quien vivía en el Fundo Pemehue, al que lo llevaron cerro arriba y en un costado de un sendero, le dieron muerte con disparos de armas, enterrando su cuerpo en el lugar en que ocurrieron los hechos, a poca profundidad, tapándolo además con piedras, retirándose del lugar.

Días después, su esposa e hijos (de Roa Riquelme), encontraron su cuerpo en el lugar donde había sido sepultado, haciéndole una especie de tumba muy precaria, restos que permanecieron en el lugar. En el año 1979, el Señor Ministro en Visita a cargo de la investigación a esa época, ordenó la inscripción de su defunción, la que no se concretó por el Registro Civil, por razones de índole administrativo, al no contar con la autopsia correspondiente, quedando sus restos en el Juzgado de Letras de Mulchén, en custodia junto a otras osamentas y posteriormente inhumadas en el Cementerio local por orden del Juzgado Militar, sin que pudiera establecerse hasta la fecha el lugar exacto de su ubicación.

VI.- Que entre fines de 1978 y principios de 1979, se recibió en la Sección 2 del Regimiento "Húsares" de Angol, por el encargado de Inteligencia Sargento 1° Juan Carlos Balboa Ortega, un criptograma proveniente de la Comandancia en Jefe del Ejército en el cual se ordenaba a todos los comandantes de las unidades militares del país realizar las diligencias pertinentes para evitar que terceros dieran con las inhumaciones derivadas de ejecuciones ilegales, realizadas en cada jurisdicción militar. Este documento lo entregó al Comandante del referido



Regimiento Coronel Patricio Escudero Troncoso, quien le preguntó si existía en la jurisdicción algún caso, a lo que Balboa le respondió que no, archivando los antecedentes.

VII.- Posteriormente, en el verano del año 1979, el referido Sargento 1° Balboa Ortega, mientras se encontraba de vacaciones en el sector precordillerano, entre Mulchén y Angol, tomó conocimiento, en una conversación casual con un hijo de las víctimas, que su padre había sido muerto por Carabineros de Mulchén en 1973 y que su cuerpo, junto a los de otras personas, había sido enterrado en el sector. De este hecho dio cuenta al Comandante de su Regimiento, quien dispuso desarchivar el criptograma y ponerlo en conocimiento, por intermedio del mismo Balboa Ortega, del Comandante del Regimiento de Infantería de Montaña Reforzada N° 17 "Los Ángeles", Coronel Jaime García Zamorano, quien tenía jurisdicción respecto del lugar en el que se encontrarían los restos de las víctimas. Éste ordenó realizar un operativo con personal militar de ese Regimiento a cargo del Jefe de la Sección II Teniente Julio Reyes Garrido, compuesto por los suboficiales José Puga Pascua, José Iturriaga Valenzuela, Jaime Muller Avilés, Julio Fuentes Chavarriga, Luis Palacios Torres y Juan Cares Molina (actualmente fallecido) y del Departamento II de la 3° División de Ejército de Concepción, a cargo del Suboficial Mayor Eduardo Paredes Bustarnante [actualmente fallecido] quien al año 1973 se había desempeñado en la sección II del Regimiento de Los Ángeles, los cuales se dirigieron hacia el lugar de las inhumaciones partiendo por la ribera sur del Río Renaico vía Collipulli y desde allí se internaron por el camino a Curaco, llegando al sector "El Amargo", cruzando a la ribera norte del referido río, donde previas averiguaciones con lugareños,



llegaron al sector de Carmen y Maitenes, específicamente a un sitio donde se encontraba una cruz y excavaron con palas y picotas sacando restos humanos, además de vestimentas y cédulas de identidad, los que introdujeron en sacos paperos, diferenciando los restos humanos de siete personas Florencia, José Liborio y José Lorenzo, todos de apellidos Rubilar Gutiérrez, además de Alejandro Albornoz Gonzalez, Luis Alberto Godoy Sandoval, Miguel del Carmen Albornoz Acuña y Daniel Alfonso Albornoz González, más las otras especies sacadas.

Concluida la excavación, en la que intervinieron Puga Pascua, Iturriaga Valenzuela, Muller Avilés, Fuentes Chavarriga, Palacios Torres, Cares Molina y Paredes Bustamante, cruzaron el río y pusieron los sacos paperos en la parte trasera de la camioneta en que se movilizaban, donde estaba esperándolos Balboa Ortega, quien según su testimonio de fs. 3.515 y al ver que a Müller se le cayó el saco que trasportaba al río, lo ayudó, ingresando al agua y sacando el referido saco, sabiendo lo que contenía, el que subió a la camioneta. Para terminar la operación, taparon la tumba de la cual extrajeron los huesos u otras especies, simulando que nada había ocurrido en el sector.

Posteriormente, se trasladaron hasta el lugar de las Termas de Pemehue, en el interior de la Cordillera, también de jurisdicción del Regimiento de Los Ángeles, donde nuevamente excavaron y desenterraron otros cuatro cuerpos, que estaban sepultados en la ribera Norte del río Renaico, bajo unas piedras, tapando las tumbas para ocultar la exhumación y luego subiendo los restos a la camioneta en la cual se movilizaban.



Los integrantes de la patrulla que exhumó los referidos cuerpos, tenían antecedentes que ellos correspondían a lugareños quienes en octubre de 1973, habían sido fusilados por personal de Carabineros de Mulchén.

VIII. Los restos óseos exhumados, las ropas y documentos de identidad fueron llevados hasta el Regimiento de Infantería de Montaña Reforzado N° 17 de Los Ángeles, lugar donde el Teniente Reyes, a cargo de la operación, dio cuenta al Comandante García quien ordenó deshacerse de ellos, para lo cual se dispuso su incineración en un horno de ladrillos que se ubicaba contiguo a la Sección 25 en el interior del Regimiento.

IX. Que, cabe tener presente que los hechos descritos anteriormente, constituyen el último eslabón del episodio que se inició el 6 de octubre de 1973 ya referido en el considerando primero, respecto de las víctimas de Carmen y Maitenes y Pemehue, destinado a lograr la eliminación de los restos de las víctimas a fin de ocultar o inutilizar el cuerpo de los delitos para impedir su descubrimiento.”

Noveno: Que antes del examen de los arbitrios deducidos, resulta oportuno consignar desde ya, que el recurso de casación constituye una vía de impugnación de derecho estricto en cuanto impone al recurrente el cumplimiento de determinadas formas legales. Así lo establece el artículo el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable según la remisión expresa que contiene el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal a las disposiciones previstas en el párrafo 1º y 4º del Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, según la primera de estas disposiciones, el libelo que contenga el recurso deberá expresar en qué consiste el o los errores de derecho, en los que



se afirma habría incurrido la sentencia, y además, de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. No bastará, en consecuencia, la mera aseveración del error de Derecho reclamado, ni tampoco, la sola enunciación de normas legales, sino que debe precisarse con suficiente claridad y concatenamiento lógico-argumental en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, y exponerse, además, cómo el vicio denunciado constituye una o más de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Esta exigencia obliga entonces a los impugnantes no sólo a expresar ordenada y lógicamente los presupuestos indicados, sino además, les impedirá proponer motivos de nulidad contradictorios unos de otros, pues ello implicaría trasladar indebidamente al fallador, la referida carga procesal a efectos de determinar si existe uno o más de los vicios alegados.

Un recurso de casación en el fondo que incurra en tales omisiones o contradicciones procesales, nunca podrá prosperar.

Décimo: Que, analizando el recurso deducido por la defensa de Palacios Torres, Muller Avilés y Balboa Ortega, cabe destacar como un insuperable defecto del libelo, que si bien invoca la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, omite una referencia precisa -indispensable en esta clase de recurso- a las disposiciones penales sustantivas que también habrían sido infringidas, como efecto causal del quebrantamiento de las reglas sobre presunciones judiciales. El recurrente sustenta la absolución de los condenados, por no haberse acreditado las calidades de encubridores de los delitos de homicidios calificados de once personas, tipificado y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera,



del Código Penal. En consecuencia, al haberse tenido por establecida dicha participación, se habrían infringido necesariamente los artículos 14, 17 y 391 N° 1, circunstancia primera, del estatuto punitivo, preceptos que se omite invocar como erróneamente aplicados y que están directamente vinculados a las contravenciones de índole procesal que se denuncian, haciendo únicamente una referencia al artículo 391 del citado cuerpo normativo.

Es evidente que las normas sustantivas que tienen el carácter de decisoria litis y se habrían debido aplicar con infracción de ley, son los preceptos de fondo a que debe recurrir el tribunal de casación en el evento de tener por establecidos hechos distintos de aquellos que estableció la sentencia impugnada. (SCS, 13.10.1980, R., t. 77, secc. 4ª, p. 216).

La deficiencia anotada, cuya relevancia se ha destacado, lleva al rechazo del recurso.

Sin perjuicio de lo argumentado precedentemente, cabe hacer presente que el recurrente postula hechos distintos de los dados por acreditados por los jueces, con el fin de contraponerlos a éstos y fundamentar así la absolución impetrada. A juicio de estos sentenciadores, quien pretende una modificación de los supuestos fácticos establecidos soberanamente, por la vía de sostener una infracción de las leyes reguladoras y postula otros hechos, como únicos verdaderamente acreditados, tiene el deber de demostrar al tribunal de casación la manera concreta en que se vulneraron los números 1 y 2, primera parte, del artículo 488 al tenerse por comprobados hechos distintos a los que, según el articulista, deberían tenerse por tales y que conducirían a la absolución de los condenados. Nada de esto se contiene en el arbitrio y lo que sí se puede apreciar es el propósito de



atacar la valoración hecha por los jueces del conjunto de medios probatorios reunidos, en uso de sus facultades legales, ponderación que, como lo ha reiterado permanentemente la jurisprudencia, está al margen del recurso de nulidad sustancial. Esta Corte Suprema ha declarado que el proceso de valorización de la prueba no puede rehacerse por la vía del recurso de casación en el fondo. Tal operación llevaría a entrar en el examen intrínseco de las probanzas, convirtiéndolo en una tercera instancia. (SCS, 07.07.1982, r., t. 79, secc.4ª, p. 80).

No estando demostrado que los sentenciadores invirtieron el peso de la prueba, o rechazaron aquella que la ley admite, o aceptaron la que la ley rechaza, o desconocieron el valor probatorio de las producidas en la causa, ha de rechazarse la causal hecha valer.

Undécimo: Que las defensas de los condenados Héctor Armando Guzmán Saldaña, Juan de Dios Higuera Álvarez y Jacob del Carmen Ortiz Palma, en sus recursos de nulidad sustancial, invocan las causales establecidas en el artículo 546 numerales 1 y 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 488 números 1 al 5, del mismo cuerpo legal y en relación con el artículo 1698 del Código Civil y artículos 15 y siguientes del Código Penal.

Señalan que la sentencia ha cometido un error de derecho determinando la participación punible en calidad de coautores de los mencionados acusados en los delitos investigados en esta causa, sin que existan elementos probatorios que lo sustenten.

Explican que sus condenas se fundamentan en presunciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, las que no cumplen los requisitos establecidos por la norma señalada para estimar



la existencia de prueba completa que acredite la coautoría que se les atribuye en los hechos investigados.

Agregan que el artículo 1698 del Código Civil, establece la regla del onus probandi, que consiste en que, quien afirma lo que altera o escapa de la normalidad debe probarlo. En este sentido, lo normal es que Carabineros de Chile, que es una institución jerarquizada, opere mediante órdenes impartidas por los superiores, por lo que quien sostenga que un subalterno dio una orden que correspondía ser impartida por su superior, o ejecutó alguna acción que no le había sido ordenada, debe probarlo, lo que no se ha efectuado en la presente causa.

Explican que no existe multiplicidad de antecedentes ni menos precisión de los mismos, pues en la práctica se les pretende condenar principalmente en base a sus propias declaraciones, en las que solo reconocen su presencia en el lugar y haber formado parte de la patrulla, pero no hacen referencia a alguna acción que pueda estimarse constitutiva de los tipos penales por lo que se les condena. En consecuencia, se funda sus participaciones penales en base a meras conjeturas, no sobre la base de hechos reales y concretos debidamente acreditados que emanen de las pruebas allegadas a la causa, estimando que en la especie por la exigua prueba existente, resulta insuficiente para formar la convicción del sentenciador conforme al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

Añaden que resulta infringida también la disposición del artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, pues la sentencia no expone una a una las presunciones que sirven para fundar las condenas impuestas a los acusados.



Concluyen pidiendo que se acojan los recursos, invalidando en su integridad la sentencia impugnada, dictando, acto continuo y sin nueva vista, sentencia de reemplazo que absuelva de todo cargo a los mencionados acusados, en los términos expuestos en los recursos.

Duodécimo: Que, analizando los recursos de nulidad sustanciales deducidos por las defensas de Guzmán Saldaña, Higuera Álvarez y Ortiz Palma, es más conveniente abocarse, en primer término, a la infracción a las leyes que se denominan en los libelos como reguladoras de la prueba, fundadas en el quebrantamiento del artículo 488 numerales 1 al 5 del Código de Procedimiento Penal y 1698 del Código Civil. Al respecto, cabe destacar como un insuperable defecto de los arbitrios, que si bien invocan la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, omiten una referencia precisa a las disposiciones penales sustantivas que habrían sido infringidas, como efecto causal del quebrantamiento de las reglas sobre presunciones judiciales. Los recurrentes sustentan la absolución de los condenados, por no haberse acreditado sus participaciones culpables de coautores en los delitos de homicidio calificado de doce personas, tipificado y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal y coautores en los delitos de secuestro calificado de seis personas, castigado en el artículo 141 inciso tercero del Código Punitivo. En consecuencia, al haberse tenido por establecida dichas coautorías, se habrían infringido necesariamente los artículos 14, 15, 141 y 391 N°, circunstancia primera, del estatuto punitivo, preceptos que se omite invocar como erróneamente aplicados, salvo la referencia genérica al artículo 15 y siguientes del Código Penal, sin precisar que normas sustantivas se consideran quebrantadas y que están



directamente vinculados a las contravenciones de índole procesal que se denuncian. (En este sentido y aludiendo precisamente a los artículos 14 y 15 del Código Punitivo, SCS, 08.10.1968, R., t. 65, secc. 4ª, p. 257; SCS, 25.06.1995, F. del M, N° 451, p. 1222).

Este Tribunal ha resuelto que para rechazar el recurso de casación en el fondo basta tener presente que sólo se dan por infringidos preceptos procesales y no así ninguna disposición sustantiva, con lo cual, y en el caso hipotético de acogerse tal recurso, la Corte quedaría impedida para dictar la correspondiente sentencia de reemplazo. (En el Repertorio del Código de Procedimiento Penal, p. 429, se citan diecisiete fallos, entre mayo de 1972 y julio de 1996), conforme a lo expresado en el basamento décimo del presente fallo.

La deficiencia anotada, cuya relevancia se ha destacado, lleva al rechazo de los recursos.

Décimo tercero: Que los restantes acápites de los arbitrios, que descansan en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, permite la invalidación cuando la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al hechor una pena más o menos grave que la designada, con error de derecho, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al delincuente, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al determinar la naturaleza y el grado del castigo; lo que los recurrentes sostienen por no concurrir los elementos necesarios para sancionarlo e insta, en definitiva, por su absolución.

En tales condiciones, el motivo de nulidad esgrimido no resulta procedente, ya que en su invocación se olvida que la causal aludida está dada para cuestionar



sólo aquellos casos donde, si bien se acepta una participación culpable en el ilícito, se cree errada la calificación efectuada en la resolución objetada, como por ejemplo, si se ha considerado autor a quien únicamente debería conceptuársele cómplice o encubridor. La inexistencia de responsabilidad penal por falta de participación criminal del enjuiciado, la falta de comprobación del hecho punible o la extinción de la responsabilidad criminal no encuentran cabida en esta causal que, por ende, no habilita para solicitar la absolución, como lo persigue el desarrollo de sus apartados, conclusión que el propio tenor del precepto ratifica cuando expresa que el error de derecho denunciado debe haber conducido a imponer al justiciable una pena más o menos grave que la asignada en la ley -lo que implica una culpabilidad establecida-, de modo que su ámbito tampoco puede extenderse a la hipótesis propuesta, motivo por el cual estos acápites de los recursos deducidos por las referidas defensas serán desestimados.

Décimo cuarto: Que la defensa del condenado Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido funda su recurso de casación en el fondo en las causales contempladas en el artículo 546 numerales 1, 2 y 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 509 del Código de Procedimiento Penal; 103 del Código Penal; 11 N° 6, 17, 64, 68, 68 bis y 391 del Código Penal.

Expresa que la primera infracción se sustenta en el artículo 546 N° 2 en relación al N° 7, ambas del Código de Procedimiento Penal, puesto que la sentencia recurrida de segunda instancia al modificar la calificación jurídica del delito respecto a su representado, de homicidio simple a homicidio calificado respecto a su participación de encubridor, ha errado, lo que significó aplicar una pena mayor.



La calificante de alevosía no es comunicable a los encubridores, ya que las calificantes son de carácter personal, no siendo aplicables en este caso, más si se considera que las víctimas fueron ejecutadas por Carabineros de Chile y no por personal de Ejército, lo que impide relacionar la calidad de militar con el conocimiento de lo que hacen otros miembros de otras fuerzas armadas.

Agrega que el acusado era apenas un teniente joven, sin la autoridad suficiente para conocer hechos que por lo demás habían pasado hace bastante tiempo, no dándose entonces como hecho real y probado en él un cargo de la suficiente envergadura, lo que impide concluir el conocimiento de la calificante.

Añade que la circunstancia de no haber entregado las osamentas a la autoridad pertinente, no puede ser usado como hecho base para concluir un conocimiento, porque precisamente esta es la conducta desplegada que se califica como encubrimiento, de lo contrario, es decir, de haber entregado los cuerpos a la autoridad respectiva no estaría condenado como encubridor, y siendo este el hecho, lo que se discute es si se comunica o no. Entonces, no pudiendo emplearse este hecho, se puede concluir que no hay elementos ni tampoco medios de prueba que den cuenta de hechos bases para concluir el presunto conocimiento específico.

Por ello, el sentenciador ha errado en la construcción de la presunción judicial para sostener este punto, vulnerando el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que los hechos respecto a los cuales concluye que tuvieron conocimiento no son reales y probados, vulnerando el numeral 1º y 2º del citado artículo 488.



Respecto de la segunda infracción a la ley, se sustenta en el artículo 546 N° 1 en relación al N° 7, ambas del Código de Procedimiento Penal, puesto que la sentencia recurrida al mantener el criterio sostenido en el fallo de primera instancia, de aplicación de la regla de reiteración de delitos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, a la conducta de encubrimiento de su representado, ha errado en la determinación correcta del quantum de la pena, conservando el aumento de un grado desde el margen fijado una vez establecido el delito y sus circunstancias modificatorias, atenuantes y agravantes.

Se le atribuye once delitos en los que participó como encubridor de homicidios simples o calificados, pero la sentencia no señala las razones doctrinales o jurisprudenciales para aplicarles dicha regla de reiteración, aduciendo solamente que los delitos bases son once homicidios, lo que es una vulneración al principio mínimo y necesario de fundamentación de las sentencias judiciales, sobre todo si con ello se aplica una regla que aumentará el castigo al acusado, lo que se traduce finalmente en una pena de cumplimiento efectivo.

Esa regla del 509 es aplicable a los autores y cómplices, más no a los encubridores del artículo 17 del Código Penal, puesto que ellos intervienen en un momento posterior a la ejecución del delito y no antes o al momento de ejecutarse el delito, lo que significa que respecto a ellos no es factible aplicarla. Así también, la conducta de encubrimiento desplegada es una sola, cual es la de ocultar el cuerpo (como sería en este caso los cuerpos de las personas fallecidas), es decir, es una sola conducta y no once conductas distintas, lo que impediría aplicar la reiteración de delitos, no obstante que se ejecutaron en dos momentos distintos, pero perseguían un mismo propósito, esto es, ocultar los restos de personas que



habían sido sepultados ilegalmente en la fosa en que se encontraban, para de esta manera destruir la evidencia de sus asesinatos.

Agrega que debe ser considerada como uno solo ya que la naturaleza del encubrimiento no dice relación con una forma de participación del delito, sino que más bien dice relación con una acción que posee características que lo clasifican como un ilícito independiente, de manera que se podría aplicar una unidad por continuidad.

Luego, alega como tercera infracción a la ley, aquella que establece el artículo 546 N° 1 en relación al N° 7, ambas del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 11 N° 6 del Código Penal, esta a su vez respecto al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, y ellas en relación al artículo 68 bis del Código Penal, puesto que la sentencia recurrida eliminó de manera equivocada y contrariando la prueba rendida en autos, la calificación de la circunstancia de la irreprochable conducta anterior respecto a su representado que había reconocido el fallo de primera instancia, pues de las declaraciones de los tres testigos y antecedentes acompañados, es posible entender que esos medios de prueba dan cuenta de una conducta sobresaliente durante los últimos cuarenta años.

Una cuarta infracción a la ley, se funda en aquella que establece el artículo 546 N° 1 en relación al N° 7, ambas del Código de Procedimiento Penal, al haber errado en la calificación de hechos que constituyen circunstancia atenuantes, en relación a los artículos 103 del Código Penal y 488 del Código de Procedimiento Penal, y ellas en correspondencia al artículo 68 del Código Punitivo, puesto que la sentencia recurrida de segunda instancia mantuvo de manera equivocada, la improcedencia y rechazo de la circunstancia atenuante de la media prescripción,



la que tiene una naturaleza jurídica distinta a la prescripción, por cuanto es una circunstancia que atenúa la responsabilidad penal y en el proceso está acreditada la fecha de las muertes de la víctima y la época del encubrimiento, como el tiempo transcurrido, por lo tanto, es posible contabilizar el plazo para que opere la media prescripción, cuestión que estaría absolutamente cumplido, entendiendo que desde la fecha de su muerte ya han pasado más de quince años.

Agrega que la norma del artículo 103 del Código Penal es de carácter imperativo y una norma de orden público, lo que implica que cumpliéndose los requisitos necesarios para que ésta proceda, debe ser aplicada por el juzgador.

Producto de las cuatro decisiones anteriores objetos de infracciones a la ley ya señaladas, dos que modifican la sentencia de primera instancia y dos que mantiene lo resuelto por aquella, el fallo recurrido ha aumentado la pena de su representado desde la pena de tres años de presidio menor en su grado medio a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, lo que implicó rechazar la pena sustitutiva de libertad vigilada concedida por el tribunal *a quo*.

Por ello, solicita se invalide el fallo y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, que condene al acusado como encubridor del delito de homicidio simple, que se declare que no se debe aplicar la regla de reiteración del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que se declare además que se restablece la calificante de la circunstancia atenuante de irreproachable conducta anterior, que se declare que se debe reconocer la media prescripción, y que en definitiva se le condena a una pena igual o menor a tres años de presidio menor en su grado medio, con el reconocimiento del beneficio de la libertad vigilada.



Décimo quinto: Que en lo tocante a la primera infracción denunciada fundada en el artículo 546 números 2 y 7 del Código de Procedimiento Penal, referente a la imposibilidad de comunicar la calificante de alevosía al acusado, en su calidad de encubridor, es posible advertir que si bien el recurso hace referencia a los artículos 17 y 391 del Código Penal, referente a las normas sustantivas que se estiman vulneradas, es posible advertir que no precisa que se refiere al N° 1, circunstancia primera del mencionado artículo 391, como tampoco al artículo 12 N° 1 del código punitivo, que define la alevosía, por lo que tal deficiencia conlleva a desechar este acápite del arbitrio deducido, conforme a los razonamientos contenidos en los motivos décimo y décimo segundo de la presente sentencia.

Décimo sexto: Que en lo referente a la segunda causal fundada en el artículo 546 números 1 y 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación a la aplicación del artículo 509 del mismo cuerpo legal, en primer término, es necesario señalar que para estar en presencia de un delito reiterado, es menester que el hechor ejecute diversas actuaciones delictivas, las que por lo demás deber ser continuas, agotándose cada una de ellas en cuanto son ejecutadas.

Décimo séptimo: Que de acuerdo con los hechos establecidos en autos, el acusado junto a otros funcionarios del Ejército, en el año 1979, fueron instruidos para desenterrar los cadáveres de once personas, que en los primeros días del mes octubre de 1973 fueron detenidas y ejecutadas en el sector precordillerano de Mulchén por Carabineros, algunas de las cuales cayeron al río, siendo encontradas por familiares, quienes las sepultaron y otras enterradas el mismo día de la ejecución por los autores de los homicidios.



Posteriormente, durante el año 1979, por instrucciones del Comandante del Regimiento de Infantería de Montaña Reforzada N° 17 “Los Ángeles”, una patrulla de funcionarios del Ejército, entre los que se encontraba el encartado, procedieron a recorrer los lugares donde se encontraban los restos de las víctimas, para proceder a desenterrarlos y depositarlos en sacos que fueron colocados en la camioneta en que se transportaban, los que fueron trasladados al recinto militar mencionado, donde fueron incinerados.

Décimo octavo: Que tal como se encuentra comprobado, las conductas cometidas por el acusado lo fueron en forma reiterada, por cuanto incurrió en diferentes y sucesivas actuaciones dolosas tendientes a ocultar once delitos de homicidios calificados cometidos por los integrantes de una patrulla de Carabineros a comienzos del mes de octubre de 1973, de modo que no se trata de un único hecho delictivo cuyo descubrimiento se persigue evitar, sino de once ilícitos.

Décimo noveno: Que en cuanto a la improcedencia de aplicar el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, tratándose de encubridores, la disposición en comento establece *“En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.*

Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena



mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.

Podrán con todo aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al procesado una pena menor.

Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta.

Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga.”

Del tenor literal de la norma transcrita, aparece que procede su aplicación a los autores y partícipes de ilícitos reiterados, pues no existe la limitación respecto de su aplicación a los encubridores de varios delitos, como acontece en este caso, en que el encartado junto a otros miembros de una patrulla del Ejército procedieron a desenterrar en distintos sectores a once personas que habían sido ejecutadas por funcionarios de Carabineros.

Conforme a lo razonado, este acápite del recurso debe ser desestimado.

Vigésimo: Que, en lo que respecta al capítulo de la causal de casación sustancial propuesta por la defensa de Reyes Garrido, en relación a la calificación de la circunstancia morigerante de responsabilidad reconocida por los sentenciadores del fondo, tal pretensión no guarda relación alguna con la aplicación errónea de la norma contenida en el artículo 68 bis del Código Penal, sino que más bien alude a la ponderación que los jueces del grado, en uso de sus atribuciones privativas al momento de ponderar los antecedentes, hicieron de los



criterios que establece dicha disposición, cuestión que no resulta revisable a través de la vía pretendida, por cuanto se trata de una causal de derecho estricto que requiere demostrar un yerro al momento de la determinación de la circunstancia modificatoria de responsabilidad y su calificación, circunstancia que no ocurre en la especie, pues lo que se cuestiona es la ponderación de los antecedentes, razón por la cual tal alegación no podrá prosperar.

Vigésimo primero: Que, en relación al argumento contenido en el libelo deducido por el encartado Reyes Garrido, consistente en la contravención al artículo 103 del Código Penal, la sentencia declara que el delito de que se trata constituye un crimen de lesa humanidad, lo que determina su imprescriptibilidad, por ende, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza a la gradual, porque la reparación integral de las víctimas y de sus familias solo será posible con la determinación de sanciones ajustadas a este tipo de ilícitos y que es concordante con el derecho internacional de los derechos humanos.

Vigésimo segundo: Que, sin perjuicio de lo señalado por el fallo, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afinca en el artículo 103 del Código Penal.

Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de ius cogens provenientes de esa órbita del Derecho Penal



Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes (Sentencias Corte Suprema Rol N° 35.788-17, de 20 de marzo de 2018 y Rol N° 39.732-17, de 14 de mayo de 2018).

En tales condiciones, esta parte del recurso debe ser desestimada.

Vigésimo tercero: Que el recurso sustancial interpuesto por la defensa del condenado Julio Hernán Fuentes Chavarriga, esgrime, en primer lugar, la infracción al artículo 546 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 17, numeral 2, 18, 64, 68 y 391, numeral 1, todos del Código Penal, y artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

Expresa que el error consiste en asumir que entre las muertes causadas alevosamente y las exhumaciones, existe lo que se denomina “unidad de acto”, pues para ello se requiere como mínimo, conexión espacio-temporal, lo que no sucede en la especie, considerando que las exhumaciones ocurrieron más de cinco años después de ocurrida la muerte de las víctimas, por lo que la figura de los homicidios calificados no pudieron subsumir las exhumaciones, siendo éstos hechos independientes e inconexos entre sí y no uno solo, como se pretende en la sentencia que se recurre y siendo así, debieron ser considerados hechos punibles independientes.



Hace presente que en la especie falta el requisito del conocimiento de la perpetración del hecho o de los actos ejecutados para llevarlos a cabo, como también se estima que no hubo concurrencia del requisito de que se haya procedido en favorecimiento real, ni ánimo de ocultar, pues, de lo investigado, la ocurrencia de los homicidios en octubre de 1973 y la inhumación de los cadáveres, eran hechos públicos y notorios en la zona de Mulchén. Lo demuestra el que la existencia de las sepultaciones ilegales, en los lugares en que se cometieron las ejecuciones, eran sabidas y conocidas por familiares y lugareños, a través de los cuales se conoció de la existencia de éstas.

También señala que el fallo incurre en error de derecho desde el momento que imputa al acusado, junto a otros condenados, la calidad de encubridor de los delitos de homicidios calificados, considerando la comunicabilidad de la alevosía de los autores de dichos delitos, apartándose de lo previsto en el artículo 64, inciso primero, del Código Penal, comprendiendo erradamente la misma en el inciso segundo de dicha norma.

Como segunda causal, el arbitrio invoca la causal establecida en el artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que la sentencia vulneró las normas reguladoras de la prueba, desde el momento que, al analizar la mismas probanzas tenidas en vista en primera instancia, se alteró el valor probatorio que la ley ha establecido para las presunciones judiciales, las que se estima no existen y las que pudieron establecerse en virtud de los antecedentes, en ningún caso ha podido servir para dar por justificada el encubrimiento que se le imputa al acusado en los delitos de homicidios calificados investigados.



Arguye que la sola existencia de indicios de culpabilidad, que en ningún caso acreditan los requisitos para que haya encubrimiento, no pueden servir para formar la convicción de que trata el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, norma que exige que ésta debe adquirirse por los medios de prueba legal, no habiendo, en este caso, como corolario prueba legal e idónea que justifique la imposición de la condena de que da cuenta el fallo impugnado.

Finaliza pidiendo se anule el fallo y se deje sin efecto, dictando en acto seguido y sin nueva vista, la respectiva sentencia de reemplazo en que se revoque la de primer grado, declarando que se absuelve al encartado, dejando sin efecto la pena efectiva de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por no ser encubridor del delito de homicidio calificado del artículo 391, numeral 1 del Código Penal, o solo de homicidio simple o autor de exhumación ilegal del artículo 322 del mismo cuerpo legal, aplicando la pena correspondiente.

Vigésimo cuarto: Que, respecto de la casación sustancial, como se desprende de la lectura del recurso, en especial de su petitorio, éste contiene peticiones subsidiarias, ya que, en primer término, se impetra la absolución del recurrente por no existir medios de prueba suficientes para acreditar su calidad de encubridor en los delitos de homicidios calificados de once personas y, luego, para el evento que tal alegación sea desestimada, solicita se lo considere encubridor de un delito de homicidio simple o autor del delito de exhumación ilegal.

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha declarado improcedente la invocación de una causal de casación en el carácter de subsidiaria, y para el evento de no ser aceptada otra, ya que los requisitos formales del recurso de casación en el fondo, de derecho estricto, no se concilian



con la formulación condicional de motivos que pudieran servirle de base (ver Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. III, p. 187, trece fallos en este sentido).

Lo anterior, toda vez que el requisito de que las causales de casación deben ser ciertas y determinadas, no se satisface cuando se interponen como subsidiarias unas de otras, desde que en tales condiciones no sería el recurrente el que señalase determinadamente la ley infringida, sino que sería el Tribunal de Casación el que debería escoger entre ellas cuál es la que ha sido violada. (Repertorio, cit., p. 188).

Vigésimo quinto: Que, en atención a lo razonado precedentemente, no resulta posible admitir las infracciones de derecho alegadas por la defensa del sentenciado Fuentes Chavarriga y, en consecuencia, su recurso deberá ser rechazado en todas sus partes.

Vigésimo sexto: Que el abogado de Osvaldo Enrique Díaz Díaz interpuso recurso de casación en el fondo esgrimiendo que se infringieron las normas reguladoras de la prueba, en específico los artículos 456 bis, 460, 488 del Código de Procedimiento Penal, como también el artículo 334 del Código de Justicia Militar, así como los artículos 1, 11 N° 1 y 15 del Código Penal.

Señala que el acusado fue condenado en base a presunciones que no cumplen con los requisitos de los artículos citados y con ello se violan las normas reguladoras de la prueba mencionadas, expresando que la imputación de autoría se funda en el hecho que el encartado formaba parte de la patrulla que efectuó detenciones, secuestros y fusilamientos ilegales, pero no consta que haya disparado, matado ni secuestrado a alguna persona.



Precisa que el acusado era carabinero, sin grado jerárquico, habiéndose establecido que el teniente Maturana encomendó la formación de un grupo o patrulla para ir en busca de algunos guerrilleros, asignándole al encartado la función de llevar pertrechos, municiones y caballos, accionar que era lícito, dando cumplimiento a órdenes militares.

Esgrime que la omisión de considerar concurrente la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, por cuanto no contaba con antecedentes penales y se trata de un honorable funcionario público, deviene en ilegal.

Por lo expuesto, solicita declarar que la sentencia fue dictada con infracción al derecho, dictando el correspondiente fallo de reemplazo y, en definitiva, se absuelva al acusado de toda responsabilidad penal.

Vigésimo séptimo: Que el recurso de casación en el fondo, en materia penal, exige de parte del recurrente la invocación de la causal legal específica en que se funda, dentro de aquellas contempladas en el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Vigésimo octavo: Que, en consecuencia, en la forma que ha sido interpuesto este recurso extraordinario y de derecho estricto, no podrá ser acogido, desde que se omitió la invocación de la causal precisa que permita la revisión que se pretende, sin que la enunciación de los artículos 456 bis, 460, 488 del Código de Procedimiento Penal, como también el artículo 334 del Código de Justicia Militar, así como los artículos 1, 11 N° 1 y 15 del Código Penal, supla dicho déficit, circunstancia que trae por consecuencia inevitable que el recurso de casación deba ser desestimado.



Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal; 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo, formalizados por los encausados Jacob del Carmen Ortiz Palma, Juan de Dios Higuera Álvarez y Héctor Armando Guzmán Saldaña, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve.

II.- Que **se rechazan** los recursos de nulidad sustancial interpuestos por las defensas de los condenados Osvaldo Enrique Díaz Díaz, Jaime Alberto Muller Áviles, Julio Hernán Fuentes Chavarriga, Luis Alberto Palacios Torres, Juan Carlos Balboa Ortega y Julio Guillermo Humberto Reyes Garrido, en contra del mencionado fallo.

El tribunal de primer grado deberá dar cumplimiento a lo indicado en el considerando primero de este fallo, en relación a Jaime Oscar García Zamorano.

Se previene que la Ministra señora Gajardo concurre al rechazo de la aplicación de la prescripción gradual, no obstante tener una postura diferente sobre la aplicación de la institución regulada en el artículo 103 del Código Penal, en los términos señalados en los votos estampados en sentencias dictadas en causas que inciden en esa materia de derecho; sin embargo, declina incorporarla por estimar que es doctrina asentada ya en esta Corte, la que conduce a la decisión contenida en la sentencia impugnada.

Acordada con los votos en contra de la Ministra señora Gajardo y del Abogado Integrante señor Munita, sólo en cuanto se rechazan los recursos de



casación en el fondo que denuncian la infracción al artículo 64 del Código Penal, respecto a la comunicabilidad de la calificante de alevosía respecto de los condenados como encubridores del delito de homicidio calificado de once personas, estimando que aquellos en esa parte deben ser acogidos, teniendo para ello en consideración los siguientes motivos:

1° Que, es menester señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64, inciso 2°, del Código Penal, las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo -cuyo es el caso de la alevosía-, sirven únicamente para agravar la responsabilidad de quienes tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, de lo que se desprende el carácter netamente subjetivo de las mismas, en cuanto se aplican sólo respecto de quien concurren, no siendo por ende, comunicables a quienes carecieren de tal conocimiento.

2° Que se desprende del mérito de autos que los encartados no tuvieron jamás el control de la acción propio del autor directo -pues su responsabilidad penal fue determinada teniendo presente su rol de integrante de la patrulla del Ejército, que en el año 1979, desenterraron los restos óseos de once personas que fueron ejecutados, en el mes de octubre de 1973, por una patrulla de Carabineros, siendo condenados alguno de los integrantes de este último grupo como autores de once delitos de homicidio calificado, por concurrir la calificante de la alevosía.

Al respecto, cabe recordar que la alevosía consiste en obrar a traición o sobre seguro, siendo una calificante que sólo perjudica a quien obró, esto es, a quien realizó la acción descrita en el tipo penal, el agente o sujeto activo de la



conducta punible. En este caso, los sentenciadores han dejado en claro que los condenados como encubridores no fueron quienes obraron, sino que lo hicieron otros individuos, limitándose a desenterrar las osamentas de las víctimas, aproximadamente seis años después de ocurridos los hechos.

Así, no siendo comunicable la calificante de la alevosía, de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal, mal podría concluirse que los condenados actuaron a traición o sobre seguro, lo que descarta que estemos en presencia, a su respecto, de encubrimientos de once delitos de homicidio calificado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Brito y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 20.983-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Cristina Gajardo H., la Ministra Suplente Sra. Eliana Quezada M., y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firma la Ministra Suplente Sra. Quezada, no obstante haber estado en la vista y en el acuerdo del fallo, por haber concluido su periodo de suplencia.





XRXXVXJXLRL

En Santiago, a trece de noviembre de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

