

Temuco, veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

Que para efectos de la acusación se tendrán presentes todos los antecedentes allegados a la investigación, según consta a fs. 1 a fs. 1.654 **(Cierre de Sumario) (Tomos I a Tomo V)**, en particular auto de procesamiento de fs. 1.125 a fs. 1.171 **(Tomo IV)**, que fuera confirmado por la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, a fs. 1234 **(Tomo IV)**, respecto de **Rodolfo Segundo Cheuquelaf Lorenzo**; desistimiento de recurso de apelación de auto de procesamiento de fs. 1.234 **(Tomo IV)** respecto de **Jorge Daniel Garcés Yáñez**, y confirmación de fs. 1648 **(Tomo V)** respecto de **Adrián José Fernández Hernández**, en cuanto denegó la petición de la defensa de revocar el auto de procesamiento dictado en su contra y, en especial, los enunciados a continuación:

La dictación de esta acusación se estructura de la siguiente manera: **a.-** Introducción sobre los estándares normativos e interpretativos y el control de convencionalidad, en relación a la violación grave de los derechos humanos (delitos de lesa humanidad), pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), **sobre la obligación de investigar. (Considerandos 1-9); b.-** Síntesis de estos estándares normativos e interpretativos **(Considerando 10); c.-** Aplicación del control de convencionalidad en esta materia **(Considerandos 11 al 13); d.-** Jurisprudencia internacional sobre la materia **(Considerandos 14-28); e.- Síntesis de argumentación y razonamiento judicial (Considerandos 29-32); f.-** Elementos de prueba, descripción de los hechos, conductas, determinación del tipo penal, acusados del hecho investigado y otras medidas administrativas. **(Considerandos 33-37).**

1.- Los estándares normativos e interpretativos en materia de grave violación a los derechos humanos (delitos de lesa humanidad) en relación a la **obligación de investigar**. Partamos expresando que un estándar normativo en derechos humanos corresponde a la idea de descubrir mediante un razonamiento judicial **una nueva regla que inspire la solución de un caso** que puede ser perfectamente aplicable a casos similares. Un estándar importa alcanzar un determinado nivel, puesto que todas las herramientas interpretativas apuntan a una mayor realización de los derechos fundamentales. En este caso la interpretación debe ser plausible conforme al artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución que impele a reconocer y

promover tales derechos fundamentales (García Pino, Gonzalo: “La consideración de los estándares sobre derechos fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”. En Actas XI Jornadas Constitucionales. Temuco 2015, pp. 27 -53). Agregando este Tribunal que a partir de la normativa aludida, esta debe ser aplicada e interpretada en conformidad con lo que ha decidido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre determinado estándar normativo. En este caso sobre la **Obligación de investigar**.

2.- Que sobre la normativa interna y las prácticas judiciales de los Estados, y en este caso del Poder Judicial, ya la Corte IDH en el fallo Almonacid Arellano y otros versus Chile, de 26 de septiembre de 2006, en su párrafo 124, señaló: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están 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”.

3.- Que esta institución denominada **control de convencionalidad** puede ser definida, en términos simples, como el mecanismo que utiliza la Corte IDH tanto en sede contenciosa como consultiva para determinar la compatibilidad o no del derecho interno o los actos de los agentes de un Estado, con las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Asimismo, como el ejercicio que realizan los jueces domésticos para realizar el mismo cotejo entre las normas internas, las que dispone la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana (GARCÍA, Gonzalo (2014): “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, en: NOGUEIRA, Humberto (coord.) La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho

Internacional de los Derechos Humanos. Santiago de Chile, Librotecnia. pp. 356-357).

4.- Que para aplicar entonces el control de convencionalidad hay que observar por supuesto la Convención Americana- ya citada- en especial los artículos 1.1 y 2. Ello por cuanto los Estados tienen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (1.1). Por su lado, su artículo 2 nos expresa, que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

5.- Que del mismo modo, debemos analizar ahora si la Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa o consultiva ha dictado al menos una sentencia o ha emitido alguna Opinión Consultiva sobre la materia, que permita al Juez respectivo aquilatar que se encuentra en presencia de un estándar normativo e interpretativo en materia de derechos humanos. En este caso (obligación de investigar) en relación a cómo se deben desarrollar las investigaciones cuando han ocurrido graves violaciones a los DDHH (delitos de lesa humanidad). En esta materia podemos observar que sí ha existido por parte de la Corte IDH un estándar y jurisprudencia robusta y contundente sobre la materia.

6.- Que siguiendo el razonamiento anterior observamos lo siguiente: **a) Sentencia en caso Velásquez Rodríguez versus Honduras de 29 de julio de 1988.** Párrafos 176 y 177, afirma en el 176 que (...) el Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención. Por su lado en el 177 acota que (...) la de investigar es, como la de prevenir, una

obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado; **b) Sentencia caso Villagrán Morales y otros versus Guatemala de 19 de noviembre de 1999.** Párrafo 225, añade que del artículo 1.1 se desprende claramente la obligación de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos; **c) Sentencia caso Barrios Altos versus Perú de fecha 14 de marzo de 2001.** Párrafo 41 asevera que esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; **d) Sentencia caso Las Palmeras versus Colombia de 6 de diciembre de 2001,** en su párrafo 42 anexa que (...)La Corte estima que es posible que, en un caso determinado, se pueda interpretar la omisión de investigación como una forma de encubrir a los autores de un delito contra la vida, pero no puede erigirse este razonamiento en una norma válida para todos los casos. Independientemente de la cuestión de la validez de la pretendida norma, es de señalar que ella sería aplicable en ausencia de una investigación seria (...); **e) Sentencia caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras de 7 de junio de 2003.** Párrafo 184 expresa que (...) el Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del

Estado; **f) Sentencia caso Bulacio versus Argentina de 18 septiembre de 2003.** En el párrafo 115 explícita que (...) el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos;

7) Que asimismo, g) sentencia caso Myrna Mack Chang versus Guatemala de 25 de noviembre de 2003. Párrafo 277 expresa que (...) asimismo, en el cumplimiento de esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantienen la impunidad en el presente caso; otorgar las garantías de seguridad suficientes a las autoridades judiciales, fiscales, testigos, operadores de justicia y a los familiares de Myrna Mack Chang y utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso; **h) Sentencia caso Tibi versus Ecuador de 7 septiembre de 2004.** Párrafo 159 acota que (...) la Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana; **i) Sentencia caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador de 1 de marzo de 2005.** Párrafo 83 añade que (...) la Corte ya ha señalado que la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención; **j) Sentencia caso Comunidad Moiwana versus Suriname de 15 de junio 2005.** Párrafo 145 anexa que (...) está expresamente reconocido por Suriname, que agentes estatales estuvieron involucrados en el ataque del 29 de noviembre de 1986 en el que murieron al menos 39 residentes indefensos de la aldea de Moiwana – entre los cuales había niños, mujeres y ancianos – y muchos otros resultaron heridos. De esta manera, los hechos muestran múltiples ejecuciones extrajudiciales; en tal situación, la jurisprudencia del Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva; **k) Sentencia caso de la Masacre de Mapiripán versus Colombia de 15 de septiembre de 2005.** En sus párrafos 137, 233 y 299. Afirma en el 137 (...) Tal como se desarrolla en las consideraciones sobre los artículos 8 y 25 de la Convención una de las

condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho. De tal manera, la obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal en el presente caso. **233 (...)** Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella, es decir, de la obligación establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado, protegido o garantizado. De tal manera, en casos de violaciones al derecho a la vida, el cumplimiento de la obligación de investigar constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal por la inobservancia de las debidas garantías judiciales y protección judiciales; **299 (...)** Para cumplir la obligación de investigar y sancionar a los responsables en el presente caso, Colombia debe: **a)** remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad; **b)** utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y **c)** otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia, así como a los ex pobladores y actuales pobladores de Mapiripán; **I) Sentencia caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia de 31 de enero de 2006.** Párrafo 143 afianza que en particular, por constituir el goce pleno del derecho a la vida la condición previa para la realización de los demás derechos una de esas condiciones para garantizar efectivamente este derecho está constituida por el deber de investigar las afectaciones al mismo. De tal manera, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales;

8.- Que relacionado con lo anterior m) Sentencia caso Goiburú y otros versus Paraguay de 22 de septiembre de 2006. Párrafos 117, 129 y 130. Asevera que **117 (...)** Además, es preciso reiterar que esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y

orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Durante la investigación y el trámite judicial las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación, de acuerdo con la ley interna y la Convención Americana. No obstante, la investigación y el proceso deben tener un propósito y ser asumidos por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. **129 (...)** una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales erga omnes contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. **130 (...)** Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Paraguay debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido; **n) Sentencia caso Almonacid Arellano y otros versus Chile de 26 de septiembre de 2006.** Párrafos 111 y 114. Expresa **111 (...)** Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. **114 (...)** Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden

sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía; ñ) **Sentencia caso del penal Miguel Castro versus Perú de 25 de noviembre de 2006.** Párrafo 387. (...) Explicita que en primer término, esta Corte considera que el tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el inicio del proceso penal por la investigación de éstos sobrepasa por mucho un plazo razonable para que el Estado realice las primeras diligencias probatorias e investigativas para contar con los elementos necesarios para formular una acusación penal, máxime que a ese tiempo habrá que sumar el que tome la realización del proceso penal, con sus distintas etapas, hasta la sentencia firme. Esta falta de investigación durante tan largo período configura una violación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, por cuanto el Estado ha incumplido su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar las violaciones, sancionar a los eventuales responsables y reparar a las víctimas y sus familiares; o) **Sentencia caso de la Masacre de La Rochela versus Colombia de 11 de mayo de 2007.** Párrafos 155, 156 y 171. Explaya que, **155** (...) La Corte estima que la ineffectividad de tales procesos penales queda claramente evidenciada al analizar la falta de debida diligencia en la conducción de las acciones oficiales de investigación. Esta falta de debida diligencia se manifiesta en la irrazonabilidad del plazo transcurrido en las investigaciones, la falta de adopción de las medidas necesarias de protección ante las amenazas que se presentaron durante las investigaciones, las demoras, obstáculos y obstrucciones en la realización de actuaciones procesales y graves omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. **156** (...) el eje central del análisis de la efectividad de los procesos en este caso es el cumplimiento de la obligación de investigar con debida diligencia. Según esta obligación, el órgano que investiga una violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. Esta obligación de debida diligencia, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados. En este sentido, tienen que adoptarse todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos. **171** (...) este Tribunal considera que, para cumplir con la obligación de investigar

en el marco de las garantías del debido proceso, el Estado debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismo ; **p)** **Sentencia caso Escué Zapata versus Colombia de 4 de julio de 2007.** Párrafo 106 indica que (...) Una debida diligencia en los procesos investigativos requiere que éstos tomen en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto y las circunstancias en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión, en seguimiento de todas las líneas lógicas de investigación. Las autoridades judiciales deben intentar como mínimo, inter alia: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con los hechos; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; d) determinar la causa, forma, lugar y momento en que se produjo el ilícito, así como cualquier patrón o práctica que lo pueda haber causado; y e) en caso de fallecimientos, distinguir entre muerte natural, accidental, suicidio y homicidio;

9.- Que en la misma perspectiva q) Sentencia caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz versus Perú de 10 de julio de 2007. Párrafo 131 manifiesta que (...) el Tribunal reitera que la obligación de investigar es una obligación de medio, no de resultados. Lo anterior no significa, sin embargo, que la investigación pueda ser emprendida como “una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y en su caso, la sanción de los responsables de los hechos; **r) Sentencia caso García Prieto y otros versus El Salvador de 20 de noviembre de 2007.** Párrafos 104, 112 y 115. Menciona en **104**, (...) que cabe señalar que la obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte; sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos. **112** (...) la obligación a cargo del Estado de actuar con debida diligencia en la práctica de una investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la

prueba para que sea posible alcanzar los objetivos de una investigación. La autoridad encargada de la investigación debe velar para que se realicen las diligencias requeridas y, en el evento de que esto no ocurra, debe adoptar las medidas pertinentes conforme a la legislación interna. A su vez, las otras autoridades deben brindar al juez instructor la colaboración que éste les requiera y abstenerse de actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo. En el presente caso se presentaron actos de esta naturaleza en lo que toca a la investigación relativa a la inspección de los libros de “entradas y salidas” del personal del Batallón San Benito de la extinta Policía Nacional. **115 (...)** Para la Corte la falta de respuesta estatal es un elemento determinante al valorar si se ha dado un incumplimiento del contenido de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, pues tiene relación directa con el principio de efectividad que debe irradiar el desarrollo de tales investigaciones. De tal forma el Estado al recibir una denuncia penal, debe realizar una investigación seria e imparcial, pero también debe brindar en un plazo razonable una resolución que resuelva el fondo de las circunstancias que le fueron planteadas; **s) Sentencia caso Heliodoro Portugal versus Panamá de 12 de agosto de 2008.** Párrafo 142 narra que (...) la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no sólo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, como las alegadas en el presente caso, y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos; **t) Sentencia caso Tiu Tojín versus Guatemala de 26 de noviembre de 2008.** Párrafo 77 acota que (...) en base en lo anterior, el Estado deberá asegurar, como una forma de garantizar que la investigación iniciada ante la justicia ordinaria sea conducida con la debida diligencia que las autoridades encargadas de la investigación tengan a su alcance y utilicen todos los medios necesarios para llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada. Para ello, el Estado garantizará que las autoridades encargadas de la investigación cuenten con los recursos logísticos y científicos necesarios para la recaudación y procesamiento de pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para

investigar los hechos denunciados y puedan obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas. En este sentido, cabe reiterar que en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes; **u) Sentencia caso Ríos y otros versus Venezuela de 28 de enero de 2009.** Párrafo **283** añade (...) que la investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados” incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de jus cogens. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado- e individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado; **v) Sentencia caso Perozo y otros versus Venezuela de 28 de enero de 2009.** En su párrafo **298** apunta que (...) la obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Por ello, corresponde determinar si en este caso, y en el contexto en que ocurrieron los hechos alegados, la obligación general de garantía imponía al Estado el deber de investigarlos efectivamente, como medio para garantizar el derecho a la libertad de expresión y a la integridad personal, y evitar que continuaran ocurriendo. La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o

garantizar ese derecho. La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *jus cogens*. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado- e individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado; **w) Sentencia caso Anzualdo Castro versus Perú de 22 de septiembre de 2009.** Párrafo **135** apoya que (...) este Tribunal ha establecido que para que una investigación de desaparición forzada sea llevada adelante eficazmente y con la debida diligencia, las autoridades encargadas de la investigación deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada. Para ello, el Estado debe dotar a las correspondientes autoridades de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas. Asimismo, es fundamental que las autoridades a cargo de la investigación puedan tener acceso ilimitado a los lugares de detención, respecto a la documentación así como a las personas. La Corte reitera que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad- para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales. Cabe precisar que estos recursos y elementos coadyuvan a la efectiva

investigación, pero la ausencia de los mismos no exime a las autoridades nacionales de realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de esta obligación; **x) Sentencia caso Manuel Cepeda Vargas versus Colombia de 26 de mayo de 2010.** Párrafo 118 aproxima que (...) en casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación; **y) Sentencia caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia de 1 de septiembre de 2010.** Párrafo 158 arguye que (...) la Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que la “verdad histórica” documentada en informes especiales, o las tareas, actividades o recomendaciones generadas por comisiones especiales, como la del presente caso, no completan o sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad e investigar delitos a través de procesos judiciales. **z) Sentencia caso Gelman versus Uruguay de 24 febrero de 2011.** Párrafo 194 asevera que (...) la Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables.

10.- Síntesis de estos estándares normativos citados. Como se puede verificar al observar los fallos citados, la Corte IDH a través de su jurisprudencia sólida y robusta ha sostenido un estándar en relación a la **Obligación de Investigar** en materia de derechos humanos, en cuanto tratándose de graves violaciones a los derechos humanos (entre otros el delito lesa humanidad) los Estados deben realizar determinadas actividades. En concreto realizando un resumen de la Jurisprudencia anterior y apoyándonos además en Eduardo Ferrer Mac-Gregor- Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. Revista IIDH v. 59 pp.45-48). Autor que es además Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: **a) Investigar efectivamente los hechos.** En casos de ejecuciones extrajudiciales es

fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos los responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que se repitan estos hechos, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida; **b)** si los hechos violatorios a los derechos humanos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, favorecidos por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que en casos de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, las autoridades de un Estado deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho; **c)** el deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados, la investigación de este tipo de casos debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa o como una mera gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares a ser escuchados durante el proceso de investigación y al trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos; **d)** cabe destacar que cualquier carencia o defecto a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida; **e)** la Corte ya ha señalado que la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención; **f)** Para cumplir la obligación de investigar y sancionar a los responsables en el presente caso, se debe: **1)** remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad; **2)** utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y **3)** otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia; **g)** La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales; **h)** El Estado tiene el deber de evitar y combatir

la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”; **i)** esta obligación de debida diligencia, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados. En este sentido, tienen que adoptarse todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos; **j)** El Tribunal considera que, para cumplir con la obligación de investigar en el marco de las garantías del debido proceso, el Estado debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismo; **k)** La Corte reitera que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad- para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales. Cabe precisar que estos recursos y elementos coadyuvan a la efectiva investigación, pero la ausencia de los mismos no exime a las autoridades nacionales de realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de esta obligación; **l)** en casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación; **m)** la Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables; **n)** la Corte IDH ha establecido ciertos Principios Rectores, con base en el Manual sobre la

Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, para las investigaciones cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben **n.1)** Identificar a la víctima; **n.2)** recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte con el fin de ayudar en cualquier investigación; **n.3)** Identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones con relación a la muerte que se investiga; **n.4)** determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y **n.5)** distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen; se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

11.- Aplicación del control de convencionalidad. En esa idea de razonamiento, en todo caso- como expone Nogueira- debe aplicarse el control de convencionalidad cuando el derecho interno se encuentra por **debajo del estándar mínimo asegurado convencionalmente**. Considerando los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana citada. Además, los artículos 26,31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969. (NOGUEIRA, Humberto (2014): “Sistema interamericano de protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales” en: NOGUEIRA, Humberto (“coord.”). La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Santiago de Chile, Librotecnia) pp. 395-420.

12.- Que en consecuencia, aplicando el control de convencionalidad, según lo dispuesto por la Corte IDH, en relación al estándar normativo e interpretativo sobre derechos humanos para los **efectos de la Investigación** en relación a los ilícitos de graves violaciones a los derechos humanos, entre ellos el delito lesa humanidad (como es el caso en análisis), podemos reflexionar lo que sigue. La causa en estudio no puede analizarse desde un razonamiento y ponderación de prácticas e interpretaciones habituales de nuestras normas internas. En especial del Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Es decir, deben interpretarse las normas y realizar las investigaciones en conformidad a los estándares normativos e interpretativos indicados. Así, la Investigación debe ser acuciosa, removiendo todo obstáculo que permita llegar al esclarecimiento de los hechos. Además, se debe revisar todas las prácticas y usos militares de la época. Del mismo

modo como operaba en la práctica la superioridad del mando entre otros aspectos. Es decir, debe ser una investigación seria, imparcial y efectiva. La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención. En la misma línea para cumplir la **obligación de investigar** y sancionar a los responsables en el presente caso, se debe: **a)** remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad; **b)** utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y **c)** otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia; **d)** La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir **de una visión comprehensiva** de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación. No es posible atendido el tiempo transcurrido desde los hechos, desechar prueba por asuntos formales- sin antes haber realizado un examen acucioso e integral con toda la prueba del proceso. Luego cualquier resolución del juicio tiene que ser construida, analizada y revisada bajo los estándares antes detallados. Si no se realiza de esa manera no estamos cumpliendo con los estándares explicitados y resultaría una ilusión el control de convencionalidad practicado.

13. Que de esta forma el control de convencionalidad se manifiesta como una obligación de garantía, es decir, este control se enmarca dentro de un instituto que es el control internacional. Esto es, aquel conjunto de procedimientos y técnicas creadas y destinadas a verificar si el comportamiento de los Estados se adecua o no a lo exigido por normas de conducta internacionales. Este control es **una expresión de la obligación de garantía** y de disponer medidas en el ámbito interno. Esto implica que el control de convencionalidad cristaliza estas obligaciones para toda autoridad pública. Más aun, dicho control desde una mirada más amplia se enmarca dentro de un instituto que es el control internacional. Esto es, aquel conjunto de procedimientos y técnicas creadas y destinadas a verificar si el comportamiento de los Estados se adecua o no a lo exigido por normas de conducta internacionales. (NÚÑEZ, Constanza (2017): El control de

convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argentina, ARA, Editores. p. 36).

14.- Que en todo caso a propósito de delitos de lesa humanidad y la estructura legal y normativa que se debe tener en cuenta, en este auto acusatorio, es muy significativo (debe considerarse- con los ajustes de hecho y derecho al contexto chileno- pues también los hechos investigados son graves violaciones a los derechos humanos, en este caso, delitos de lesa humanidad) lo razonado en derecho comparado en los casos de Iwan Nikolai de Demjanjuk, (de 91 años de edad, condenado el 12 de mayo 2011) y Oskar Gröning (de 94 años de edad, condenado el 15 de julio de 2015) por Tribunales Alemanes. A continuación se realiza una síntesis en lo pertinente de los artículos de Gerhard Werle y Boris Burghardt-Universidad Humboldt-Berlín sobre el caso Demjanjuk y de Claus Roxin sobre el caso Oskar Gröning.

15.- Que el primer artículo versa sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (el caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana). Gerhard Werle y Boris Burghardt-Universidad Humboldt- Berlín. Revista Penal México N° 9 septiembre 2015- febrero 2016, pp.181-193. Corresponde al análisis de la sentencia recaída contra Iwan Nikolai Demjanjuk, quien fue considerado cómplice en el exterminio masivo de personas. El 12 de mayo de 2011, el segundo Landgericht (LG, Tribunal Estatal) de Múnich condenó a Iwan Nikolai Demjanjuk, quien se había dado como nombre John para su segunda vida en Estados Unidos, a una pena única de cinco años por complicidad en 16 casos de homicidio calificado, de los que resultaron un total de 28060 muertes. Antes de la revisión de los recursos pendientes, que habían presentado tanto el condenado como la Fiscalía, Demjanjuk murió el 20 de marzo de 2012, a los 91 años. Lo que se razona es que antes de esta sentencia habría valido, **conforme a la jurisprudencia de la República Federal Alemana, que una condena requeriría de la prueba de un hecho delictivo concreto (konkreten Einzeltatnachweis) imputable a cada acusado.** Pero lo cierto es que los querellantes alegaron que la fundamentación de la responsabilidad como cómplice de Demjanjuk no se fundaría en un novum jurídico, sino que se vincularía con una **jurisprudencia que habría sido olvidada** solamente por razones de oportunidad política. El caso Demjanjuk implicaría una vuelta a la valoración correcta de acuerdo a la dogmática jurídico-penal. En efecto, el segundo Landgericht de Múnich

comprobó que Demjanjuk llegó a Sobibór como Trawniki (Se conocía como Trawniki a prisioneros de guerra y personas sometidas a trabajos forzados que recibieron entrenamiento por parte de las SS (Escuadras de Defensa) para colaborar en los campos de concentración y en llevar a cabo el genocidio. En su mayoría se trataba de ucranianos y los así llamados alemanes étnicos (Volksdeutsche) de la Unión Soviética. La denominación tiene su origen en el campo de Trawniki –donde tenía lugar el entrenamiento– que se ubicaba aproximadamente a 40 kilómetros al este de Lublin) el día 27 de marzo de 1943, permaneciendo allí hasta mediados de septiembre del mismo año. El tribunal señaló que si **bien no fue posible comprobar las actividades desarrolladas por Demjanjuk** dentro del campo de concentración, se consideró el hecho de que el **campo de Sobibór se habría dedicado exclusivamente a la matanza de judíos deportados**. Los Trawniki –y por lo mismo también Demjanjuk– habrían colaborado en todas las fases del exterminio bajo las órdenes del personal alemán del campo. Se habrían repartido en tres turnos: uno de ellos habría estado dedicado a la seguridad externa del campo, otro habría vigilado las labores en el campo y el tercero habría permanecido de guardia. Los turnos habrían durado ocho horas y habrían rotado entre tres días de turnos de vigilancia y tres días de turnos de guardia. Al arribo de un transporte, los Trawniki se habrían ocupado de vigilar a los judíos que llegaban y a los prisioneros que estaban sometidos a trabajos forzados, que consistían en descargar a los deportados, hacerlos pasar a las cámaras de gas, someterlos a gases letales, y luego el examen y la remoción de los cadáveres. **Cada Trawniki –y por lo mismo también Demjanjuk– habría sabido que formaba parte de un aparato que no buscaba otra cosa que la manera más eficiente de matar al mayor número posible de personas**. Además, todos los Trawniki habrían tenido conciencia de la manera en que los judíos eran exterminados, y de que esto acontecía exclusivamente por motivos de odio racial. Durante el periodo de tiempo en el que Demjanjuk cumplió labores como Trawniki en Sobibór habrían arribado comprobadamente 16 transportes con 29 779 personas deportadas. De ellos, un total de 28 060 fueron asesinadas inmediatamente tras su llegada, ya sea en las cámaras de gas o a tiros. En esa línea el homicidio de todas las personas que compartieron un transporte fue valorado por la sala como una unidad de acción desde el punto de vista jurídico. En cada uno de estos actos habría colaborado Demjanjuk como cómplice.

16.- Que los **principales hallazgos de la sentencia** son, en este punto, que todos quienes formaban parte de la cadena de mando – comenzando con los miembros de la RSHA (Agencia Central de Seguridad Imperial) encargados de llevar adelante el exterminio de los judíos, pasando por los empleados ferroviarios, las personas en la administración del gobierno general, los directores de campos de concentración, los oficiales de la SS (Schutzstaffel, fuerzas especiales nazis), los oficiales de policía en los campos de concentración individualmente considerados y el personal de vigilancia directamente comandado **por ellos– tenían, cada uno, una tarea asignada en la expulsión de ciudadanos judíos de Alemania**, planeada y organizada desde Berlín, hacia los países ocupados y controlados por el ejército alemán; en su transporte en los campos de exterminio y –siempre que no fueran seleccionados para ser forzados a trabajar, lo que ocurría con un pequeño grupo de ellos– en su homicidio inmediato y organizado en las cámaras de gas, como en una línea de producción. Sostiene la sentencia que los tres campos de exterminio de Treblinka, Belzec y Sobibór sirvieron **al solo propósito del asesinato masivo de la población judía** de Europa, y que con ello toda actividad del imputado y de las demás personas que tenían a su cargo tareas de vigilancia era una promoción de la tarea principal del campo de exterminio. En **ese contexto, daba lo mismo si debían vigilar los andenes de arribo del tren, guiar a los prisioneros hasta las cámaras de gas, vigilar a los judíos que debían incinerar los cadáveres de los muertos**, vigilar a los prisioneros sujetos a trabajos forzados para mantener el funcionamiento del campo y apropiarse de las pertenencias de los difuntos, controlar desde la torre de vigilancia para contrarrestar sublevaciones desde el interior o defenderse ante eventuales ataques de partisanos, o realizar el servicio de guardia de reserva para el caso de alguno de estos eventos. Sostiene el tribunal que el peso del actuar individual para el plan común no es relevante para satisfacer la tipicidad de la complicidad, sino que adquiere relevancia solamente para la determinación de la pena, y que, en particular, no es relevante una relación causal, en el sentido de que la contribución del cómplice deba originar la consumación del hecho principal.

17.- Que asimismo la resolución con otros procesos seguidos por la justicia de la República Federal Alemana por matanzas en los campos de concentración exclusivamente dedicados al exterminio, la **Jurisprudencia había seguido la misma posición que luego fue olvidada**. Así es posible observarlo, ya en la sentencia de la sala especial del

Landgericht de 1950 contra Hubert Go-merski y Johann Klier se dice con claridad ejemplar: “El campo Sobibór fue creado con el solo fin de dar muerte a un gran número de judíos”. La sala sigue: “Todos quienes trabajaban en ese campo –alemanes, ucranianos y judíos– tenían su tarea particular, sea que hayan participado inmediatamente de los homicidios o que hayan apoyado indirectamente las tareas del campo. Todas estas actividades fueron en último término causales para el resultado –la muerte de los judíos–, pues sólo por haber existido este conjunto de actividades fue posible el resultado”. Esta argumentación la mantuvo la sala especial del Landgericht incluso para el Klier, quien hizo valer irrefutablemente que **el solamente había trabajado en la panadería del campo** y luego habría dirigido el comando de los zapatos (Schuhkommando), que se dedicaba a recolectar, seleccionar y almacenar los zapatos de los asesinados en las cámaras de gas. La sala especial del Landgericht hizo nuevamente hincapié en que **“todas las personas que trabajaban en el campo de Sobibór eran engranajes de un sistema que tenía por única finalidad matar a judíos**. Toda acción que se llevó a cabo en ese campo servía directa o indirectamente a ese fin. Todas esas acciones fueron necesarias para la operación del campo. De este modo, tanto la actividad del acusado Klier en la panadería como la actividad que tuvo a cargo de los zapatos fueron causales para el resultado”

18.- Que del mismo modo dieciséis años después, en el gran proceso de Sobibór, la sala especial del Landgericht tampoco **dudó en clasificar como colaboraciones promotoras del resultado a aquellas que no estaban directamente vinculadas con la operación de exterminio, como por ejemplo el trabajo como tesorero** o administrador del campo, o como responsable del abastecimiento de víveres y vestuario del personal del campo. La sentencia dijo sobre este punto: “Allí donde ellos [los acusados] formaban parte de la organización de los campos, [...] todos contribuyeron a hacer posible, por su colaboración funcional, los asesinatos masivos contra los judíos, siendo su causa y promoviéndolos en inmediata cercanía al hecho”. El Tribunal Federal alemán confirmó esa argumentación en cuanto conoció de la revisión de esas sentencias. Particularmente destacable resulta en ese contexto lo dicho respecto de la sentencia de primera instancia de hechos en el proceso Kulmhof, que se llevó adelante durante los años 1962 y 1963 ante el Landgericht de Bonn contra 12 acusados. Ante la alegación por parte de algunos acusados de que se los habría condenado como cómplices mediando un error jurídico, porque ellos solamente habrían llevado a cabo acciones “que

[...] se enmarcaban dentro de las tareas entonces asignadas a la policía de protección [Schutzpolizei]”, y por lo mismo habrían sido “valorativamente neutrales” y no podrían ser valoradas como fundamento de complicidad en un asesinato, el Tribunal Federal alemán respondió claramente: “Conforme a lo constatado [...] ya por su pertenencia al comando especial que fue creado para el sólo fin de aniquilar a la población judía de Polonia y ciertos otros grupos de personas cuya vida era considerada fútil, los acusados han colaborado en el asesinato de las víctimas. **La naturaleza de las tareas que les correspondió realizar a cada uno en la ejecución de acciones individuales deviene en razón de ello –por lo menos en este contexto– irrelevante**”. Tampoco en los procesos posteriores tuvieron éxito las revisiones fundadas en alegaciones contra la calificación del trabajo en campos de exterminio como complicidad en el asesinato masivo, que se llevó a cabo en esos campos de exterminio.

19.- Que el caso Demjanjuk ha demostrado que el segundo Landgericht de Múnich en ningún caso ha penetrado en nuevo terreno jurídico en lo tocante a las valoraciones jurídicas centrales, sino que ha continuado con un camino que ya había sido trazado. La justicia de la República Federal alemana ha constatado desde siempre que toda función desempeñada en el funcionamiento de los campos de concentración de Treblinka, Belzec, Sobibór y Chelmno era complicidad en el asesinato masivo. La declaración principal podía resumirse diciendo que allí no había actividades neutrales. Es decir esta valoración fundamental fue confirmada en el proceso contra Demjanjuk. Ella es correcta y resulta de la aplicación de los fundamentos de la complicidad que desde hace tiempo están fijados por la jurisprudencia. Según ellos, **se presta una colaboración por medio de cada comportamiento que promueve la comisión del hecho principal objetivamente de cualquier manera**. En el caso de formas de comportamiento que, miradas en sí mismas son cotidianas y permitidas, según la jurisprudencia la situación dependerá del conocimiento que tengan los partícipes: **si saben que su actuar promueve la comisión del hecho principal, su acción pierde en todo caso su carácter de acción cotidiana**. Luego el caso Demjanjuk no creó una nueva construcción de la punibilidad a título de complicidad. El proceso se deja entender más bien como una reactivación de principios reconocidos de la complicidad en relación con homicidios masivos en la época nacionalsocialista. El caso llevó la atención a que estos principios fueron pasados por alto en muchos procesos por largo tiempo.

20.- Que el segundo artículo versa sobre la sentencia en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz. Sentencia del BGH y comentario de Claus Roxin (Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL, Editores Kai Ambos John Zuluaga, V. 2, 2018 pp. 189-209). Se resumen en lo pertinente el análisis de la sentencia de la Tercera Sala Penal del Tribunal Supremo Federal, la que con fecha 20 de septiembre de 2016 decidió por unanimidad rechazar el recurso de revisión solicitado por el acusado (Oskar Gröning) en contra de la sentencia del Tribunal Regional de Luneburgo del 15 de julio de 2015, persona que falleció antes de cumplir su condena a los 94 años

21.- Que el Tribunal Regional (Landgericht) sentenció al acusado a una pena de cuatro años de prisión en calidad de cómplice de asesinato en 300.000 casos, todos los casos legalmente coincidentes. Contra su condena, el acusado promovió recurso de revisión basado en la invocación de la violación al derecho formal y sustantivo. El recurso deviene infructuoso. Los fundamentos son : **a)** Una vez trasladado al campo de concentración de Auschwitz, el acusado fue asignado a un puesto en el área de Administración del dinero de los prisioneros .Entretanto había sido promovido al grado de Sargento Segundo de las SS (SSUnterscharführer) y asignado a la Operación Hungría, de igual manera que en la Operación Reinhard. De tal modo que en el transcurso de la Operación Hungría, el acusado, uniformado y armado con una pistola, desempeñó durante al menos tres días -no mayormente precisables-, las funciones de servicio de rampa en la denominada nueva rampa. En primer lugar, tenía la tarea de custodiar en el campo de concentración de Auschwitz el equipaje allí depositado durante la descarga de los trenes que llegaban a Auschwitz y, de esta manera, evitar el robo. Aunque en Auschwitz el robo por parte de los miembros de la SS estaba a la orden del día, la mayoría de estos hechos no fueron perseguidos ya que los autores cedían subrepticamente una parte del botín, a fin de mantener la moral de las tropas. En la rampa, sin embargo, debía impedirse en todo momento que los equipajes fueran abiertos, inspeccionados y saqueados a la vista de los deportados, para no levantar sospechas y evitar revueltas, que pudieran poner en riesgo el procedimiento ulterior de selección y gaseado. Al mismo tiempo y mediante sus funciones en el servicio de rampa, el acusado formó parte del contexto de intimidación usado para sofocar, ya desde el origen, cualquier idea de resistencia o huida. Además, del servicio de rampa, el acusado estaba encargado, conforme a su función en la sección de administración del dinero

de los prisioneros, de la clasificación monetaria, la contabilidad, la administración y el transporte hacia Berlín del dinero de los deportados. Allí, lo entregaba en intervalos irregulares a la Dirección General de Administración Financiera de las SS (SS-WirtschaftsVerwaltungshauptamt) o lo depositaba directamente en una cuenta de las SS en el Reichsbank. Asimismo, incumbía en todo momento a las funciones de servicio del acusado, la supervisión de los deportados y, en caso necesario, el impedir por medio de las armas cualquier resistencia o intento de fuga; **b)** Desde su participación en la Operación Reinhard, el acusado conocía todos los detalles de los procedimientos empleados en el campo de concentración de Auschwitz. En particular, él sabía que los judíos deportados en forma masiva a Auschwitz eran masacrados aprovechándose deliberadamente de su calma e indefensión. **Asimismo, él era consciente de que con sus actividades apoyaba la maquinaria de muerte que operaba en Auschwitz. Él fue -al menos- condescendiente con tal proceder, para evitar ser transferido a las unidades de las SS que combatían en el frente de batalla.**

22.- Que el profesor Roxin expresa que la afirmación de la Sala Penal según la cual el acusado ha prestado asistencia a todos estos hechos, no resulta objetable por motivos legales. Además, continúa que esto se aplica en primer lugar con relación a las víctimas frente a cuyo arribo en Auschwitz-Birkenau el acusado se encontraba cumpliendo con el servicio de rampa. **No exige mayores discusiones el hecho de que, con su accionar, el acusado prestaba asistencia a los miembros de las SS, los que a su vez cometían asesinatos mediante la previa selección en la rampa y la inmediata ejecución a través del rociamiento del Zyklon B** en las cámaras de gas. Añade que el acusado prestó asistencia entonces en el sentido del § 27 inciso 1 del Código Penal, por un lado –mediante la vigilancia del equipaje-, a conservar la calma de quienes llegaban y, por el otro -como una parte del contexto de intimidación-, a sofocar toda idea de resistencia o fuga. Ahora bien, razona que también resulta punible el acusado por complicidad en el asesinato respecto de las víctimas que arribaron y a las cuales él no prestó el servicio de rampa. En efecto, aunque no pueda aseverarse que con su accionar el acusado haya prestado asistencia física o psicológica directa a los médicos que participaron en la selección o a los miembros de las SS que realizaron la matanza, el Tribunal Regional no obstante tomó acertadamente como punto de partida que el acusado por medio del ejercicio general de su servicio en Auschwitz, ya había prestado asistencia a los dirigentes estatales y

a las SS, quienes a principios de 1944 ordenaron la Operación Hungría, la que subsecuentemente desde una posición de liderazgo, implementaron o dejaron implementar (para la autoría mediata en el marco de los aparatos de poder estatales).

23.- Que desde esa perspectiva cavila el autor, que el acusado tuvo participación en esta facilitación de los hechos. Era parte del aparato de personal que ya estaba cumpliendo funciones al momento de la orden para llevar a cabo la Operación Hungría en Auschwitz. Él estaba vinculado a la organización de los asesinatos masivos, e independientemente de esto, le incumbía supervisar y vigilar la llegada de los deportados a la rampa y evitar por medio de las armas cualquier resistencia o intento de fuga. Finalmente, más allá de esto, también estuvo involucrado en el aprovechamiento de los bienes de las víctimas, lo que hizo que las SS se beneficiaran incluso luego de la muerte de las víctimas. El hecho de que estas funciones fueran ejercidas en el campo de concentración de Auschwitz por miembros de las SS que eran activos allí, era bien conocido por los responsables cuando se ordenó la Operación Hungría y fue de fundamental importancia para su resolución de actuar y emitir las respectivas órdenes y mandatos. **El hecho de que ellos no conocieran personalmente al acusado es jurídicamente irrelevante.** Bastaba con que ellos sepan que todas las tareas a desarrollarse para poner en marcha esa mortífera maquinaria, serían cumplidas por subordinados confiables y obedientes, lo que garantizaba una implementación sin obstáculos de la Operación Hungría.

24.- Que todo según el contexto general de los fundamentos del veredicto, **era también conocido por el acusado, quien lo aprobó -al menos- con condescendencia.** Ya estaba plenamente informado de los acontecimientos, poco después de su llegada a Auschwitz. Sin embargo, en su empeño por no ser transferido al frente, se unió a la organización del campo y ejecutó todas las órdenes que se le impartieron. Él tenía en claro, por lo tanto, que **a través de su servicio, en colaboración con otros, lograba asegurar en todo momento las condiciones necesarias para que las autoridades del Estado** y de las SS pudieran decidir y ordenar la ejecución de una operación de exterminio en Auschwitz, ya que dependían de la ejecución a nivel local de sus órdenes criminales. Precisa Roxin que desde el punto de vista subjetivo, no se requiere más para tener por acreditada la contribución del acusado en todos los asesinatos que le fueran atribuidos en la sentencia impugnada por la Operación Hungría.

25.- Que por ello Claus Roxin considera que la decisión anterior relatada, es correcta y cree que merece la relevancia que se le ha atribuido. Ella deja definitivamente en claro que los miembros del equipo de un campo de concentración se hicieron culpables por complicidad en el asesinato, si ellos sabían de los asesinatos cometidos durante su pertenencia al campo y apoyaron la operación del campo dirigida al exterminio a gran escala de vidas humanas.

26.- Que el autor recuerda que tampoco la Sentencia de la Segunda Sala Penal del 20.2.1969 (veinte de febrero de mil novecientos sesenta y nueve), a la que se ha remitido en la revisión del acusado y muchas órdenes de sobreseimiento de años anteriores, ha juzgado esto de un modo distinto. Allí se señala lo siguiente: “Una especificación más detallada de los hechos no era posible, pues las muertes en Auschwitz fueron tan numerosas que en su mayoría no pudieron ser identificadas por sus características específicas, como la persona del difunto o el momento exacto en que ello ocurrió... En ese sentido, si frente a asesinatos en masa uno quisiera colocar exigencias más estrictas respecto a la concretización de las ejecuciones individuales, entonces fracasaría la persecución de crímenes cometidos a escala masiva.”

27.- Que precisa Roxin **que no existen causales de exculpación**. En especial, no viene en consideración el estado de necesidad como consecuencia de una orden (Befehlsnotstand). Tampoco el acusado mismo lo hizo valer para él. Tal como se dice en la sentencia de la Tercera Sala, él estaba “informado en su totalidad [sobre el suceso en el campo]. A pesar de ello, con el anhelo de no ser enviado al frente, él se integró en la organización del campo y ejecutó todas las órdenes que le fueron impartidas.” Esto corresponde al reconocimiento general de que los miembros del campo no fueron obligados a realizar sus actos. Quien se negaba a cooperar, era enviado al frente. A los líderes les interesaba que el funcionamiento de la maquinaria de muerte no fuera impedida por la oposición de algunos. **“Hasta hoy no se ha documentado ningún caso en el que un miembro de la unidad militar o policial alemana hubiere sido condenado a muerte, asesinado o por lo menos maltratado, por haberse negado a ejecutar una orden de asesinato.”** Con mayor razón no se puede hablar de un error de prohibición exculpante. Es **difícilmente imaginable que quien actúa en un campo de concentración hubiera podido considerar que el asesinato de personas completamente inocentes resultaba conforme al derecho**. Pero

incluso de haber sido éste el caso – por ejemplo, debido a la autoría estatal –, una semejante “ceguera jurídica” no habría merecido ninguna disminución de la pena. En el caso que aquí se discute el acusado tampoco invocó un error de prohibición.

28.- Que trazando un razonamiento de lo anterior para el caso de Chile y en especial en esta causa podemos escrutar lo siguiente: **a)** Al 11 de septiembre de 1973 en Chile no había Estado de Derecho. Se había quebrado el orden institucional pues las Fuerzas Armadas y de Orden dieron un Golpe de Estado, derribando al gobierno constitucional que había ascendido al poder; **b)** Es decir, se retrocedió de inmediato 200 años, y al retroceder estos 200 años y romper el freno de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se retrocedió por lo menos otros 2000 años, volviendo a vivir la sociedad chilena bajo autoridades despóticas y arbitrarias. Situación que en la historia abundan. Ahora bien, el Estado de Derecho al menos desde la Declaración del hombre y del Ciudadano de 1789 y la misma Constitución francesa de 1791 tiene por fin último **proteger a la persona, proteger sus derechos, salvaguardar la libertad**. Podemos releer los artículos 2 y 16 de la citada declaración. Artículo 2, la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; artículo 16, Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución; **c)** En este caso, como está documentado en forma amplia públicamente, durante 17 años de quiebre constitucional (régimen militar, dictadura militar), no hubo separación de poderes (al contrario, hubo concentración); se disolvió el poder más significativo de la representación popular como el congreso; el Poder Judicial no tuvo la independencia necesaria para salvaguardar los derechos de las personas. Luego en esa perspectiva, la autoridad tenía un doble resguardo de los derechos fundamentales de las personas. Primero, no había Estado de Derecho, en consecuencia el cuidado hacia los derechos y libertades de las personas le exigía un estándar mayor; en segundo lugar, reuniendo el poder político y militar en sus manos, cualquier afectación a los derechos de las personas se debía tener una necesidad, proporcionalidad y mayor fundamentación, pues de otro modo era sospechosa cualquier actuación pues no se estaba bajo un Estado de Derecho. **d)** En este caso entonces las personas detenidas y llevadas a centros o lugares de detención estaban en una

alta indefensión; **e)** La detención desde el inicio (según la acusación) irregular de **Marcelo Del Carmen Gutiérrez Gómez, por parte de miembros de la Tercera Comisaría de Carabineros Rahue de Osorno y miembros del Retén de Carabineros de Bahía Mansa, al mando del Comisario de Carabineros Adrián José Fernández Hernández, fue al margen de todo derecho-** nos permite reflexionar, tomando los casos analizados (Sentencia definitiva de Segunda Instancia Rol 17-2012 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, que incide en causa Rol 1673-03 de Osorno del Sr. Ministro en Visita Darío Caretta, caratulada “Aguilar Cubillos, Jorge Ricardo y otros”, de fs. 1049 a fs. 1077 (Tomo IV); Sentencia ejecutoriada de la Excm. Corte Suprema Rol 1686-13, que incide en Sentencia definitiva de Segunda Instancia Rol 17-2012 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, la que a su vez incide en causa Rol 1673-03 de Osorno del Sr. Ministro en Visita Darío Caretta, caratulada “Aguilar Cubillos, Jorge Ricardo y otros”, de fs. 1078 a fs. 1107 (Tomo IV); y en la perspectiva chilena, que esa Comisaria fue un centro ilegal de detención, tortura y ejecución respecto de los opositores del régimen militar, o por capricho de poder militar en relación a otras personas detenidas, tenía - como se ha acreditado- por **objeto reprimir, torturar y ejecutar. Asimismo, los miembros de la comisaría tenían jurisdicción respecto de tenencias y retenes, entre los que se encontraba el Retén de Carabineros de Bahía Mansa, cuyos miembros colaboraron activamente con los mandos superiores y ante quiénes estaban subordinados por tratarse de una institución de Orden y Seguridad con jerarquía de mando;** luego todos los que allí colaboraron a lo anterior y en especial las personas de mayor mando se encuentran en condiciones de poder realizarles este reproche penal en esta acusación.

29.- Síntesis sobre la argumentación. Que para ilustrar la **sentencia** tengamos presente algunas nociones de razonamiento y argumentación. La Teoría de la argumentación se centra en casos difíciles, relativa a la interpretación del derecho. Aunque muchas veces los problemas se refieren a los hechos. Manuel Atienza en su obra las razones del Derecho, nos explica que lo que debe entenderse por contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Así descubrir, es explicar el procedimiento en virtud del cual se llega a establecer una premisa o conclusión y otra cosa es el procedimiento que consiste en Justificar dicha premisa o conclusión. Así, decir que el juez tomó una determinada decisión, debido a sus firmes creencias religiosas, significa enunciar una razón explicativa; decir en cambio que la

decisión el Juez se basó en el artículo 5° de la Constitución, significa enunciar una razón justificatoria. El mismo expone que lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años 50 del siglo pasado. Comparten entre sí el rechazo de la lógica formal- Aristotélica- solemne, obligatoria, necesaria-, como instrumento para analizar los razonamientos. Ahora bien, la argumentación jurídica va más allá de la lógica, pues los argumentos jurídicos pueden estudiarse desde las perspectivas psicológicas, sociológicas o bien desde una perspectiva no formal; la **denominada lógica material o informal- tónica, retórica, dialéctica**. Aquí, la argumentación jurídica es **entimemática**, en ella no aparecen expresadas todas las premisas utilizadas, la conclusión puede cambiar cuando se añaden informaciones adicionales. El paso de una premisa a otra no es obligatorio, ni siquiera necesario, es más bien plausible. Entimemas, esto es, no realizamos silogismos completos, los damos por entendido y hacemos nuestras conclusiones. (Mesa Latorre. ¿Qué hacemos con la sentencia? En Derecho y Lenguaje. Ensayos Línea, Discursos y Ejercicios. Universidad Mayor, 2018, pp. 45-83).

30.- Que en la ilación anterior, podemos considerar al menos – entre muchos- 2 autores relevantes sobre la materia. Stephen Toulmin con su **Tribunal de la razón**. Una nueva concepción de la lógica. Señala que la lógica formal o deductiva tal como se le entiende, no permite dar cuenta tampoco de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito incluido el de la ciencia. Agrega que el único campo para el que sería adecuada la concepción de la argumentación que maneja la lógica es el de la matemática pura. No le interesa una lógica idealizada **sino que una lógica operativa o aplicada y toma como ejemplo no la geometría sino que la jurisprudencia**. Precisa que un buen argumento, un argumento bien fundado es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable. Afirma que las pretensiones extrajurídicas tienen que ser justificadas no ante sus majestades los jueces, sino que ante el **Tribunal de la Razón**. Luego, la corrección de un argumento no es una cuestión formal, esto es, dadas unas proposiciones de cierta forma puede inferirse otra de determinada forma. El asunto es de mayor relevancia, en el sentido de que algo tiene que juzgarse de acuerdo con criterios sustantivos e históricamente variables, apropiados para cada campo de que se trate. Explica que el uso argumentativo, supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, **según que puedan**

apoyarse en razones, argumentos o pruebas. Por su lado otro autor como Robert Alexy, esgrime la argumentación Jurídica **como discurso racional**. La tesis central de este autor, consiste en considerar el discurso jurídico, a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, esto es, **del discurso moral**. Su teoría no pretende simplemente elaborar una teoría argumentativa de la teoría jurídica que permita distinguir los buenos de los malos argumentos, sino una **teoría que sea también analítica, que penetre en la estructura de los argumentos y descriptiva, que incorpore elementos de tipo empírico**. La teoría de Alexy va a significar una sistematización y una reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas. Se puede indicar que para Habermas las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad, es decir, las **cuestiones práctico morales pueden ser decididas mediante la razón, mediante la fuerza del mejor argumento**; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado racionalmente motivado, **la expresión de una voluntad racional, un consenso justificado, garantizado o fundado** y que en consecuencia las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término (la verdad como una correspondencia entre enunciado y hechos). Misma obra anterior.

31.- Que profundizando en lo anterior, cabe advertir que los jueces no han razonado jamás por un silogismo, ni menos por cadenas de silogismos y ninguna motivación es verdaderamente reductible a un silogismo o a una cadena de silogismo. El Magistrado en realidad utiliza múltiples herramientas en la construcción de su decisión judicial. Similar a como se construyen los relatos literarios. De manera más bien flexible y abierta. Así la **argumentación jurídica- como se ha detallado- es entimemática**, en ella no aparecen expresadas todas las premisas utilizadas, la conclusión puede cambiar cuando se añaden informaciones adicionales. El paso de una premisa a otra no es obligatorio, ni siquiera necesario, es más bien plausible. Entimemas, esto es, no se realizan silogismos completos, se dan por entendido y desde allí se realizan conclusiones (El tiempo y las circunstancias, factores relevantes para la investigación en el proceso penal, en casos de violaciones de derechos humanos. Proceso Constituyente Nueva Constitución. Acta XII Jornadas Constitucionales. Temuco, Universidad Mayor 2016 pp. 155-173).

32.- Que se reitera que se deben tener presente los elementos de los estándares normativos e interpretativos en derechos humanos sobre la obligación de investigar respecto de graves violaciones a derechos humanos, en este caso delitos de lesa humanidad. Este trabajo, es a criterio de este Tribunal, la correcta valoración del mérito del proceso y del derecho en este tipo de causas y que debe darse a este tipo de procesos.

33.- Elementos de prueba, descripción de los hechos, conductas, determinación del tipo penal, acusados del hecho investigado y otras medidas administrativas. Que del mérito de la querella criminal presentada por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, de fs. 36 a fs. 52 (**Tomo I**); querella presentada por doña Rose Marie Vásquez Garrido, abogada, en representación de Edgar Marcelo Gutiérrez Bertín, de fs. 980 a fs. 985 (**Tomo III**); páginas 415 y 416, volumen I, tomo II del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, calificando como víctima de violaciones a sus derechos humanos a Marcelo del Carmen Gutiérrez Palma, de fs. 1 y 2 (**Tomo I**); certificado y partida de nacimiento de Marcelo Del Carmen Gutiérrez Gómez, de fs. 26 a fs. 27 (**Tomo I**); informe individual del caso de fs. 28 a fs. 31 (**Tomo I**); copia simple de declaración extrajudicial prestada por Inés Elena Bertín Yáñez, ante la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de fs. 32 a fs. 33 (**Tomo I**); copia simple de declaración extrajudicial prestada por José Adolfo Panqueco Calfulef, ante la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de fs. 34 a fs. 35 (**Tomo I**); certificación del Segundo Juzgado de Letras de Osorno, de fs. 55 a fs. 57 (**Tomo I**); informe del Arzobispado de Santiago, Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad, de fs. 59 a fs. 60 (**Tomo I**); Informe del Primer Juzgado de Letras de Osorno, de fs. 62 a fs. 63 (**Tomo I**); informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, de fs. 65 a fs. 66 (**Tomo I**); Informe del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, de fs. 68 a fs. 76 (**Tomo I**); EJEMPLAR N° 1/3/HOJA N° 1/1/ JEMGE.AUGE. SC. le (R) N° 1595/2093 del Estado Mayor General del Ejército de Chile, de fecha 25 de marzo de 2.014, de fs. 129 (**Tomo I**); oficio N° 375, del Departamento de Derechos Humanos de la Subdirección General de Carabineros de Chile, de fecha 15 de mayo de 2.014, de fs. 140 a fs. 143 (**Tomo I**); EJEMPLAR N° 1/3

HOJA 1/1, de fecha 21 de noviembre de 2014, de Gendarmería de Chile, de fs. 213 a fs. 214 **(Tomo I)**; dos publicaciones de diarios de fs. 290 a fs. 291 **(Tomo I)**; publicación del diario La Prensa, de fs. 309 **(Tomo I)**; certificado de domicilio emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, de fs. 317 **(Tomo I)**; informes de domicilio emitidos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, de fs. 373 a fs. 378 **(Tomo II)**, de fs. 384 **(Tomo II)**, de fs. 655 **(Tomo II)**, de fs. 697 **(Tomo III)**; oficio N° 644 del Departamento Pensiones P.4 de la Dirección de Gestión de Personas de Carabineros de Chile, de fs. 391 **(Tomo II)**; certificado de defunción de fs. 401 **(Tomo II)**; oficio N° 218, de fecha 15 de junio de 2015, del Departamento de Derechos Humanos de la Subdirección e Inspectoría General del Carabineros de Chile, de fs. 407 a fs. 439 **(Tomo II)** y de fs. 472 a fs. 478 **(Tomo II)**; oficio N° 7, de fecha 07 de enero de 2016, del Departamento de Derechos Humanos, Subdirección General de Carabineros de Chile, de fs. 591 a fs. 611 **(Tomo II)**; hoja de vida de funcionario de Carabineros de Chile, de fs. 634 a fs. 646 **(Tomo II)**; oficio N° 144, de fecha 08 de abril de 2016, del Departamento de Derechos Humanos, Subdirección General de Carabineros de Chile, de fs. 651 **(Tomo II)**; declaración prestada ante la Comisión Nacional de Verdad y Reparación por parte de Antonio Ewaldo Molina López, de fs. 659 a fs. 662 **(Tomo III)**; oficio N° 182, de fecha 8 de febrero de 1974 de Carabineros de Chile, de fs. 663 **(Tomo III)**; acta de Inspección Personal del Tribunal, de fecha 10 de mayo de 2.016, de fs. 666 a fs. 667 **(Tomo III)**; oficio N° 229, de fecha 21 de junio de 2016, del Departamento Derechos Humanos, Subdirección General de Carabineros de Chile, de fs. 698 a fs. 719 **(Tomo III)**; informe policial N° 510/702, de fecha 30 de junio de 2.016 de la Brigada de Homicidios de Valdivia de la Policía de Investigaciones de Chile, de fs. 721 a fs. 722 **(Tomo III)**; informe pericial fotográfico N° 165/2016, del Laboratorio de Criminalística Regional Valdivia de la Policía de Investigaciones de Chile, de fs. 723 a fs. 725; informe pericial Planimétrico N° 131/2016 del Laboratorio de Criminalística Regional Valdivia de la Policía de Investigaciones de Chile, de fs. 726 a fs. 755 **(Tomo III)**; copia simple de sentencia de paternidad en causa RIT C-1474-2006, del Juzgado de Familia de Osorno, de fecha 26 de mayo de

2015, de fs. 796 a fs. 805 **(Tomo III)**; anexo CD de informe pericial fotográfico señalado a fs. 723 **(Tomo III)**; certificado de nacimiento de fs. 979 **(Tomo III)**; órdenes de investigar debidamente diligenciadas por la Brigada de Homicidios de Valdivia de la Policía de Investigaciones de Chile de fs. 223 a fs. 224 **(Tomo I)**; de fs. 386 a fs. 387 **(Tomo II)**; de fs. 557 a fs. 576 **(Tomo II)**; de fs. 615 **(Tomo II)**; de fs. 619 a fs. 625 **(Tomo II)**; de fs. 678 a fs. 691 **(Tomo III)**; fs. 757 a fs. 762 **(Tomo III)**; de fs. 775 a fs. 780 **(Tomo III)**; de fs. 782 a fs. 789 **(Tomo III)**; de fs. 822 a fs. 832 **(Tomo III)**; órdenes de investigar debidamente diligenciadas por la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos de Policía de Investigaciones de Chile, de fs. 78 a fs. 80 **(Tomo I)**; de fs. 84 a fs. 86 **(Tomo I)**; de fs. 88 a fs. 122 **(Tomo I)**; de fs. 135 a fs. 137 **(Tomo I)**; de fs. 148 a fs. 184 **(Tomo I)**; de fs. 188 a fs. 199 **(Tomo I)**; de fs. 227 a fs. 265 **(Tomo I)**; de fs. 363 a fs. 369 **(Tomo II)**; de fs. 441 a fs. 446 **(Tomo II)**; de fs. 448 a fs. 451 **(Tomo II)**; de fs. 453 a fs. 458 **(Tomo II)**; de fs. 460 a fs. 467 **(Tomo II)**; de fs. 489 a fs. 496 **(Tomo II)**; de fs. 501 a fs. 508 **(Tomo II)**; de fs. 510 a fs. 528 **(Tomo II)**; de fs. 530 a fs. 543 **(Tomo II)**; de fs. 545 a fs. 555 **(Tomo II)**; de fs. 578 a fs. 585 **(Tomo II)**; de fs. 587 a fs. 589 **(Tomo II)**; de fs. 765 a fs. 770 **(Tomo III)**; párrafos pertinentes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Almonacid Arellano y otros v/s Chile”, correspondientes a fs. 27 a fs. 29; de fs. 46; de fs. 49 a fs. 54 y de fs. 61, rolantes a fs. 904 a fs. 915 **(Tomo III)**; Informe en Derecho de don Hernán Quezada Cabrera, Doctor en Derecho, Universidad de Hamburgo (R.F.A9 y Universidad de Estrasburgo (Francia), de diciembre de 2.003, de fs. 916 a fs. 954 **(Tomo III)**; copia simple de Sentencia definitiva de Segunda Instancia Rol 17-2012 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, que incide en causa Rol 1673-03 de Osorno del Sr. Ministro en Visita Darío Caretta, caratulada “Aguilar Cubillos, Jorge Ricardo y otros”, de fs. 1049 a fs. 1077 **(Tomo IV)**; copia simple de Sentencia ejecutoriada de la Excma. Corte Suprema Rol 1686-13, que incide en Sentencia definitiva de Segunda Instancia Rol 17-2012 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, la que a su vez incide en causa Rol 1673-03 de Osorno del Sr. Ministro en Visita Darío Caretta, caratulada “Aguilar Cubillos, Jorge Ricardo y otros”, de fs. 1078 a fs.

1107 **(Tomo IV)**..; extractos de filiación y antecedentes de fs. 1109 a fs. 1118 **(Tomo IV)**, de fs. 1380 a fs. 1387 **(Tomo IV)**, de fs. 1468 a fs. 1469 **(Tomo V)**, de fs. 1475 a fs. 1476 **(Tomo V)**, de fs. 1490 a fs. 1941 **(Tomo V)**; declaraciones de Inés Elena Bertín Yáñez de fs. 32 a fs. 33 **(Tomo I)**; de José Adolfo Panqueco Calfuléf de fs. 34 a fs. 35 **(Tomo I)**; de Edgar Marcelo Gutiérrez Bertín, de fs. 98 a fs. 99 **(Tomo I)**, de fs. 1006 **(Tomo III)**; de José Oberto Santana Oyarzún, de fs. 162 a fs. 164 **(Tomo I)**, de fs. 251 a fs. 253 **(Tomo I)**, de fs. 292 a fs. 293 **(Tomo I)**; de Ademar Catalán Aguilar de fs. 169 a fs. 171 **(Tomo I)**, de fs. 319 a fs. 323 **(Tomo I)**; de Luis Humberto Pinol Carillanca de fs. 173 a fs. 176 **(Tomo I)**, de fs. 254 a fs. 255 **(Tomo I)**, de fs. 267 a fs. 268 **(Tomo I)**, de fs. 324 a fs. 329 **(Tomo I)**, de fs. 335 a fs. 336 **(Tomo I)**, de fs. 347 a fs. 348 **(Tomo I)**, de fs. 829 a fs. 831 **(Tomo III)**, de fs. 837 a fs. 838 **(Tomo III)**, de fs. 975 a fs. 976 **(Tomo III)**; de Oscar Fernández Águila de fs. 178 a fs. 179 **(Tomo I)**; de Leopoldo Arcos Rodríguez de fs. 181 a fs. 183 **(Tomo I)**; de Ana del Carmen López Barría de fs. 188 a fs. 192 **(Tomo I)**, de fs. 302 a fs. 308 **(Tomo I)**, de fs. 356 a fs. 361 **(Tomo I)**, de fs. 466 **(Tomo II)**, de fs. 1506 a fs. 1509 **(Tomo V)** mediante sistema de videoconferencia mediante plataforma zoom; de Rubén Molina González de fs. 246 a fs. 248 **(Tomo I)**, de fs. 288 a fs. 289 **(Tomo I)**; de Armando Félix Figueroa Angulo de fs. 249 a fs. 250 **(Tomo I)**; de Juan Segundo Moreira Garcés de fs. 256 a fs. 257 **(Tomo I)**, de fs. 294 a fs. 296 **(Tomo I)**, de fs. 338 a fs. 346 **(Tomo I)**; de Gabriel Peña Santibáñez de fs. 258 a fs. 259 **(Tomo I)**; de María Eufemia Millaquipai Guichaquelen de fs. 260 a fs. 264 **(Tomo I)**, de fs. 297 a fs. 299 **(Tomo I)**; de Ramón Plaza de los Reyes Bachmann de fs. 312 a fs. 316 **(Tomo I)**; de Jorge Daniel Garcés Yáñez de fs. 331 a fs. 334 **(Tomo I)**, de fs. 335 a fs. 336 **(Tomo I)**, de fs. 349 a fs. 350 **(Tomo I)**, de fs. 394 a fs. 396 **(Tomo II)**, de fs. 456 a fs. 457 **(Tomo II)**, de fs. 495 **(Tomo II)**, de fs. 653 a fs. 654 **(Tomo II)**; de Guillermo Antilef Quintul de fs. 347 a fs. 348 **(Tomo I)**, de fs. 349 a fs. 350 **(Tomo I)**, de fs. 520 a fs. 521 **(Tomo II)**; de María Angélica Vergara Herrera de fs. 352 a fs. 355 **(Tomo I)**, de fs. 444 a fs. 445 **(Tomo II)**; de Héctor Vargas Soto de fs. 367 a fs. 369 **(Tomo II)**, de fs. 482 a fs. 488 **(Tomo II)**, de fs. 653 a fs. 654 **(Tomo II)**; de Jorge Ricardo Coronado Henzi de

fs. 397 a fs. 399 (**Tomo II**); de Estanislao Juan Bautista Huentrutripay Villarroel de fs. 402 a fs. 403 (**Tomo II**); de Heriberto Eugenio Silva Álvarez de fs. 492 (**Tomo II**); de Gladys González Menares de fs. 506 a fs. 507 (**Tomo II**); de Ramón Patricio Tomacevic Cañas de fs. 522 a fs. 523 (**Tomo II**); de Sigfrido Ernesto González González de fs. 524 a fs. 525 (**Tomo II**), de fs. 855 a fs. 856 (**Tomo III**); de Elio Edgardo Mella San Martín de fs. 526 a fs. 527 (**Tomo II**); de María Judith Aucapán Ancapán de fs. 535 a fs. 537 (**Tomo II**); de Aristeo Maripán Queipuyao de fs. 538 a fs. 540 (**Tomo II**); de Margot Silvia Arteaga Arriagada de fs. 541 a fs. 542 (**Tomo II**); de Vladimiro Fernández Rojas de fs. 551 a fs. 552 (**Tomo II**), de fs. 896 a fs. 897 (**Tomo III**); de Rafael Pérez Torres de fs. 553 a fs. 554 (**Tomo II**), de fs. 627 a fs. 630 (**Tomo II**), de fs. 632 a fs. 633 (**Tomo II**); de Federrina del Rosario Barrientos Cancino de fs. 567 a fs. 569 (**Tomo II**); de Noemí del Carmen Carrasco Maragaño de fs. 570 a fs. 572 (**Tomo II**); de Rolando Del Carmen Ríos García de fs. 583 a fs. 584 (**Tomo II**); de María Gladys Ávila Rosas de fs. 657 a fs. 658; de Mario Lenis Flores Conejeros de fs. 675 (**Tomo III**); de Florencio Segundo Cárdenas Oporto de fs. 683 a fs. 684 (**Tomo III**); de José Alfredo Cofián Cofián de fs. 688 a fs. 690 (**Tomo III**); de Rodolfo Segundo Cheuquelaf Lorenzo de fs. 760 a fs. 762, de fs. 772 a fs. 773 (**Tomo III**), fs. 1017 a fs. 1018 (**Tomo III**); de Hernán Horacio Taricco Lavín de fs. 768 a fs. 769 (**Tomo III**); de Juan Gualberto Guarda Castro de fs. 778 a fs. 779 (**Tomo III**), de fs. 865 (**Tomo III**); de Adolfo Segundo Acum Colpiante de fs. 785 a fs. 786 (**Tomo III**); de Ecar Adolfo Guarda Rosas de fs. 878 a fs. 788 (**Tomo III**), de fs. 892 a fs. 893 (**Tomo III**); de Bernardo Segundo Becar Quezada de fs. 963 (**Tomo III**); de José Gabriel Uribe Pérez de fs. 966 a fs. 967 (**Tomo III**), quedan suficientemente acreditados en autos los siguientes hechos:

A.- Que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública el día 11 de Septiembre de 1973 asumieron el mando Supremo de la Nación, reuniendo los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo en la Junta de Gobierno según se dejó establecido en el Bando N° 5, de igual fecha, así como en el Decreto Ley N° 1, posteriormente aclarado y complementado por los Decretos Leyes N° 128, 527 y 788, se dispuso entre otras medidas el

Estado de Sitio en todo el territorio nacional, ordenándose acuartelamiento en grado uno para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

B.- Que a partir del 11 de septiembre de 1973 el mando en la 3ª Comisaría de Carabineros de Osorno se encontraba a cargo del capitán Adrián Fernández Hernández, unidad a la que se sumó, entre otros, el Retén de Bahía Mansa, en consideración a los acontecimientos que ocurrían en el país, quien organizó y coordinó un grupo especial de carabineros entre los que se encontraban Mario Maragaño Oyarzún **(fallecido, según consta a fs. 1042 Tomo III)**, Guillermo Antilef Quintul, Sergio Rozas Silva **(fallecido según consta a fs. 1040 Tomo III)**, Gustavo del Carmen Muñoz Albornoz **(fallecido según consta a fs. 1041 Tomo III)**, Rafael Pérez Torres, Juan Canales, José Ríos Vergara **(fallecido según consta a fs. 1039 Tomo III)**, Eliseo Águila Salgado **(fallecido según consta a fs. 1036, Tomo III)**, Juan Segundo Moreira Garcés, Vladimiro Fernández Rojas, Oscar Vargas Vargas, Rolando Vargas Vargas **(fallecido según consta a fs. 1037 Tomo III)** y Francisco Inostroza Baeza **(fallecido según consta a fs. 1046 Tomo IV)**, entre otros, según declaración de Rubén Molina González de fs. 246 a fs. 248 **(Tomo I)**, de fs. 288 a fs. 289 **(Tomo I)**, de José Oberto Santana Oyarzún, de fs. 162 a fs. 164 **(Tomo I)**, de fs. 251 a fs. 253 **(Tomo I)**, de fs. 292 a fs. 293 **(Tomo I)**, de Ademar Catalán Aguilar de fs. 169 a fs. 171 **(Tomo I)**, de fs. 319 a fs. 323 **(Tomo I)**, de Leopoldo Arcos Rodríguez de fs. 181 a fs. 183 **(Tomo I)**, de Luis Humberto Pinol Carillanca de fs. 173 a fs. 176 **(Tomo I)**, de fs. 254 a fs. 255 **(Tomo I)**, de fs. 267 a fs. 268 **(Tomo I)**, de fs. 324 a fs. 329 **(Tomo I)**, de fs. 335 a fs. 336 **(Tomo I)**, de fs. 347 a fs. 348 **(Tomo I)**, de fs. 829 a fs. 831 **(Tomo III)**, de fs. 837 a fs. 838 **(Tomo III)**, de fs. 975 a fs. 976 **(Tomo III)**, grupo que realizaba patrullajes por la zona dependiente de la unidad policial antes indicada, a la vez que procedían a detener personas que posteriormente eran llevadas a la Comisaría para ser interrogadas en dependencias de esa unidad; o que fueron retiradas por este grupo especial de carabineros para ser llevados a lugares desconocidos hasta la fecha.

C.- Que la dependencia usada preferentemente para los interrogatorios era el sótano de la Tercera Comisaría de Carabineros de

Osorno, según testimonios, entre otros, de María Gladys Ávila Rosas de fs. 657 a fs. 658 (**Tomo III**), de Antonio Ewaldo Molina López de fs. 659 a fs. 662 (**Tomo III**), de María Eufemia Millaquipai Guichaquelen de fs. 260 a fs. 264 (**Tomo I**), de fs. 297 a fs. 299 (**Tomo I**), lugar en el que se encontraban detenidos indistintamente hombres y mujeres, consistiendo las torturas en aplicación de corriente eléctrica en varias partes del cuerpo, violaciones o intentos de violaciones hacia las mujeres detenidas, introducción de palos en el ano de los hombres, entre otras torturas descritas, figurando como dando las órdenes el capitán Adrián Fernández Hernández, quién se encontraba a cargo de la Tercera Comisaría de Carabineros de Osorno, secundado por su grupo de confianza.

D.- Que posterior al 11 de septiembre de 1973 Carabineros de Chile estableció un puesto de control frecuente en el Cruce Pucatrihue, en el trayecto que une Osorno con Bahía Mansa, según testimonios, entre otros, de Federrina del Rosario Barrientos Cancino de fs. 567 a fs. 569 (**Tomo II**), de Héctor Vargas Soto de fs. 367 a fs. 369 (**Tomo II**), de fs. 482 a fs. 488 (**Tomo II**), de María Judith Aucapán Ancapán de fs. 535 a fs. 537 (**Tomo II**). En este lugar eran controlados los vehículos que transitaban, entre ellos los buses que hacían el recorrido diario uniendo estos dos destinos, los que pertenecían a la Empresa Carrasco o Tuchie. Carabineros, tanto del Retén Bahía Mansa como de la Tercera Comisaría de Carabineros de Osorno, procedían a identificar y registrar a los pasajeros de los mismos, bajando en ocasiones a alguno o algunos de ellos, en ocasiones reteniéndolos, para posteriormente indicarle al chofer de las máquinas que siguieran su camino.

E.- Que con fecha 5 de octubre de 1973, Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, 17 años de edad, obrero de la construcción, miembro del Frente de Estudiantes Revolucionarios (FER), salió de su domicilio en la ciudad de Osorno con destino a Bahía Mansa, a llevarle alimentos a su hermanastro Edgar Eugenio Cárdenas Gómez, militante socialista y muy buscado en la zona con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Testigos presenciales relataron a la familia que fue obligado a descender del microbús

en que viajaba por Carabineros que lo detuvieron y llevaron con rumbo desconocido. Hasta la fecha se ignora la suerte corrida por el afectado.

El hermanastro de la víctima, Edgar Cárdenas Gómez fue ejecutado por Carabineros el día 5 de octubre de 1973 junto a Jorge Aguilar Cubillos, funcionario de la Corporación de Reforma Agraria (CORA), militante radical y María Ester Bustamante Llanccamil, militante socialista. Los tres habían ido a refugiarse a una choza de pescadores cuando carabineros de la 3ª Comisaría de Rahue de Osorno y del Retén de Bahía Mansa irrumpieron en el lugar dándoles muerte de inmediato, según declaración, entre otras de Ana del Carmen López Barría de fs. 188 a fs. 192 (**Tomo I**), de fs. 302 a fs. 308 (**Tomo I**), de fs. 356 a fs. 361 (**Tomo I**), de fs. 466 (**Tomo II**).

La versión oficial de las autoridades de la época fue que los tres extremistas resultaron muertos cuando un grupo llevó a cabo una acción terrorista contra el Retén de Bahía Mansa, la misma versión agregaba que había habido un enfrentamiento y que las víctimas estaban involucradas en un plan subversivo contra las Fuerzas Armadas y que en su poder se había encontrado gran cantidad de armamento y explosivos, según declaración, entre otros, de Ramón Plaza de los Reyes Bachmann de fs. 312 a fs. 316 (**Tomo I**)

F.- Que días previos a su detención, es decir el día 5 de octubre de 1973, Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez viajó a la casa de su padraastro en el lugar Bahía Mansa a dejarle comida a su hermano Edgar Cárdenas Gómez, según relato de Inés Elena Bertín Yáñez (**fs. 32, Tomo I**), quién se encontraba refugiado ahí junto a Ester Bustamante Llanccamil y Jorge Aguilar Cubillos, quiénes eran intensamente buscados por la nuevas autoridades del país, según la **letra E)** precedente. Asimismo, el día 4 de octubre de 1973, Gutiérrez Gómez, viajó de regreso a Osorno a comprar alimentos y remedios en la farmacia en la que trabajaba la esposa de Jorge Aguilar Cubillos, regresando el día 5 de octubre a Bahía Mansa, tal como se ha señalado. La prensa informó el día 6 de octubre de 1973 que el hermano de Gutiérrez y las otras dos personas habían sido fusilados cuando trataron de asaltar un retén, lo que según testimonios de carabineros que prestaron servicio en el Retén de

Bahía Mansa para la fecha, fue falso, puesto que nunca sucedió lo del asalto al Retén de Bahía Mansa, sino que los detenidos por Carabineros del mismo retén fueron entregados a una patrulla de Carabineros de Osorno comandada por el capitán Adrián Fernández Hernández, según relato de Luis Humberto Pinol Carillanca de fs. 173 a fs. 176 **(Tomo I)**, de fs. 254 a fs. 255 **(Tomo I)**, de fs. 267 a fs. 268 **(Tomo I)**, de fs. 324 a fs. 329 **(Tomo I)**, de fs. 335 a fs. 336 **(Tomo I)**, de fs. 347 a fs. 348 **(Tomo I)**, de fs. 829 a fs. 831 **(Tomo III)**, de fs. 837 a fs. 838 **(Tomo III)**, de fs. 975 a fs. 976 **(Tomo III)** y de Héctor Vargas Soto de fs. 367 a fs. 369 **(Tomo II)**, de fs. 482 a fs. 488 **(Tomo II)**, de fs. 653 a fs. 654 **(Tomo II)**.

G.- Que según relato de Rodolfo Segundo Cheuquelaf Lorenzo fs. 760 a fs. 762 **(Tomo III)**, de fs. 772 a fs. 773 **(Tomo III)**, fs. 1017 a fs. 1018 **(Tomo III)**), hubo un día en que un joven se encontraba detenido por sospecha en el Retén de Bahía Mansa, a quien se le dio la libertad. Señala que el día anterior a su detención sus colegas lo habían visto por los alrededores y lo habían aprehendido; que cuando ocurrió lo del asalto al Retén de Bahía Mansa, llegó hasta el destacamento el Capitán Adrián Fernández Hernández junto a los carabineros Rafael Pérez Torres, Muñoz Albornoz y el fallecido Juan Canales. Ellos procedieron con el operativo y en un momento Fernández llama a Osvaldo Nelson Rosas Cárdenas **(fallecido según consta a fs. 1045 Tomo III)**. Acto seguido Rosas Cárdenas llama a Cheuquelaf junto a otro de sus compañeros y les dice que por órdenes del Capitán Fernández debían ir a detener a una persona que se trasladaba en uno de los buses que iban de Osorno a Bahía Mansa, que podía ser de la empresa Tuchie o Carrasco, persona que tendría entre 18 y 20 años y que portaba víveres. Se dirigieron al cruce Pucatrihue en una camioneta doble cabina color verde que les había facilitado el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), la que era ocupada en su momento por Jorge Aguilar Cubillos en su calidad de funcionario del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), según testimonio de Ana del Carmen López Barría de fs. 188 a fs. 192 **(Tomo I)**, de fs. 302 a fs. 308 **(Tomo I)**, de fs. 356 a fs. 361 **(Tomo I)**, de fs. 466 **(Tomo II)**. Hacen parar el bus, lo controlan y se encuentran con el mismo joven al que se le había dado la libertad unos dos o

tres días antes. Quien efectivamente llevaba un bolso con víveres, acción que se encontraba llevando al mismo tiempo Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, al llevarle alimentos a su hermano Edgar Cárdenas Gómez, quien se encontraba oculto en Bahía Mansa, según lo narrado en la letra E) precedente. Se le indica a éste joven que baje del bus, dándosele orden al chofer del mismo que continuara su camino. Osvaldo Nelson Rosas Cárdenas identifica a la persona confirmando el nombre que le había dado el Capitán Fernández, el cual llevaba anotado. Rosas Cárdenas le da un culatazo en el estómago, ordena subirlo a la camioneta y toman dirección al retén, lugar en el cual el joven es entregado al Capitán Fernández. Posteriormente los detenidos son subidos a los vehículos en los que se trasladaban los carabineros a cargo del Capitán Fernández, es decir, los que fueron imputados como atacantes del Retén Bahía Mansa junto al joven que fue detenido en el bus que se señala precedentemente.

Posteriormente, el Diario La Prensa de la época informa que tres detenidos acusados del asalto al retén habían muerto, según testimonios señalados precedentemente; Informe de la Comisión Nacional del Verdad y Reconciliación de fs. 2 (**Tomo I**); información individual del caso de fs. 28 a fs. 30 (**Tomo I**); Informe del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos de fs. 68 a fs. 76 (**Tomo I**).

H.- Que de acuerdo a Héctor Vargas Soto, según declaraciones de fs. 367 a fs. 369 (**Tomo II**), de fs. 482 a fs. 488 (**Tomo II**) y de fs. 653 a fs. 654 (**Tomo II**) señala haber sido testigo cuando carabineros, entre ellos el Sargento Rosas Cárdenas (**fallecido según consta a fs. 1045 Tomo III**), hacen bajar a un joven desde una micro de recorrido Osorno-Bahía Mansa, específicamente en el cruce Pucatrihue, para luego darle culatazos hasta destruirle el cráneo. Los carabineros en número de seis o siete llegaron hasta ese lugar en un vehículo perteneciente al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)

I.- Que por otro lado doña Ana del Carmen López Barría, según su relato de fs. 188 a fs. 192 (**Tomo I**), de fs. 302 a fs. 308 (**Tomo I**), de fs. 356 a fs. 361 (**Tomo I**), de fs. 466 (**Tomo II**) señala haber sido pareja de Jorge Aguilar Cubillos, uno de los supuestos extremistas que asaltaron el Retén de

Bahía Mansa el 5 de octubre de 1973. Que una vez que se produjo el golpe de estado éste huyó hacia un sector rural junto a Edgar Cárdenas Gómez y María Ester Bustamante, puesto que su nombre había aparecido en los bandos emitidos por las nuevas autoridades. Que nunca más supo de Jorge Aguilar Cubillos hasta el día 06 de octubre de 1973 en que tomó conocimiento de que éste se encontraba fallecido en la morgue del hospital de Osorno. Concurrió al hospital en conjunto con la madre de Jorge Aguilar Cubillos, doña Ema Cubillos y su cuñada de nombre Onorinda Aguilar Cubillos, lugar en el cual un enfermero les permite ver el cuerpo de Jorge Aguilar Cubillos, además del cuerpo de María Ester Bustamante y de Edgar Cárdenas Gómez, todos con impactos balísticos, teniendo Jorge Aguilar Cubillos 36 impactos de bala, uno de ellos entre las cejas con salida de proyectil y el cuerpo de María Ester Bustamante con un gran forado en la espalda, enterándose que ésta última se encontraba embarazada.

J.- Que continuando su relato doña Ana del Carmen López Barría señala que estando en la morgue del hospital de Osorno se hacen presentes tres funcionarios de Carabineros de la Tercera Comisaría de Osorno con la orden de llevarlas ante el capitán Adrián Fernández Hernández. Llegada a la comisaría queda detenida por 22 días, lapso de tiempo en el cual es sometida a distintos tipos de interrogatorios, los que incluían, entre otras torturas, aplicación de corriente eléctrica en sus senos. Señala, además, que en la primera ocasión en la que la interrogan le hacen oír un cassette con la grabación de un joven que se identificaba como Marcelo Gutiérrez Gómez, dándose cuenta de que se trataba del hermano de Edgar Cárdenas Gómez, quien según le dijo Fernández, había sido detenido por Carabineros de la Tercera Comisaría bajo su mando el día 05 de octubre de 1973, a quien lo habían sometido a un intenso interrogatorio y tortura para obtener el paradero de Edgar, Jorge y María Ester, y se escuchaba como Marcelo Gutiérrez Gómez gritaba y suplicaba que no lo siguieran sometiendo a torturas; lloraba e indicaba que no sabía dónde estaba su hermano. Agrega que durante el tiempo que le hicieron escuchar la grabación, esto es por alrededor de tres minutos, Marcelo Gutiérrez Gómez nunca señaló el lugar donde se encontraba

su hermano en compañía de Jorge Aguilar Cubillos y María Ester Bustamante Llancamil. Acto seguido el capitán Adrián Fernández Hernández le manifestó que si no cooperaba le iba a ocurrir lo mismo a ella.

K.- Que en el mismo sentido declara doña María Eufemia Millaquipai Guichaquelen de fs. 260 a fs. 264 (**Tomo I**), de fs. 297 a fs. 299 (**Tomo I**), señalando que estuvo detenida junto a doña Ana del Carmen López Barría en la Tercera Comisaría de Carabineros Rahue de Osorno, lugar en el cual también fue sometida a torturas, las que incluían aplicación de corriente, por largos minutos, en los seños, vagina, brazos, codos, sienes, cuellos, piernas, rodillas y tobillos; sus torturadores eran hombres, reconociendo entre ellos, por la voz, al Capitán Adrián Fernández Hernández. Todas las sesiones de torturas eran en el subterráneo de la Comisaría y con la vista vendada. Señala, además, que cuando pudo conversar con Ana del Carmen López Barría, esta le comentó llorando que a su marido Jorge Aguilar Cubillos lo habían matado y que ya estaba sepultado y que a ella la habían detenido por haberle enviando comida a su marido con un joven, el cual también resultó detenido y que desconocía que había ocurrido con él.

L.- Que según declaración de María Angélica Vergara Herrera de fs. 352 a fs. 355 (**Tomo I**) y de fs. 444 a fs. 445 (**Tomo II**), señala haber sido esposa de Edgar Eugenio Cárdenas Gómez y que se enteró de la muerte de Marcelo Gutiérrez Gómez de boca de su señora doña Inés Bertín Yáñez (**fallecida, según consta a fs. 1047 Tomo IV**), quién le señaló que Marcelo Gutiérrez Gómez fue detenido por Carabineros de la Tercera Comisaría de Osorno, quienes andaban de uniforme y habrían bajado a Marcelo Gutiérrez Gómez de la micro que hacía el recorrido Osorno-Bahía Mansa.

M.- Que de conformidad a lo obrado en las letras **E)** a **L)** precedentes, se colige que la persona de la cual se discurre es Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, 17 años de edad a la fecha de su detención, quien viajó a Bahía Mansa, sector costero de Osorno, con el fin de llevarle alimentos a su hermanastro Edgar Cárdenas Gómez, quién se encontraba oculto en aquel lugar junto a otras dos personas; que el día 05 de octubre de 1973 Marcelo Del Carmen Gutiérrez Gómez es detenido por una patrulla de

carabineros en el cruce Pucatrihue que une Osorno con Bahía Mansa, quienes cumplían una orden del capitán Adrián Fernández Hernández, comisario de la Tercera Comisaría de Carabineros de Osorno, con jurisdicción sobre el Retén de Carabineros de Bahía Mansa, patrulla que estuvo compuesta, entre otros, por el carabinero Cheuquelaf Lorenzo; Que previo a su detención el día 05 de octubre de 1973 Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez había estado detenido por sospecha en el retén de la localidad señalada y se le había dado su libertad, como señaló Luis Humberto Pinol Carillanca, quien era el jefe del Retén Bahía Mansa a la fecha de ocurridos los hechos; que de acuerdo al mérito de los antecedentes descritos, hasta la fecha se desconoce el paradero de Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez desde la fecha en que fue detenido por carabineros pertenecientes a la Tercera Comisaría de Carabineros de Osorno.

34.- Que los hechos antes reseñados en esta etapa procesal, constituyen el delito de secuestro calificado en la persona de **MARCELO DEL CARMEN GUTIÉRREZ GÓMEZ**, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de los hechos, en su carácter de lesa humanidad.

35.- Que de estos mismos antecedentes y propias declaraciones de **Adrián José Fernández Hernández**, de fs. 217 a fs. 221 (**Tomo I**), de fs. 1010 a fs. 1013 (**Tomo III**), se desprenden fundadas presunciones para estimarlo **AUTOR** en virtud del artículo 15 n°1 del Código Penal, del delito referido en la consideración **34ª)** anterior.

36.- Que de estos mismos antecedentes y propias declaraciones de **Jorge Daniel Garcés Yáñez** de fs. 331 a fs. 334 (**Tomo I**), de fs. 335 a fs. 336 (**Tomo I**), de fs. 349 a fs. 350 (**Tomo I**), de fs. 394 a fs. 396 (**Tomo II**), de fs. 456 a fs. 457 (**Tomo II**), de fs. 495 (**Tomo II**), de fs. 653 a fs. 654 (**Tomo II**), se desprenden fundadas presunciones para estimarlo **AUTOR** en virtud del artículo 15 n°1 del Código Penal, del delito referido en la consideración **34).**

37.- Que de estos mismos antecedentes y propias declaraciones de **Rodolfo Segundo Cheuquelaf Lorenzo** de fs. 760 a fs. 762, de fs. 772 a fs. 773 (**Tomo III**), fs. 1017 a fs. 1018 (**Tomo III**), de fs. 1519 a fs. 1524 (**Tomo**

V) mediante sistema de videoconferencia vía zoom, se desprenden fundadas presunciones para estimarlo **AUTOR**, en virtud del artículo 15 n°1 del Código Penal, del delito referido en la consideración **34)**.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 424 Y 425 del Código de Procedimiento Penal, **SE DECLARA** que se eleva esta causa a **PLENARIO** y se **ACUSA** a:

1.- ADRIÁN JOSÉ FERNÁNDEZ HERNANDEZ, como **AUTOR** del delito de secuestro calificado en la persona de Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, perpetrado a contar del día 5 de octubre de 1973, en el Sector Bahía Mansa de Osorno.

2.- JORGE DANIEL GARCÉS YÁÑEZ, como **AUTOR** del delito de secuestro calificado en la persona de Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, perpetrado a contar del día 5 de octubre de 1973, en el Sector Bahía Mansa de Osorno.

3.- RODOLFO SEGUNDO CHEUQUELAF LORENZO, como **AUTOR** del delito de secuestro calificado en la persona de Marcelo del Carmen Gutiérrez Gómez, perpetrado a contar del día 5 de octubre de 1973, en el Sector Bahía Mansa de Osorno.

Practíquese las notificaciones legales correspondientes.

Confiérase traslado de la presente acusación a los abogados querellantes. Notifíqueseles por cédula a través del receptor de turno.

Atendido que se trata de delitos que atentan contra los Derechos Humanos ocurrido luego del 11 de septiembre de 1973, remítase esta resolución, en su oportunidad, al Departamento de Comunicaciones del Poder Judicial.

Rol: 14-2013 V.-

DICTADO POR DON ÁLVARO CLAUDIO MESA LATORRE, MINISTRO EN VISITA EXTRAORDINARIA PARA LAS JURISDICCIONES DE TEMUCO, VALDIVIA, PUERTO MONTT Y COYHAIQUE.

Autoriza, doña Jocelyn Alejandra Fuentes Cortés, Secretaria Ad Hoc.

En Temuco, a veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede. GM.