Santiago, diez de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos:

En esta causa RIT N°150-2017, RUC N° 1300701735-3, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, por sentencia de once de junio de dos mil dieciocho, dispuso en su parte resolutive lo siguiente:

1.- Que se condena a **José Manuel Peralino Huinca**, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito terrorista- consumado- de incendio con resultado de muerte, ilícito previsto y sancionado en el inciso primero del Artículo 474 del Código Penal, en relación al artículo 1 y 2 N° 1 ambos de la Ley N° 18.314, perpetrado en la madrugada del 4 de Enero del año 2013, en la comuna de Vilcún, Región de La Araucanía, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, y las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además de las inhabilidades contempladas en el artículo 9 de la Constitución Política de La República.

2.- Que se condena a **Luis Sergio Tralcal Quidel** y a **Jose Sergio Tralcal Coche**, por su responsabilidad en calidad de autores del delito referido en el numeral que antecede, a la pena de presidio perpetuo, y las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de la sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece el Código Penal, esto, es por cinco años, además de las inhabilidades contempladas en el artículo 9 de la Constitución Política de la República.

Respecto del sentenciado **Jose Sergio Tralcal Coche**, reconoció como abono los setecientos veinte (720) días en que estuvo privado de libertad por

concepto de las medidas cautelares de prisión preventiva y de arresto domiciliario total.

En lo tocante al encartado **Luis Sergio Tralcal Quidel**, imputó como abono los setecientos dieciséis (716) días en que estuvo privado de libertad por concepto de las medidas cautelares de prisión preventiva y de arresto domiciliario total.

3.- Que se concede al sentenciado **José Manuel Peralino Huinca** la pena sustitutiva de libertad vigilada, estableciéndose un plazo de intervención equivalente a la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, reconociéndolo como abono, en caso de revocación, los setecientos treinta (730) días en que estuvo privado de libertad por concepto de la medida cautelar de arresto domiciliario total.

En contra de este dictamen las defensas de los tres sentenciados antes aludidos interpusieron sendos recursos de nulidad, cuya vista se verificó los días veintiuno y veintitrés de agosto del año en curso, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Considerando:

Primero: Que como causal principal común a los tres recursos de nulidad interpuestos en autos se hizo valer aquella contemplada en el Artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, *“cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Para fundar la causal antes aludida, los impugnantes refieren como infringidos los artículos 8.2 en sus letras b), e) y g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3 letras a), d) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 19 N° 3 incisos 2, 4 y 6 de la Constitución Política de la República de

Chile y; 7, 8, 93 letras a), b) y g), 84, 91, 180, 181, 227, 228, 194 y 195 del Código Procesal Penal.

Exponen que las normas legales precitadas se refieren a la oportunidad en la cual se adquiere la calidad de imputado; al debido proceso; al derecho a conocer el contenido de la imputación; al derecho a guardar silencio y a contar con un abogado defensor público y, por otro lado, al deber de registro que pende sobre el Ministerio Público y las policías respecto de las diligencias y actuaciones que llevan a efecto.

Como primer argumento, sostienen que las dos declaraciones prestadas por José Manuel Peralino Huinca, los días 08 de noviembre de 2013 y 23 de octubre de 2015, respectivamente, en las que éste reconoce haber participado junto a los coimputados en una reunión previa en la que se coordinó el ataque incendiario que terminó con la muerte de los ofendidos, fueron obtenidas con infracción de garantías fundamentales.

Contextualizando, explican que la primera citación de Peralino Huinca fue efectuada de manera autónoma por la policía, toda vez que no existía instrucción del fiscal en tal sentido, y que la misma tuvo su génesis cuando la Brigada de Investigaciones Policiales Especiales de Temuco recibió información de otro grupo investigador de la misma brigada, con asiento en la ciudad de Angol -a propósito de una investigación por el delito de homicidio en la que Peralino Huinca no era imputado ni sospechoso-, de la existencia de una escucha telefónica respecto de una mujer de nombre Yocelyn Llanca, quien se contactó con Peralino -al efecto su pareja-, con fecha 21 de mayo de 2013, oportunidad en la que el acusado habría dicho *“que por orden de la machi Francisca Linconao iban a botar una antena que estaba en la cima del cerro Rahue, ya que le molestaba, y que cometerían esa acción”*.

Continúan el desarrollo de la causal principal, arguyendo que la primera declaración de Peralino Huinca fue prestada en calidad de testigo pese a que en realidad tenía el carácter de imputado, sin que se le indicaran cuáles eran sus derechos como interviniente del proceso penal –en especial a guardar silencio y contar con un abogado defensor- y sin que le comunicaran los hechos por los que estaba siendo investigado; asimismo, refieren que no se registró la conversación previa con los funcionarios policiales que luego prestaron declaración en juicio como testigos de oídas, atestados que para los sentenciadores del grado se constituyeron en *“un insumo probatorio tanto para sustentar o descartar participación penal, tanto en lo tocante al propio Peralino Huinca, como los demás acusados”*, violentándose con ello la garantía del debido proceso, así como también el deber de registro de las actuaciones policiales.

En lo tocante a la segunda declaración de Peralino Huinca, en la que éste reconoció haber participado del hecho que se dio por establecido en la sentencia impugnada, argumentan que también fue prestada como imputado pese a que fue citado como testigo, sin que se registraran las entrevistas previas que tuvo tanto con los funcionarios policiales -una de ellas cuando fue abordado en la vía pública- como con los fiscales a cargo de la investigación –quedó sentado en el proceso que hablaron con dicho imputado en privado por unos 10 minutos-, y que tampoco quedó registro escrito en la declaración de la calidad de delator compensado que se le atribuyó a éste por parte del Ministerio Público. En el mismo sentido, indican que nuevamente no le fueron comunicados a Peralino Huinca los hechos que se le atribuían.

Aducen los recurrentes que ambas declaraciones están vinculadas, en cuanto la segunda de ellas fue solicitada como diligencia por cuanto era improbable que una persona que declaró haber estado en una reunión de ese tipo se hubiera restado

de participar en el atentado incendiario, siendo ambas ilícitas por aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado.

En cuanto a la trascendencia y sustancialidad de la infracción denunciada, señalan que sin la existencia de la prueba obtenida ilícitamente, el tribunal no habría efectuado un ejercicio de corroboración de la declaración de la figura del “*imputado arrepentido*” y por ende no habría condenado a José Manuel Peralino Huinca, Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche por los hechos materia de autos. Por lo anterior –concluyen-, la sustancialidad de los vicios denunciados aparece de suyo relevante para acoger este recurso.

Finalmente, solicitan acoger el recurso por la causal invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y disponiendo la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyendo del auto de apertura la declaración de los testigos Guillermo Vilches Saldivia, Ricardo Villegas Pavez, Claudio Leiro Marambio, Patricio Grimaldi Barrales, de los Peritos Aurelio Sepulveda Carcamo, Frantz Beissinger Bart, Ivan Rubilar Acevedo, así como toda otra prueba derivada de las declaraciones del acusado Peralino Huinca, que no fueron incorporadas en el juicio pero que aparecen en el auto de apertura del juicio oral.

Segundo: Que como primera causal subsidiaria compartida por los tres impugnantes, se hizo valer la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y; 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política de la República, consistente en la conculcación de la garantía del debido proceso reconducida al derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

Para fundar la causal en comento, los impugnantes sostienen que existen tres legítimas sospechas de falta de imparcialidad. En primer término, y a propósito de la denuncia de acoso laboral formulada por la juez Ximena Saldivia Vega, quien integraba la sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco que conoció del presente juicio oral, refieren que la jornada del día 23 de abril de 2018, oportunidad en la que se daría inicio a los alegatos de apertura, ésta ya no se encontraba en estrados, siendo informados por el Juez Presidente, que dicha magistrado habría llamado al tribunal en horas de la mañana, señalando que concurriría a un facultativo médico para solicitar licencia y que dicha licencia sería por más de diez días, la que no existía a esa fecha y de la que nunca tuvieron conocimiento pese a sus esfuerzos por recabarla.

Exponen que en la carpeta digital del Poder Judicial, existe únicamente una certificación de fecha 23 de abril de 2018 en la que se indica que la magistrada doña Ximena Saldivia Vega presentará una licencia médica por más de 10 días. Prosiguen señalando que los reales motivos de la licencia médica fueron dados a conocer mediante comunicado público de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco el 28 de mayo de 2018, oportunidad en la que se da cuenta de la existencia de una licencia médica por acoso laboral.

En segundo término, refieren que tanto el juez presidente, Germán Varas Cicarelli, como el juez integrante Juan Mauricio Poblete Erices, con posterioridad al inicio del juicio oral postularon al cargo de Juez de Garantía de Temuco, encontrándose en tramitación dicho concurso a la fecha de la lectura de la sentencia de autos.

Exponen que si bien tal procedimiento se ajusta a derecho, es necesario tener en consideración que el Poder Ejecutivo es un interviniente en la presente causa, particularmente activo, no solo como acusador particular, ya que su

actividad no se circunscribe sólo al ámbito judicial, sino que trasciende a lo público, surgiendo, por ende, una sospecha legítima respecto de la imparcialidad de los juzgadores

En tercer orden de ideas, y en síntesis, argumentan que la falta de imparcialidad aparece de manifiesto al revisar los razonamientos conforme los cuales se dio por establecida la participación de los acusados en los delitos que les fueron atribuidos; al analizar la forma en que fueron desestimadas las argumentaciones de las defensas y; al examen del voto de prevención condenatorio suscrito por el juez presidente del tribunal, en el que se denota la pérdida de una posición equidistante y desinteresada del conflicto sometido a su conocimiento

Prosiguen explicando que las situaciones referidas a la integración final del Tribunal Oral de Temuco, que de algún modo alteraron el juez natural -que constituye la garantía primera en materia de imparcialidad-, no hacen sino aumentar las diversas sospechas legítimas que existirían en la sentencia recurrida en orden a la vulneración de la garantía judicial del debido proceso, en su variante de juez imparcial. Las situaciones descritas se encuentran concatenadas entre sí, generando una trascendencia de la infracción únicamente reparable con la declaración de nulidad que se solicita.

Finalizan solicitando se acoja el recurso por la causal invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y se sirva ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral

Debe tenerse en consideración, además, que tratándose de los arbitrios de nulidad impetrados por las defensas de Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio

Tralcal Coche, se invocó también la hipótesis de nulidad del artículo 374 a) del Código Procesal Penal, en cuanto la sentencia habría sido pronunciada por un tribunal no integrado por los jueces designados por la ley, basándose en los mismos argumentos que han sido reproducidos previamente.

Tercero: Que como segunda causal subsidiaria se ha incoado, únicamente por la defensa de José Manuel Peralino Huinca, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, fundada en la errónea aplicación del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

Sobre el particular, la defensa del acusado Peralino Huinca expone que el error de derecho está dado por la ausencia de dominio del hecho por parte de su defendido, exigencia propia del artículo 15 N° 3 del Código Penal, en todos sus numerales.

Refiere que el tribunal estableció la existencia de un concierto previo, de una planificación por parte del grupo de coautores, así como también la actividad pasiva de su representado, consistente en presenciar los hechos sin tomar parte inmediata en ello (habría formado parte de un grupo que se posiciona en un sector del predio y no habría realizado actividad alguna conforme aparece de los hechos asentados). Sin embargo –prosigue en su exposición-, y sin perjuicio de que se hace una enunciación genérica y abstracta respecto del dominio del hecho como teoría, lo cierto es que a su representado no se le atribuyó tener el dominio del hecho con el resto de los imputados que han sido considerados como coautores y los restantes no identificados, lo que constituye un error de derecho puesto que la coautoría exige necesariamente la concurrencia de tal dominio en el caso concreto, exigencia no se posible de satisfacerse de una manera abstracta.

En el mismo sentido, arguye que conforme al numeral 3° del artículo 15 del Código Penal, un elemento determinante es el concierto, en la medida que la

presencia del acusado “*envuelva una facilitación o reforzamiento de la actividad ejecutiva cuando ha mediado concierto*”, ya que en los restantes caso es impune.

En lo tocante a la trascendencia de la infracción de ley denunciada, expone que de no existir dicho error de derecho, la decisión respecto de la participación de su representado en los hechos habría sido necesariamente absolutoria.

Finaliza solicitando que se invalide sólo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia pero, separadamente, una sentencia de reemplazo que absuelva a su representado de los cargos formulados como coautor del delito que le ha sido atribuido.

Cuarto: Que como tercera causal subsidiaria, la que es compartida por los tres recurrentes, se ha incoado la del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es, la infracción al principio de congruencia.

Al efecto sostienen los impugnantes que la imputación contenida en la acusación no incluye hechos de contexto que permitan calificar los mismos como terroristas, sino que los acusadores sostuvieron que la finalidad terrorista surgiría de la conducta misma. No obstante ello -explican en sus escritos-, la sentencia impugnada hace caso omiso de las acusaciones y no solo desestima ciertas alegaciones de los persecutores respecto a la finalidad terrorista sino que además incluye, de manera trascendente, hechos y circunstancias no contenidos en los libelos acusatorios para calificar la conducta como terrorista.

Exponen que queda evidenciado que los juzgadores del grado, para dar contenido a lo que denominan “*efectos que el hecho aecido en la madrugada del día 4 de enero de 2013, produjo en los vecinos aledaños al fundo la Granja Lumahue*”, parte integrante de la justificación para calificar como terrorista los hechos que dan por establecidos, recurren a una situación contextual compuesta de diversos hechos que dan por ciertos y establecidos en la Región de la

Araucanía, respecto de los cuales el Ministerio Público no solo no atribuyó a los acusados participación alguna, sino que a la vez, tampoco describió en el libelo acusatorio como hechos que conformen el contexto fáctico que justifica el considerar los hechos como subsumibles en la Ley N° 18.314.

Es así como –prosiguen su relato-, más allá de la prueba de cargo y de los objetivos de los persecutores, lo cierto es que las acusaciones no contienen los hechos relativos a lo ocurrido en los años 1999 y 2008 (muerte de Matías Catrileo), ni otros hechos ocurridos en relación a los vecinos del sector, de modo que no puede dotarse de contenido fáctico, diverso al expuesto en las acusaciones, para calificar la conducta como terrorista.

Para justificar la trascendencia de la infracción denunciada argumentan que la agregación de hechos que llevaron a dar por establecidos un elemento subjetivo especial en la persona de los agentes afecta tanto la tipicidad de la conducta, como el reproche penal efectuado, lo que da cuenta de que no solo es sustancial la vulneración por incorporar hechos no contenidos en la acusación, sino porque con ello se justificó la aplicación de un régimen de excepción normativa.

Finalizan solicitando que se acoja el recurso por la causal invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y disponiendo la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Quinto: Que como cuarta causal subsidiaria, también común a los tres arbitrios, se ha hecho valer la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 1 y 2 Ley N° 18.314.

Al efecto -se sostiene en los libelos respectivos-, la calificación como terrorista de un delito está dada desde que en el agente delictivo concurre un elemento

subjetivo propiamente tal, una finalidad específica que puede ser objetivable a través de las circunstancias expuestas en el artículo 1 de la Ley N° 18.314.

Exponen que para ello es primordial que el elemento subjetivo del agente, la finalidad, exista al momento de cometerse el delito base – incendio con resultado de muerte – y que como consecuencia de ello, tal finalidad no puede ser satisfecha por hechos o circunstancias que no le son atribuibles al imputado y menos aún, acaecidas con anterioridad a la perpetración del delito, como ocurrió en la especie.

Refieren que la finalidad terrorista debe ser clasificada como un elemento de intención trascendente, puesto que el sujeto quiere infundir temor a futuro, es decir *“quiere algo externo, situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y lo que queda más allá (y que sólo está en el ánimo del sujeto)”*. En ese orden de ideas, la subsunción de los hechos que se tuvieron por acreditados en un delito terrorista exige, más allá del cumplimiento de las exigencias del delito base, que la finalidad del agente delictivo esté presente al momento de la acción siendo el análisis jurídico – proceso de subsunción – desde ese hecho en adelante; a la vez, se reitera, el elemento subjetivo debe estar en el agente y si bien es cierto se podría sostener que hechos anteriores pueden justificar un ánimo, esos hechos deben haber sido atribuidos personalmente (formar parte de una organización terrorista, por ejemplo que reiteradamente ejecuta conductas para infundir temor, o un solo individuo que ha reiteradamente cometido acciones con esa finalidad). Concluyen que aquello no es lo que sucede en el caso de marras y, por ende, existe error de derecho en la especie.

Seguidamente, argumentan que en el fallo impugnado se hace alusión al uso del fuego como medio para infundir terror, análisis que consideran errado en

derecho puesto que el uso del fuego para justificar el delito terrorista vulnera el principio de ne bis in ídem y ello por cuanto el delito base por el cual se ha condenado es el de incendio –cuyo elemento central es el fuego– causando muerte. Es decir –prosiguen explicando–, el fuego forma parte del elemento objetivo del tipo penal del artículo 474 inciso 1 del Código Penal, por lo que no pudo ser considerado por el tribunal para satisfacer un elemento subjetivo ajeno al tipo penal base, pero esencial para el delito calificado: la finalidad terrorista.

Arguyen que, conforme lo ya expuesto, se ha aplicado una ley de excepción, calificando un tipo penal base siendo ello improcedente, lo que ha llevado a imponer una pena superior a la que legalmente corresponde, bastando con ello para estimar que la infracción de ley reúne los caracteres de trascendencia y sustancialidad requeridos para el acogimiento del recurso de marras.

Finalizan pidiendo que se invalide sólo la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo por la que se condene a sus representados únicamente como autores del delito tipificado en el art. 474 inciso primero del Código Penal, no aplicando las penas consagradas en el artículo 9 de la Constitución Política de la República, manteniendo firme en lo demás la sentencia impugnada.

Sexto: Que como quinta causal subsidiaria, común a los recursos de nulidad de los sentenciados Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche, se ha deducido la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 8 N° 2 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como consecuencia del desconocimiento del derecho a defensa, a la igualdad ante la justicia o igualdad

procesal, a un procedimiento racional y justo, a la bilateralidad de la audiencia y el principio contradictorio o de igualdad de armas.

Sobre el particular la defensa de Luis Sergio Tralcal Quidel refiere que una gran cantidad de partes e informes policiales, intervenciones telefónicas, solicitudes de tráficos telefónicos, fotografías de imputados, entre otras probanzas, no fueron puestas a disposición de las defensas durante la vigencia de la investigación, impidiéndole conocerlas, analizarlas, solicitar diligencias, realizar pericias y, en definitiva, controlar y conocer la información en los mismos términos en que fueron dispuestas por el ente persecutor.

Argumenta que resulta cuestionable el hecho de no haberse analizado el número de teléfono 85349925, asociado al sentenciado José Peralino Huinca, pese que fue precisamente a través de ese número donde éste fue contactado por la Policía de Investigaciones luego de su primera supuesta declaración en calidad de testigo, llevada a efecto en el año 2013. No obstante lo anterior –exponen en sus libelos- y durante el desarrollo del juicio, el perito Iván Rubilar Acevedo, así como el testigo Claudio Leiro Marambio indicaron, previo juramento, haber tenido acceso a dicho tráfico telefónico, el que sólo fue puesto a disposición de las defensas por el Ministerio Público una vez dictado el veredicto en el juicio oral, argumentando para justificar su omisión, que se trataba de evidencia recogida en una causa distinta en la que Peralino Huinca no era interviniente, pese a lo cual fue igualmente utilizada en estos autos, pero negando el acceso a las defensas.

Arguye que el tráfico telefónico del número en cuestión resultaba clave para las defensas por varias razones. Primero, porque como se señaló anteriormente, era el único de los números telefónicos que se le adjudican a Peralino Huinca, del cual existía certeza que había sido utilizado por éste durante el año 2013. Segundo, porque dicho tráfico bien podría ser incompatible con la tesis de la Fiscalía,

situando a Peralino en otro lugar o descartando comunicaciones con los coimputados.

Expone, además, que en la causa diversa se concluyó que *“los dichos de Peralino Huinca, respecto a botar la antena ubicada en la cima del cerro Rahue, carecen de veracidad, tratándose sólo de una conversación en la que trata de impresionar a su pareja Joselyn Llanca Llanca”*, por lo que las defensas carecieron de los antecedentes necesarios para acreditar que el principal testigo de cargo inventaba participación en delitos para impresionar a su polola. Afirman que dichos elementos, habrían sin duda permitido, dentro del ámbito del contra examen, desacreditar a los testigos valorados positivamente por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, a saber, los funcionarios policiales Ricardo Villegas Pavéz y Guillermo Vilches Saldivia.

En el mismo sentido, indica que revisado el tráfico telefónico del número 85349925, asociado a Peralino Huinca, aparece que dicho número tiene tráfico telefónico desde el 3 de abril de 2012 y hasta el 24 de junio de 2013, no existiendo ningún llamado o vinculación con los condenados Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche Huinca.

Desarrollando la misma causal de nulidad, tanto la defensa de José Sergio Tralcal Coche como la de Luis Sergio Tralcal Quidel, aducen que el perito Iván Rubilar Acevedo señaló de forma categórica que el reporte N° 32 no constituía una pericia, lo que resulta relevante pues dicho reporte daba cuenta de la eventual vinculación entre los teléfonos asociados a los imputados, así como el análisis de tráfico telefónico de determinados números, entre ellos los asociados al coimputado José Peralino Huinca la tarde y noche previa a los hechos, que lo posicionaban en una celda distinta a la que cubría el domicilio de la machi Francisca Linconao y que por tanto refutaba la versión sostenida por la parte

acusadora en cuanto a la existencia de una reunión previa en la casa de dicha acusada.

A mayor abundamiento -exponen en sus recursos de nulidad-, en el antes referido reporte se puede constatar la existencia de llamadas efectuadas por distintos teléfonos, todos asociados por la fiscalía a Peralino Huinca, que realizaban llamadas en idénticos horarios desde celdas distintas. Es decir, esta persona tendría la capacidad de utilizar distintos teléfonos al mismo tiempo y desde lugares completamente distintos, situación que sin duda resta credibilidad y verosimilitud a la teoría de cargo de los acusadores.

Prosiguen señalando que la explicación ofrecida por el perito para descartar el reporte N° 32, esto es, la diferencia de número IMEI en relación con los números que refutan la versión de la Parte acusadora, fue entregada a la defensa únicamente durante el desarrollo del juicio oral, lo que evidentemente perjudica en forma intempestiva la estrategia de defensa, alterando la igualdad de armas y afectando el derecho a la defensa, y en definitiva, al debido proceso.

Continúan sosteniendo que a primera vista, la explicación ofrecida por el perito y acogida por el Tribunal parece satisfactoria. Para confirmar que los números telefónicos que preliminarmente pertenecerían a Peralino Huinca, se verificó la IMEI a la que estaban asociados sus respectivos tráficos. Sólo aquellos números que realizaron llamadas desde la misma IMEI que usó Peralino Huinca para llamar a su polola serían considerados como llamadas de éste. El problema es que la defensa solo conoció esta explicación en el juicio. O sea, antes de éste contaba con un informe pericial de la prueba de cargo que contenía manifiestos errores y contradicciones, pero en el juicio, ello fue corregido mediante antecedentes que no constaban en el informe ni en la investigación, impactando

en la igualdad de armas, porque la defensa elaboró su estrategia sobre un material probatorio distinto al que se hizo valer en el juicio.

Refieren que, por otra parte, en cuanto al perito Carlos Ramírez Lagos quién depuso en torno a las pericias efectuadas en el sitio del suceso, en especial, en lo tocante a las eventuales rutas de huida de los autores del crimen, éste indicó sólo durante el transcurso del juicio oral que determinadas consideraciones criminalistas fueron descartadas con posterioridad a la emisión de su informe, en base a reuniones sostenidas tanto con Fiscales como con otros investigadores y que contradecían completamente la teoría del caso del ente persecutor en cuanto a que los autores habrían huido por dicho sector únicamente a pie.

Concluyen ambos recurrentes, que todo lo anterior impidió a las defensas ejercer los derechos establecidos en la audiencia de preparación de juicio oral, generar prueba de descargo y preparar adecuadamente y con la debida anticipación los interrogatorios.

Finalizan solicitando que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia respecto de los delitos por los cuales fueron condenados sus representados, debiendo determinarse que se remitan los antecedentes al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, en igualdad de armas, esto es, con la posibilidad de utilizar los antecedentes recabados que se ofrecen como prueba en esta causal en la forma en que la ley procesal lo franquea, declarándose expresamente que los peritos Iván Rubilar Acevedo y Carlos Ramírez Lagos no pueden exceder el contenido de sus informes periciales y que los testigos Guillermo Vilches Saldivia y Claudio Leiro Marambio están vedados de hacer referencia a dichas operaciones no contenidas en los respectivos informes periciales.

Séptimo: Que como sexta causal subsidiaria de nulidad, se ha esgrimido por la defensa de José Sergio Tralcal Coche, la contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal “*cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*”.

Expone que en la especie, se determinó la responsabilidad de su defendido en el hecho punible únicamente en base a los dichos de Peralino Huinca, es decir, en razón de las declaraciones de un coimputado que fueron reproducidas en juicio por los funcionarios policiales, lo que se colige de la lectura del considerando sexagésimo octavo del fallo en revisión.

Pareciera, concluye el recurrente, que hay aquí una situación que pugna con los principios de la lógica, en particular principio de no contradicción, pues la sentencia descarta los argumentos de la defensa, en orden a que no se corroboró la existencia de una reunión previa a los hechos, en la que habrían efectuado llamados telefónicos Tralcal Coche, Tralcal Quidel, Peralino Huinca y la machi Francisca Linconao. Se descarta porque no es un hecho atribuido. Sin embargo, para condenar a don José Tralcal Coche, se utiliza la existencia de un hecho no atribuido, en este caso un amago de incendio.

1.- Infracción al principio de la razón suficiente en relación a la determinación del usuario del teléfono atribuido a don José Peralino Huinca, correspondiente a uno de los diez números que la sentencia señala que poseía, específicamente el N° 985327661.

Explica que el principio de la razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado solo puede ser así y no de otro modo. De este principio lógico se deriva la exigencia de que las inferencias realizadas por el Tribunal sean necesarias e inequívocas

Refiere que de la lectura de la sentencia se vislumbra que la prueba rendida para la determinación de este número asociado a Peralino Huinca es la proveniente de los dichos de los funcionarios policiales y de los asertos del Perito señor Rubilar. Así –continúa el impugnante-, el Tribunal basó su razonamiento en prueba no rendida en juicio. Toda vez que la información se basa en una agenda o planilla Excel que mantiene la PDI en la que se ingresarían los números telefónicos asociados a una persona en base a recopilación de datos en terreno, así como datos de Fiscalía, Carabineros y del Gabinete de Identificación. Sin embargo, dicha agenda o planilla Excel no fue incorporada a juicio, por tanto no es descrita por la sentencia y solo hace referencia a ella en atención a los dichos de los respectivos funcionarios policiales. El Tribunal no la apreció. No fue ingresada formalmente a juicio, impidiendo a la defensa poder controlar dicha información. Ni siquiera ha existido la posibilidad de observarla y analizarla, periciarla o bien generar prueba.

De este modo –prosigue su narración-, el razonamiento con que el tribunal indica que el número en cuestión se encuentra asociado a Peralino Huinca, no encuentra sustento en los dichos de los testigos y peritos citados por la sentencia como el medio de prueba que otorga certeza respecto a dicho tópico, omitiendo información relevante que fue incorporada a juicio mediante los respectivos contrainterrogatorios.

2.- infracción al principio de la razón suficiente y no contradicción para acreditar participación en base -nuevamente – a la declaración escrita de JOSE PERALINO HUINCA.

Arguye que se infringe el principio de no contradicción en cuanto se desestima la declaración escrita de José Peralino Huinca como única prueba de cargo suficiente para arribar a una decisión de condena, para luego condenar en

base a esa única declaración, la que encontraría -para el tribunal-, una corroboración en el hallazgo de evidencia del uso de una escopeta y el levantamiento de un bidón de cinco litros en el sitio del suceso, mas no en otra prueba distinta de participación en relación a su representado.

2.1.- infracción al principio de la razón suficiente y no contradicción en relación a la evidencia balística consistente en un cartucho de escopeta percutado y un taco.

Indica que es el propio Tribunal quien reconoce la discrepancia entre el relato escrito de Peralino Huinca con la evidencia balística encontrada en el sitio del suceso, en tanto dicho coimputado habría afirmado la concurrencia de varias armas largas, en circunstancias que solo es levantada la evidencia balística correspondiente a la utilización de solo una escopeta o arma larga. Luego, y al no coincidir con la información entregada por la declaración escrita de Peralino Huinca, el Tribunal supone, sin otorgar mayor razonamiento probatorio, en que tal discrepancia fue producto a que los autores no habrían hecho uso de todas las armas que llevaron al sitio del suceso.

Concluyen que no existe razonamiento alguno que permita colegir de forma inequívoca que los autores concurrieron al sitio del suceso con tres escopetas y que solo una de ellas fue utilizada.

2.2.- infracción al principio de la razón suficiente, de no contradicción y a las máximas de la experiencia en relación al hallazgo de un bidón de cinco litros en el sitio del suceso.

Expone, como cuestión previa, que dicha evidencia fue levantada mediante cadena de custodia el día 8 de enero de 2013, esto es, cuatro días después de ocurridos los hechos, lo que fue debidamente incidentado por la defensa.

Sin perjuicio de ello, para el Tribunal bastaron las explicaciones dadas por los funcionarios policiales, en relación a la complejidad del sitio del suceso para justificar cualquier error de procedimiento, en circunstancias que tal como se puede observar durante el transcurso de juicio, pese a que ningún funcionario policial informa mediante parte policial, informes policiales, o pericia alguna, el avistamiento y manipulación de dicha evidencia.

En lo tocante a la infracción de los principios de la lógica, se pregunta en tal sentido el impugnante ¿Cómo fundamenta el Tribunal que dichos bidones son trasladados precisamente por su representado, hasta el sitio del suceso desde una reunión inexistente? Los medios de prueba señalados por el Tribunal nada aportan a responder tal interrogante.

2.3 - infracción al principio de la razón suficiente, de no contradicción en relación al tema de las hipotéticas camionetas

Argumenta que el tribunal realiza una serie de análisis y conclusiones a partir de una transcripción de una comunicación CENCO, entregando su propia explicación desvinculada absolutamente con la prueba rendida en juicio (Dicho audio corresponde, según la transcripción, a un dispositivo NN, según su interpretación privada, ubicado en los portones del fundo Palermo Chico, en el que se refiere: *“Cenco, Palermo Chico se encuentra en el portón, y vio pasar dos vehículos a alta velocidad, se desconoce acaso fue un vehículo policial o particular”*.)

Lo anterior –continúa con su relato-, pese que de la revisión de los antecedentes de la investigación, resulta de modo claro que no hay registro de testigo alguno que haya visto tales camionetas.

2.4.- Infracción al principio de no contradicción, al absolver a la machi Francisca Linconao con la misma prueba con la que se condena a don José Sergio Tralcal Coche.

Prosigue arguyendo que, no obstante lo anterior, y con idéntica prueba se decide condenar a Luis Tralcal Quidel y a José Tralcal Coche, infringiendo así el principio de no contradicción, toda vez que se resuelve absolver a unos acusados por estimar la prueba de cargo como insuficiente, para luego concluir que la misma prueba es suficiente para condenar a los restantes acusados.

Indica que la omisión en la sentencia, en lo que dice relación con la determinación de los medios de prueba que permitieron establecer la participación de José Sergio Tralcal Coche en el hecho atribuido en la acusación, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que se le condenó por este hecho como autor, con evidentes infracción las reglas de la lógica como son los principios de razón suficiente y no contradicción.

Finaliza solicitando la nulidad del juicio y la sentencia respecto de los delitos por los cuales fue condenado su representado, debiendo determinarse por el tribunal ad quem el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Octavo: Que como séptima causal subsidiaria de nulidad, se ha esgrimido por la defensa de Luis Sergio Tralcal Quidel, la contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal *“cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*.

Al efecto el recurrente refiere como infringidos:

1. Infracción principio razón suficiente en relación con la determinación del usuario del teléfono atribuido a Luis Tralcal Quidel y del teléfono asociado a Celestino Córdova Tránsito.

Dicha infracción, refiere el arbitrio, tiene dos acápites:

1.1 Infracción principio de razón suficiente en relación con la determinación del número asociado a Luis Tralcal Quidel.

Expone que del análisis de la sentencia se vislumbra que la prueba rendida para la determinación del número asociado a Luis Tralcal Quidel emana de los dichos de los funcionarios policiales Guillermo Vilches y, en particular, de los dichos del funcionario Claudio Leiro Marambio. En el caso *sub lite*, el razonamiento del Tribunal no expresa el contenido de los medios de prueba de cargo.

Así –prosigue su explicación–, el Tribunal basa su razonamiento en prueba no rendida en juicio, toda vez que la información se basa en una agenda o planilla Excel que mantiene la PDI y donde se ingresarían los números telefónicos asociados a una persona en base a recopilación de datos en terreno, así como datos de Fiscalía, Carabineros y del Gabinete de Identificación. Sin embargo, dicha agenda o planilla Excel no fue incorporada a juicio.

Arguye que no fue incorporada ninguna intervención telefónica del número 91912384 en que el usuario fuera don Luis Tralcal Quidel, y que durante el juicio oral no fue ingresada ni reproducida intervención alguna del teléfono asociado a Luis Tralcal Quidel.

1.2. Infracción al principio de razón suficiente en relación a la determinación del número asociado a Celestino Córdova

En este punto, pese a la importancia otorgada por el Tribunal en relación con las supuestas vinculaciones telefónicas entre el número asociado (más no acreditado) a Luis Tralcal Quidel y el número asociado a Celestino Córdova, refiere que se logra apreciar la absoluta falta de razonamiento, así como la carencia absoluta de material probatorio que establezca que un determinado número era utilizado por Celestino Córdova Tránsito.

Ningún testigo, perito o documento probó -o indicó siquiera -que algún determinado número era utilizado por Celestino Córdova Tránsito.

2. infracción principio de razón suficiente y no contradicción para acreditar participación en base –nuevamente –a la declaración escrita dada supuestamente por José Peralino Huinca.

Arguye que se infringe el principio de no contradicción en cuanto se desestima la declaración escrita de José Peralino Huinca como única prueba de cargo suficiente para arribar a una decisión de condena, para luego condenar en base a esa única declaración, la que encontraría -para el tribunal-, una corroboración en el hallazgo de evidencia del uso de una escopeta y el levantamiento de un bidón de cinco litros en el sitio del suceso, mas no en otra prueba distinta de participación en relación a su representado.

2.1.- infracción al principio de la razón suficiente y no contradicción en relación a la evidencia balística consistente en un cartucho de escopeta percutido y un taco.

Indica que es el propio Tribunal quien reconoce la discrepancia entre el relato escrito de Peralino Huinca con la evidencia balística encontrada en el sitio del suceso, en tanto, dicho coimputado habría afirmado la concurrencia de varias armas largas, en circunstancias que solo es levantada la evidencia balística correspondiente a la utilización de solo una escopeta o arma larga. Luego, y al no coincidir con la información entregada por la declaración escrita de Peralino Huinca, el Tribunal supone, sin otorgar mayor razonamiento probatorio, en que tal discrepancia fue producto a que los autores no habrían hecho uso de todas las armas que llevaron al sitio del suceso.

Concluyen que no existe razonamiento alguno que permita colegir de forma inequívoca que los autores concurren al sitio del suceso con tres escopetas y que solo una de ellas fue utilizada.

2.2.- infracción al principio de la razón suficiente, de no contradicción y a las máximas de la experiencia en relación al hallazgo de un bidón de cinco litros en el sitio del suceso.

Expone, como cuestión previa, que dicha evidencia fue levantada mediante cadena de custodia el día 8 de enero de 2013, esto es, cuatro días después de ocurridos los hechos, lo que fue debidamente incidentado por la defensa.

Sin perjuicio de ello, para el Tribunal bastaron las explicaciones dadas por los funcionarios policiales, en relación a la complejidad del sitio del suceso para justificar cualquier error de procedimiento, en circunstancias que tal como se puede observar durante el transcurso de juicio, pese a que ningún funcionario policial informa mediante parte policial, informes policiales, o pericia alguna, el avistamiento y manipulación de dicha evidencia.

Infracción de los principios de la lógica:

Refiere que por los dichos de los propios funcionarios policiales, Peralino Huinca habría señalado que Sergio Tralcal Coche habría llevado tres bidones blancos, viejos, de veinte litros, con bencina, hasta la reunión previa en casa de la machi Francisca Linconao.

Expone que en ningún momento se señaló que dichos bidones hayan sido trasladados al sitio del suceso por su representado Luis Tralcal Quidel, como afirma posteriormente la sentencia. En efecto, todas las declaraciones transcritas indican que estos bidones solo fueron vistos por el coimputado en la reunión previa en casa de la machi Francisca Linconao, mas no en el sitio del suceso. Cabe destacar, a su vez, que es el propio Tribunal quien en el considerando

quincuagésimo sexto afirma que dicha reunión no resultó probada, razón por la cual se decide absolver a dicha imputada.

3. Infracción principio de no contradicción, al absolver a la machi Francisca Linconao con la misma prueba con la que se condena a Luis Tralcal Quidel.

En efecto, si decide absolver a la machi Francisca Linconao Huircapán porque no logró acreditarse la existencia de una reunión previa en su domicilio y porque la prueba que dota de contenido a la declaración de los testigos de los dichos José Perlino Huinca no la vincula directamente a hecho atribuido, no puede seguidamente condenarse a su representado Luis Tralcal Quidel, toda vez que respecto de él tampoco fue acreditada la reunión previa en casa de la Machi Linconao.

Finaliza solicitando la nulidad del juicio y la sentencia respecto de los delitos por los cuales fue condenado su representado, debiendo determinarse por el tribunal *ad quem* el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Noveno: Que las defensas de los acusados Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche rindieron la prueba que sigue respecto de las circunstancias fundantes de las causales de nulidad invocadas:

-Para probar la causal principal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal:

1.- Pista del registro de audio del juicio oral, individualizada como "1300701735-3-934-180314-00-08-Testigo Guillermo Vilches - Continuación declaración.mp3", desde el minuto 00:13:33 al minuto 00:14:56, declaración en que el Sr. Vilches relata las diligencias a realizar con motivo de la primera declaración de 08 de noviembre de 2013

2.- Pista del registro de audio del juicio oral, individualizada como “1300701735-3-934-180323-00-05-Testigo Claudio Leiro -Declaración.mp3”, desde el minuto 01:20:32 al minuto 01:22:35, tras la primera declaración de José Peralino, les llamó la atención que no haya participado del hecho investigado y que tenían conocimiento de que sí había participado.

-Para probar la causal subsidiaria del artículo 373 a) del Código Procesal Penal:

1.- Registro de audio del juicio oral, pista 1300701735-3-934-180323-00-05-Testigo Claudio Leiro – Declaración. Desde minuto 31:46 hasta minuto 38:56,

2.- Registro de audio del juicio oral, pista 1300701735-3-934-180321-00-04-Perito Hernán Rubilar – Declaración. Desde minuto 1:22:44 a minuto 1:24:10.

3.- Constancia del Ministerio Público, de fecha 12 de junio de 2018, en que se hace entrega de antecedentes a la defensa, puesto que ahí se indican todos los antecedentes entregado por el Ministerio Público con posterioridad al veredicto condenatorio y a la lectura de la sentencia.

4.- 1 CD con copia de antecedentes de causa RUC 1300510449-6, puesto que en estos antecedentes constan las diligencias realizadas por el Ministerio Público y la PDI con posterioridad a la intervención telefónica entre José Peralino y Joselyn Llanca, donde este le indica que debía botar una antena por orden de la machi Francisca Linconao. En particular, únicamente fueron exhibidos los siguientes antecedentes contenidos en el CD:

a.- Denuncia nº 200, con sus respectivos anexos, de fecha 22 de mayo de 2013, suscrito por Ricardo Villegas Pavez, dando cuenta de comunicaciones telefónicas de un sujeto de nombre Manuel, en las cuales le señala a Joselyn Llanca, que junto a otros sujetos se disponía a botar una antena que se halla sobre un cerro, lo anterior por voluntad de la machi Francisca Linconao.

b.- Reservado nº 129, de fecha 10 de junio de 2013, donde se informa las diligencias investigativas encaminadas a identificar a la persona que habla con Joselyn Llanca, entre ellas, la concurrencia de funcionarios de la PDI hasta el terminal de buses de Collipulli con fecha 29 de mayo de 2013, donde fotografían a José Peralino Huinca junto a su polola Joselyn Llanca Llanca. Se solicita asimismo, la intervención telefónica y remisión del tráfico telefónico del número 85349925, empresa Movistar, asociado a José Peralino Huinca.

c.- Solicitud de audiencia reservada suscrita por el Fiscal Alberto Chiffelle Márquez y su proveído, así como minuta redactada por el Fiscal Chiffelle donde se identifica a José Manuel Peralino Huinca como imputado.

d.- Acta de Audiencia reservada de fecha 26 de junio de 2013 y el oficio judicial que ordena la interceptación, monitoreo y registro del número 85349925, así como el Tráfico de llamadas.

e.- Tráfico de llamadas del teléfono 85349925, donde consta que dicho número comienza traficar llamados desde el 3 de abril de 2012 hasta el 24 de junio de 2013.

f.- Informe Policial nº 394, de fecha 11 de diciembre de 2013, suscrito por Ricardo Villegas Pavez, quien indica como resultado de la investigación criminalística que: *“Dado el tiempo transcurrido desde el día 21 de mayo de 2013 a la fecha, sumado al hecho de que PERALINO HUINCA se trasladó a la ciudad de Collipulli, a juicio de este investigador, los dichos de éste, respecto a botar la antena ubicada en la cima del cerro Rahue, carecen de veracidad, tratándose sólo de una conversación en la que trata de impresionar a su pareja Joselyn LLANCA LLANCA”*.

-Para probar la causal subsidiaria del artículo 373 a) del Código Procesal Penal:

1.- Registro de audio del juicio oral, pista 1300701735-3-934-180321-00-04-Perito Hernán Rubilar – Declaración. Desde el Minuto 46:37 al minuto 51:20.

2.- Registro de audio del juicio oral, pista de audio 1300701735-3-934-180321-00-04-Perito Hernán Rubilar – Declaración. Desde minuto 1:22:20 a minuto 1:22:42.

-Para probar la causal subsidiaria del artículo 374 e) del Código Procesal Penal:

1.- Registro de audio del juicio oral, pista 1300701735-3-934-180323-00-05-Testigo Claudio Leiro – Declaración.

2.- Registro de audio del juicio oral, pista 1300701735-3-934-180323-00-05-Testigo Claudio Leiro – Declaración. Desde minuto 49:07a minuto 51:55 y del minuto 57:44 al minuto 59:40.

3.- Únicamente por la defensa de José Sergio Tralcal Coche, oficio Movistar 1416.19, con su hoja de anexo correspondiente al tráfico de llamadas de José Cayunao Peralino.

Décimo: Que como causal principal de nulidad común a los tres recursos de nulidad interpuestos en autos, se ha incoada la del artículo 373 letra a) del Código Penal, esto es, *“cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Al efecto, los impugnantes refieren como infringidos los artículos 8.2 en sus letras b), e) y g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3 letras a), d) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 19 N° 3 incisos 2, 4 y 6 de la Constitución Política de la República de Chile y; 7, 8, 93 letras a), b) y g), 84, 91, 180, 181, 227, 228, 194 y 195 Código Procesal Penal.

Exponen que las normas legales precitadas se refieren a la oportunidad en la cual se adquiere la calidad de imputado; al debido proceso; al derecho a conocer el contenido de la imputación; al derecho a guardar silencio y a contar con un abogado defensor público y, por otro lado, al deber de registro que pende sobre

del Ministerio Público y las policías respecto de las diligencias y actuaciones que llevan a efecto.

Undécimo: Que de la lectura de los tres arbitrios de nulidad es posible colegir que el núcleo de los mismos dice relación con las dos declaraciones policiales prestadas por José Manuel Peralino Huinca, los días 08 de noviembre de 2013 y 23 de octubre de 2015, respectivamente.

Sucintamente sostienen que la primera de ellas fue prestada en calidad de testigo pese a que en realidad tenía la calidad de imputado, sin que se le indicaran cuáles eran sus derechos como interviniente del proceso penal –en especial a guardar silencio y contar con un abogado defensor- y sin que le comunicaran los hechos por los que estaba siendo investigado –pese a que estaba siendo perseguido penalmente en una causa diversa relativa al derribamiento de una antenna-; asimismo, refieren no se registró la conversación previa con los funcionarios policiales que luego prestaron declaración en juicio como testigos de oídas, declaración que para los sentenciadores se constituyó en “*un insumo probatorio tanto para sustentar o descartar participación penal, tanto en lo tocante al propio Peralino Huinca, como los demás acusados*”, violentándose con ello la garantía del debido proceso, así como también el deber de registro de las actuaciones policiales.

En lo tocante al segundo de los atestados arguyen que también fue prestada como imputado pese a que fue citado como testigo, sin que se registraran las entrevistas previas que tuvo tanto con los funcionarios policiales – una de ellas cuando fue abordado en la vía pública-, como con los fiscales a cargo de la investigación (quedó sentado en el proceso que hablaron en privado por unos diez minutos). Indican que tampoco quedó registro escrito en la declaración de la calidad de delator compensado, atribución que el Ministerio Público le

entregó a Peralino en estos autos. En el mismo sentido, nuevamente no le fueron comunicados los hechos que se le atribuían.

Arguyen que sin la existencia de la prueba obtenida ilícitamente, la declaración de los testigos de oídas del atestado del acusado Peralino Huinca, el tribunal no habría efectuado un ejercicio de corroboración de la declaración de la figura del “imputado arrepentido” y por ende no habría condenado a ninguno de los tres acusados por estos hechos. Por lo anterior, a juicio de los impugnantes la sustancialidad de los vicios denunciados aparece de suyo relevante para acoger el recurso.

Duodécimo: Que sobre el particular, y en específico respecto de la primera de las declaraciones de Peralino Huinca, los juzgadores del grado sostuvieron que se encuentra debidamente acreditado, que la calidad que le fue atribuida a José Manuel Peralino Huinca por los funcionarios policiales que presenciaron dicha declaración, RICARDO VILLEGAS PAVEZ y GUILLERMO VILCHES SALDIVIA, fue la de testigo, misma calificación dada por el Fiscal presente en tal diligencia. Tampoco dieron por establecida la existencia de las supuestas coacciones sufridas por Peralino Huinca, las que también fueron alegadas en estrados.

En efecto –prosigue el fallo en revisión-, ambos funcionarios policiales señalaron que el acusado Peralino Huinca prestó declaración en el cuartel de la Policía de Investigaciones de esta ciudad, la que fue realizada por y ante el Fiscal del Ministerio Público Luis Arroyo Palma, diligencia en la que participaron como testigos de la misma los funcionarios anteriormente mencionados.

En el mismo sentido, se sostiene en el fallo impugnado que ambos testigos, RICARDO VILLEGAS PAVEZ y GUILLERMO VILCHES SALDIVIA, declararon que el 8 de noviembre de 2013, previa citación, Peralino Huinca concurre al cuartel policial, por lo que se consiguen oficina y lo hacen pasar, a eso de las 01:05 horas;

se presentaron, le dijeron que eran parte de un grupo investigativo que tenía por objeto investigar el atentado al fundo La Granja Lumahue, Fundo Traipo, Santa Rosa, Santa Isabel, y le preguntaron si conocía a Francisca Linconao. Ante ello, José Manuel Peralino les habría dicho que *“sí, que tenía antecedentes de los atentados, que quería declarar, pero que su nombre no fuera conocido, que su identidad quedara bajo reserva”*. Ante esa situación, llamaron al jefe de la Unidad de nombre Luis Bebilaqua Saavedra, quien dio cuenta a la Fiscalía de la solicitud del testigo, y alrededor de las 01:30 horas, se apersonó en el cuartel policial el Fiscal Luis Arroyo Palma, quien conversó con José Manuel Peralino y le tomó declaración, otorgándole la reserva de identidad pedida. Indicaron, además, que el mismo fiscal lo entrevistó, tipió y tomó la declaración respectiva. Una vez que terminó la declaración, Peralino Huinca le dijo al Fiscal, *“que tiene miedo, que lo proteja, que guarde su identidad, que tiene miedo que lo maten, que no quiere declarar más, que no lo citen nunca más”*, sin embargo, el Fiscal le dijo que más adelante se iba a necesitar de su presencia a declarar, que no se lo podía asegurar, pero sí la reserva de identidad. El fiscal le leyó la declaración en voz alta, Peralino dice que está bien, y se la pasa al mismo, éste la lee y firma, también a los dos deponentes en calidad de testigos de la misma.

Concluyen los juzgadores de la instancia sosteniendo, en el fundamento cuadragésimo segundo del fallo en revisión, que: *“que la declaración de fecha 8 de noviembre de 2013, prestada por JOSE MANUEL PERALINO HUINCA, en calidad de testigo, ante un Fiscal del Ministerio Público y dos policías, quienes la presenciaron para dar fe del hecho y su contenido, no contiene vicio de ilegalidad alguno”*.

Décimo Tercero: Que en lo tocante a la segunda de las declaraciones de Peralino Huinca, esto es, la de fecha 23 de octubre de 2015, los juzgadores del

grado sostuvieron que se encuentra debidamente acreditado, que la misma se llevó a cabo previa citación del acusado, y ante la presencia de dos Fiscales del Ministerio Público (Alberto Chiffelle y Luis Arroyo Palma), en la que actuaron como testigos presenciales los funcionarios policiales Guillermo Tomas Vilches Saldivia y Claudio Leiro Marambio.

Refiere el fallo en revisión que los funcionarios policiales Guillermo Vilches Saldivia y Claudio Leiro Marambio, dieron cuenta que posterior a la primera declaración formulada, recibieron como instrucción por parte del ente persecutor, verificar la información aportada por Peralino Huinca, efectuando diversas diligencias al respecto tales como entrevistar testigos, y verificar antecedentes, lo que en definitiva, conllevó a que el Ministerio Público instruyera en el mes de agosto del año 2015, una orden particular relativa a ubicar y citar a Peralino Huinca. En dicho contexto, fue citado por funcionarios para el día 23 de octubre de 2015, a dependencias de la unidad policial, lugar al que éste concurrió, junto a un hermano, y que una vez avisados que estaba en el lugar, informan de inmediato al Fiscal, concurriendo a dichas dependencias los señores fiscales Alberto Chiffelle y Luis Arroyo.

Ambos funcionarios policiales reconocen que, antes de llevarse a cabo la segunda declaración de Peralino Huinca, tomaron contacto con Peralino Huinca en la calle mientras circulaba en su bicicleta, con el objeto de lograr cierta confianza con él, de la que no quedó registro alguno, al igual que de la reunión previa que mantuvo el acusado en cuestión con los dos fiscales de la causa por un lapso de diez minutos. Los dos deponentes exponen que luego de ello el Fiscal Chiffelle les informó que el citado prestaría declaración en calidad de imputado, y que ellos participarían en calidad de testigos, recordando que el propio Fiscal se sentó en el computador, y le procedió a tomar declaración, le dio lectura de sus

derechos y deberes, le informó el derecho a guardar silencio, el derecho a ser asistido por un abogado, y Peralino renunció a todos sus derechos, y señaló que quería declarar, pero que lo protejan, que algo le puede pasar, si alguien sabe lo que va a contar. La diligencia empezó a las 12:30 y terminó a las 14:30 horas. Fue tomada íntegramente por el Fiscal, que la tipiaba tal cual respondía Peralino. Al terminar, el Fiscal se la lee, Peralino dice que está bien, que esos son los hechos, se la imprime y se la pasa al imputado, quien la lee, la ratifica, la firma y estampa su impresión dactilar.

Conforme a ello el tribunal a quo colige –en el motivo cuadragésimo cuarto del fallo en revisión- que habiéndose asentado que al encartado en aquella oportunidad se le asignó la calidad de imputado, y en tal razón se le dio a conocer el catálogo de derechos que le asisten, y no obstante ello decidió declarar, cabe sólo concluir que la declaración de fecha 23 de octubre de 2015, no tiene vicio de ilegalidad alguno, por el contrario aquella fue prestada conforme a la Ley Procesal Penal vigente.

Décimo Cuarto: Que el artículo 7 del Código Procesal Penal, al referirse a la calidad de imputado, dispone que *“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.*

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

Décimo Quinto: Que de acuerdo con el precepto legal precitado la calidad de imputado y, por ende, el ámbito de protección que le acompaña, se adquiere desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona y más específicamente, desde que se le atribuye alguna participación en la comisión de un hecho punible.

Así, por lo demás, lo ha sostenido esta Corte en los autos Roles N°s 4.600-2010 y 3.532-2014.

Décimo Sexto: Que en lo relativo a la calidad procesal que mantenía el acusado Peralino Huinca al prestar su primera declaración con fecha 8 de noviembre de 2013, resulta relevante considerar que, según los propios dichos de los funcionarios policiales que presenciaron la misma, su citación y posterior comparecencia se debió a que, como miembros de la BIPE de Temuco, el año 2013, tomaron conocimiento de parte de un equipo investigativo de Temuco que efectuaba diligencias en Angol por la muerte de un sargento de apellido Albornoz, de una interceptación telefónica de fecha 21 de mayo 2013, en la que advierten unas comunicaciones entre una mujer, Jocelyn Llanca, con el acusado José Manuel Peralino Huinca, en la que éste le señala textualmente *“que tenía que ir a la casa de la Machi, a botar una antena, porque no quería antenas donde vive”* (considerando cuadragésimo).

Que tal antecedente –principal argumento de los recurrentes-, no permite determinar a esta Corte que el acusado Peralino Huinca, al momento de entregar su testimonio, tuviera la calidad de imputado a la que aluden las defensas, pues resulta claro que su comparecencia no se debió a que se le estuviera atribuyendo participación en un hecho punible, sino que por el contrario tuvo su fundamento en que se trataba de un sujeto del que no tenían conocimiento estuviera vinculado a los hechos investigados y que estimaron podría aportar información relevante para

la investigación, siendo esa justamente la razón por la que el Ministerio Público requirió su presencia como testigo, calidad en la que finalmente depuso.

Sostener lo contrario, por lo demás, sería ir en contra del texto expreso del citado artículo 7 del Código Procesal Penal y de lo que ya ha resuelto esta Corte sobre el particular.

Décimo Séptimo: Que habiéndose asentado que Peralino Huinca tenía la calidad de testigo al momento de efectuar su primera declaración, resultaba absolutamente improcedente que se le hubieren leído sus derechos –en especial a guardar silencio-, que se le informara cuales eran los cargos existentes en su contra y que tenía derecho a ser asistido por un abogado defensor, toda vez que lo que correspondía hacer era darle el trato de testigo que efectivamente se le otorgó, no existiendo, en consecuencia, ilegalidad alguna en su declaración.

Décimo Octavo: Que en lo tocante a la segunda deposición efectuada por el encartado Peralino Huinca con fecha 23 de octubre de 2015, tal y como se concluyó en el fallo en alzada, la misma fue prestada en calidad de imputado –no obstante haber sido citado como testigo-, en presencia y por el fiscal a cargo de la investigación, quien le dio lectura de sus derechos, le informó del derecho a guardar silencio y del derecho a ser asistido por un abogado, a los que Peralino Huinca renunció expresamente previo a dar su testimonio, siendo posible inferir que su atestado se encuentra exento de vicios.

Décimo Noveno: Que en lo que dice relación con la obligación de registro contemplada en los artículos 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal, que pende tanto sobre el Ministerio Público como respecto de las policías en el desarrollo de sus actividades de investigación, es menester señalar que se encuentra establecido en autos que tratándose de ambas declaraciones prestadas por Peralino Huinca, las reuniones previas sostenidas por éste con los

funcionarios policiales en la primera de ellas, y de éste tanto con los policías y con los fiscales a cargo de la investigación, tratándose de su segundo atestado, no fueron consignadas por mecanismo alguno que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información recabada, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieran derecho a exigirlo.

Vigésimo: Que no obstante lo afirmado en el motivo que antecede, es menester señalar que para estimar que el incumplimiento de la obligación de registro implique una infracción al derecho de la defensa, es necesario que la misma sea de tal entidad que impida a la defensa el ejercicio de las facultades que le otorga la ley. O lo que es lo mismo, que sea trascendente o sustancial, que haya afectado el núcleo esencial de la garantía o derecho de que se trata.

Pues bien, en primer término, conviene acotar que en el caso de autos la información obtenida por las policías y por el ente persecutor de las conversaciones privadas que sostuvo con el acusado Peralino Huinca no fue utilizada como prueba de cargo, no ocasionándose en tal sentido afectación alguna a los derechos de los recurrentes.

En un segundo orden de ideas, es preciso resaltar que no se impidió de modo alguno a las defensas de los impugnantes ejercer los derechos que en tal calidad les asisten, toda vez que antes de iniciarse el juicio oral conocían perfectamente la información que iba a ser introducida por los funcionarios policiales que presenciaron ambas declaraciones de Peralino Huinca, toda vez que sus declaraciones constaban en la carpeta investigativa, por lo que no existió factor sorpresa alguno, pudiendo –tal y como lo hicieron en la secuela del mismo- ejecutar su estrategia de defensa.

Vigésimo Primero: Que conforme lo antes razonado, habiéndose prestado las dos declaraciones de Peralino Huinca dentro de los márgenes de la legalidad y

careciendo el incumplimiento del deber de registro atribuido al Ministerio Público y a las policías de la trascendencia que permite considerarlo como constitutivo de la infracción del derecho a defensa, la causal de nulidad principal común a los arbitrios será desestimada.

Vigésimo segundo: Que en lo que dice relación con las causales de los artículos 373 letra a) y 374 literal a) del Código Procesal Penal antes reproducidas, consistentes en la conculcación de la garantía del debido proceso reconducida al derecho a ser juzgado por un juez imparcial y en la circunstancia de haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal no integrado por los jueces designados por la ley, de la revisión de los arbitrios resulta claro que los impugnantes no han efectuado un desarrollo de las mismas que permita a esta Corte arribar, en primer término, a la conclusión de haberse infringido la garantía del debido proceso -reconducida al derecho a ser juzgado por un juez imparcial-, por cuanto se limitan a hacer una relación de hechos vinculados a aspectos administrativos de la integración del tribunal, sin explicar la forma en que tales eventos habrían influido en la imparcialidad del tribunal a la hora de adoptar su decisión de absolución o condena.

El mismo razonamiento opera respecto de las alegaciones relativas a encontrarse dos de los integrantes del tribunal postulando al cargo de Juez de Garantía de Temuco durante la tramitación del juicio -y uno de ellos a un cargo de Notario Público, además-, pues no se explica de modo alguno cómo el hecho de que ambos magistrados, en el pleno ejercicio de su derecho a optar por un cargo público, siguiendo por cierto los canales formales de oposición a un concurso -en cuya decisión por cierto interviene otro Poder del Estado- pudieran haber visto alterada su imparcialidad durante el conocimiento del asunto sometido a su decisión. Arribar a una conclusión diversa implicaría el absurdo de que cada vez

que un juez se encuentre concursando para un cargo, debería inhabilitarse de conocer asuntos en los que el Estado de Chile participe como interviniente.

En lo tocante a las alegaciones de falta de imparcialidad referidas a los fundamentos con los que los jueces del grado dieron por establecida la participación de los acusados y desestimaron las alegaciones de la defensa, y a aquellos que fundaron la prevención contenida en el fallo, es menester precisar que las mismas más que aludir a la falta de imparcialidad del tribunal, se centran en desacreditar las conclusiones a las que arribaron los sentenciadores de la instancia por estimarlas equivocadas, lo que sin lugar a dudas dice únicamente relación con la forma en que fue valorada la prueba rendida en autos, motivación que excede por mucho el contenido de las causales de nulidad invocadas en este acápite de los recursos de nulidad.

Finalmente, y para reafirmar lo ya expuesto y razonado, conviene precisar que el tribunal fue integrado por los miembros legalmente llamados a su composición, tres jueces titulares y un juez alerno (debido a la mayor extensión en el tiempo del juicio oral), estando presente este último durante toda la secuela del juicio, por lo que carecen de todo sustento las argumentaciones de las defensas en orden a que con el reemplazo de uno de los magistrados por el juez alerno -por razones médicas- se habría vulnerado la legalidad en la integración del tribunal, toda vez que el tribunal durante todo el desarrollo del juicio oral estuvo conformado por quienes se encontraban legalmente llamados a hacerlo. Conforme las argumentaciones antes vertidas resulta evidente que las causales de nulidad incoadas no pueden prosperar, por lo que los recursos de nulidad serán desestimados en lo tocante a tales acápite.

Vigésimo Tercero: Que en relación a la causal subsidiaria del recurso del acusado Peralino Huinca referida a la infracción del artículo 373 letra b) del Código

Procesal Penal, fundada en la errónea aplicación del artículo 15 N° 3 del Código Penal, ésta discurre sobre la base de una errada calificación de los hechos en torno a la intervención que se atribuye al citado sentenciado, quien fue sancionado como autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 3 del Código Penal. Esta calificación, lo mismo que el concierto con que el acusado obró, fue objetada por la defensa porque a su juicio no encontraría sustento en la prueba rendida ni en los hechos demostrados; por lo que en lo petitorio insta solo por la emisión de un fallo de reemplazo que absuelva al acusado de los cargos formulados.

Vigésimo Cuarto: Que al no facultar dicha causal la alteración de los hechos que se dieron por establecidos, es conveniente recordar lo que al efecto consignó el fallo.

En este sentido, los juzgadores del grado dieron por establecido el siguiente hecho: *“En la madrugada del día 04 de enero de 2013, siendo aproximadamente la 01:00 horas, un grupo de sujetos, entre los que estaba el detenido (y condenado) por estos hechos, Celestino Córdova Tránsito, los acusados José Manuel Peralino Huinca, Luis Sergio Tralcal Quidel y Jose Sergio Tralcal Coche, entre otros, irrumpió en la casa habitación ubicada en el denominado Fundo La Granja Lumahue, de la localidad de General López, comuna de Vilcún, habitado por el matrimonio compuesto por don WERNER LUCHSINGER LEMP y doña VIVIAN MACKAY GONZÁLEZ, de 75 y 69 años, respectivamente, quienes en ese momento se encontraban en el interior de su domicilio.*

Los sujetos en cuestión se dirigieron a ese lugar, previamente concertados, provistos de diversos elementos, entre ellos armas de fuego de distintos calibres, cuerpos portadores de llama y sustancias acelerantes con el propósito de atacar el mismo e incendiarlo, aun constatando la presencia de sus ocupantes.

Una vez en el lugar, una parte de este grupo, entre los que estaba JOSÉ MANUEL PERALINO HUINCA se posicionó por un sector del inmueble que da hacia el Fundo Traipo; en tanto que el otro grupo de sujetos, entre los que se encontraba JOSE SERGIO TRALCAL COCHE y LUIS SERGIO TRALCAL QUIDEL, atacó la propiedad por el sector de la cocina, efectuando diversos disparos con armas de fuego. Ante ello, don WERNER LUCHSINGER LEMP, víctima de los hechos, repelió el ataque haciendo uso de su arma de fuego una pistola marca Browning calibre 7.65 mm., enfrentamiento en el que resultó herido a la altura del tórax el mencionado CELESTINO CÓRDOVA TRÁNSITO.

En este contexto, el grupo de sujetos que se posicionó en la zona de la cocina, entre los que estaban JOSE SERGIO TRALCAL COCHE y LUIS SERGIO TRALCAL QUIDEL, roció dicha dependencia con sustancias acelerantes de la combustión e inició el fuego mediante cuerpos portadores de llama, dejando al matrimonio mencionado al interior del inmueble, el que se consumió en su integridad por la acción del fuego, provocando a ambas víctimas la muerte por carbonización en incendio, según dan cuenta los respectivos protocolos de autopsia”.

Como se advierte, los hechos establecidos explicitan que el imputado ingresó al fundo denominado “La Granja Lumahue” en cuyo interior estaba emplazada la casa habitación del matrimonio conformado por los ofendidos, quienes se encontraban en dicho inmueble, luego de lo cual sus acompañantes iniciaron el fuego en la morada mediante cuerpos portadores de llama provocando la muerte del matrimonio por carbonización.

Vigésimo Quinto: Que la atribución de participación al acusado Peralino Huinca se establece específicamente en el motivo Sexagésimo del fallo recurrido, motivación en la cual se expresa que: “(...)conforme la declaración prestada por

éste último es posible situarlo en el sitio del suceso, por cuanto ha otorgado en las mentadas declaraciones, detalles comparables con prueba previa e independiente levantada desde el sitio del suceso, y cuando aún no se conocía el tenor de su relato, como también porque aquel aparece dotado de detalles vivenciales que le otorgan aun mayor credibilidad, y finalmente, porque no existió elemento alguno en juicio, que permitiese inferir que el delator compensado entregó un relato inoculado, aprendido, o ajeno a su voluntad”.

Vigésimo Sexto: Que sobre el particular conviene tener presente que si bien el numeral 3° del artículo 15 del Código Penal no requiere la acreditación de conductas materiales vinculadas a la ejecución de la acción típica, es requisito esencial que los partícipes convengan consumir un ilícito, puesto que se trata de la segunda hipótesis de la norma, vale decir, la actuación de aquel que, concertado para la ejecución del delito, lo presencia sin tomar parte inmediata en él.

Vigésimo Séptimo: Que al efecto la sentencia en revisión, en su considerando quincuagésimo sexto, para acreditar el concierto previo que echa en falta la defensa del acusado Peralino Huinca, relaciona diversos indicios para concluir que la acción fue ejecutada, de manera concertada, por más de una persona. |

En tal sentido, reproduce los dichos del acusado Peralino Huinca, quien sostuvo que habría sido invitado por la Machi Francisca Linconao a una reunión que se efectuó en su casa, a la que concurrió mucha gente y en la que se habría planeado ir a quemar la casa del gringo, refiriéndose a una de las víctimas de estos hechos, y en suma, que esta era dirigida por los acusados Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche. Para corroborar tal aserto, los juzgadores del grado tuvieron en consideración el peritaje de geo-localización

evacuado por el perito Ivan Rubilar Acevedo, quien avocándose a la tarea de determinar a través de los tráficos de llamados desde donde se comunicaban los números asociados a cada imputado, estableció que los encartados –incluido Peralino Huinca- se comunicaban normalmente desde sus domicilios; así como también el informe pericial planimétrico N° 116, de fecha 07 de abril de 2016, efectuado por Christian Silva Barra, cuyo testimonio resultó veraz, dando cuenta de cómo arribó a cada una de sus conclusiones, y extraída a través de medios tecnológicos idóneos.

Siguiendo con las argumentaciones tendientes a acreditar la participación de Peralino Huinca en los hechos por los que fue acusado, los juzgadores de la instancia, en el considerando sexagésimo, refieren que éste señaló que el día de los hechos la mayoría de los integrantes del grupo se dirigió al lugar con armas, para luego señalar que una vez que ingresaron al predio, se repartieron armas, específicamente, señaló la presencia de armas cortas y largas, asignando de manera particular el transporte de aquellas a Sergio Tralcal Coche, Luis Sergio Tralcal Quidel, afirmaciones que coinciden de manera congruente con las conclusiones arribadas por parte del perito balístico Cristian Lizama López, quien al describir su peritaje N° 3, sostuvo la presencia de a lo menos tres armas de fuego distintas, una larga y dos cortas, corroborando con ello los dichos de Peralino Huinca.

Prosiguen los sentenciadores argumentando que, conforme los dichos de Peralino Huinca, una vez en el lugar, un grupo entró por la cocina entre los que estaban el Alcalde, Sergio Tralcal, Celestino Córdova; Pato Quidel, Piteo Catrilaf, Segundo Tralcal, Aurelio Catrilaf, Sabino Catrilaf, Luis Quidel, Sergio Catrilaf, y un sujeto de pelo largo del sector de Cultrunco, y que cuando estaban cerca de la casa, comienzan a disparar hacia los ventanales y ahí fue cuando el gringo

disparó hacia afuera desde el segundo piso hacia abajo, y que ahí todo ese grupo entró por ese sector a la casa, que eran las mismas personas que le habían prendido fuego a la casa, afirmación que resultó corroborada en primer lugar con la pericia química de Sylvia Figueroa Carvajal, quien en lo pertinente sostuvo, conforme su expertiz, que la ignición y el foco del fuego se habría centrado en la cocina. Que estas afirmaciones formuladas por la perito, empalmarían con determinación total en el Oficio N° 22/13/2013, remitido por parte del Cuerpo de Bomberos, en el que se concluye que -aparte de la intencionalidad del incendio-, que este tendría su foco en la cocina y zona de la caja de escaleras. De otro lado –se expone en la sentencia-, la mayor parte de evidencia balística fue levantada de una zona de 28 por 24 metros, según expuso Juan Vega Norambuena, perito planimetrista, área que fijó al costado de la cocina del inmueble y entre un pasillo que se forma con la construcción utilizada como bodega.

Asimismo, se señala que el acusado Peralino Huinca aseveró en su declaración que todos portaban pasamontañas y capuchas, y que vestían ropas oscuras y guantes de goma, lo que igualmente sitúan al encartado en comento en el sitio del suceso, por cuanto aquello posee plena coincidencia con lo encontrado en el lugar de los hechos con anterioridad a su declaración, y que dice relación con la vestimenta oscura utilizada aquel día, la que se encontró al condenado por estos hechos Celestino Córdova Tránsito, la que pudo divisar un Carabinero, deponente en juicio, que fue quien detuvo al mismo, Luis López Carmona, además del funcionario policial Omar García Ferrer. Ambos, por lo demás, permiten verificar lo expuesto por Peralino Huinca en orden a que cuando vieron fuego arrancaron. El grupo del frente en camioneta mientras el otro por los potreros con dirección al cerro Rahue.

Así, dice el fallo que es factible afirmar -descartando toda duda razonable- que el acusado participó en los sucesos y obviamente, al tenerse por cierto que el mismo hecho se cometió entre varios sujetos, es razonable convenir que los autores estaban de acuerdo para su ejecución. No se trata de meras conjeturas, como asegura la defensa, porque todas las acciones acreditadas son de naturaleza colectiva, consistentes en la adopción de precauciones comunes, la elección de vestimentas determinadas, de un lugar de acceso, el disparo de armas y el inicio del fuego en un punto determinado de la casa, es decir, son tareas que difícilmente pudieron llevarse adelante de forma individual y sin acuerdo previo en torno al objetivo perseguido.

Vigésimo Octavo: Que de lo antes expuesto y razonado fluye que la participación del imputado, previo concierto, en el lugar de los hechos se concluye de múltiples elementos probatorios que son recogidos por el fallo y a partir de ellos y no de simples hipótesis, el tribunal arriba a la convicción sobre la autoría que se le atribuye.

Vigésimo Noveno: Que el dolo del acusado y su prueba también fue cuestionado por la defensa. Si bien es cierto que su acreditación es una cuestión compleja, dados los elementos subjetivos o de naturaleza psicológica que no son perceptibles directamente, la convicción habrá de basarse en circunstancias probadas previas, coetáneas y posteriores al hecho que demuestren el íntimo conocimiento y voluntad del agente, que manifiesten la intención querida. Por consiguiente, el dolo, en cuanto elemento psicológico -“conocer y querer”- solamente puede fijarse por un proceso de inferencia. Estos juicios permiten al tribunal mediante una operación lógica deducir del material fáctico la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que no trasciende y permanece reservado

en todo individuo, de modo que su verificación requiere de una inferencia a partir de hechos conocidos.

El tribunal debe establecer los hechos a partir de la manifestación exterior del comportamiento, debiendo consignar que acaecieron de los que derivan consecuencias, partiendo de prueba indiciaria para, mediante un análisis lógico, vincular los hechos acreditados que sirven de soporte con aquél no probado que se extrae de dicho proceso intelectual.

Trigésimo: Que en este orden de ideas, la lectura del fallo objetado pone de manifiesto el actuar doloso (la voluntariedad y el propósito criminal) del inculpado, pues da cuenta del perfecto conocimiento que tenía del hecho punible y sus consecuencias lesivas y de su propósito de realizarlo.

Así, aun cuando no se indicó la posición precisa de cada uno de los autores materiales, las referidas circunstancias que asienta el fallo sobre la base de la prueba rendida justifican su participación como autor del artículo 15 N° 3 del Código Penal.

Trigésimo Primero: Que el artículo 385 del Código Procesal Penal permite a esta Corte invalidar solo la sentencia y dictar fallo de reemplazo si la causal no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, para lo cual plantea tres hipótesis: cuando el fallo califica de delito un hecho que la ley no considere tal, aplique una pena cuando no proceda aplicar pena alguna o haya impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

Los hechos declarados en el fallo recurrido, latamente expuestos en los considerandos precedentes, descartan la pretensión de nulidad, pues se avienen con la forma de autoría del numeral 3° del artículo 15 citado, toda vez que ésta autoriza a responsabilizar aun cuando, como ocurre en la especie, el agente no

haya realizado el acto típico pero ha presenciado su ejecución, mediando concierto para su realización, no siendo necesario que el cooperador presencie toda la ejecución del delito ni que realice acto material alguno diferente a encontrarse en el lugar del delito. Todas las exigencias de esta forma de participación fueron establecidas en el fallo impugnado, según se acaba de relacionar en los motivos precedentes, y por ello no concurre el motivo sustancial de invalidez que se hizo valer.

A estos efectos es útil decir que las declaraciones fácticas aludidas se corresponden con los hechos de la acusación, aún cuando todos estos no se probaron, pues quedó acreditada la actuación esencial que autoriza a punir en calidad de autor, esto es, el concierto para aplicar fuego a la casa habitación.

En tales condiciones esta causal subsidiaria será rechazada.

Trigésimo Segundo: Que las defensas de los encartados José Sergio Tralcal Coche y Luis Sergio Tralcal Quidel esgrimieron como causal subsidiaria de nulidad la contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal “*cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*”, la que se sustentan en diversas infracciones a los principios de la razón suficiente y de la no contradicción, además de las máximas de la experiencia.

Trigésimo Tercero: Que, en primer término, es conveniente señalar que ambos impugnantes al detallar la forma en que se habrían vulnerado los principios en cuestión, lo hacen criticando el modo en que los sentenciadores razonaron tanto para los efectos de establecer la participación de sus representados en el hecho punible, como para desestimar las probanzas y alegaciones en contrario que se plantearon durante la secuela del juicio.

Así las cosas resulta relevante conocer cuáles fueron los razonamientos tenidos en vista por la sentencia impugnada para determinar la participación de ambos encartados.

Trigésimo Cuarto: Que el fallo recurrido, para determinar la participación de los acusados José Sergio Tralcal Coche y Luis Sergio Tralcal Quidel entre aquellos sujetos que atacaron el inmueble de propiedad de los occisos con armas de fuego por el sector de la cocina, en sus considerandos Sexagésimo Cuarto y siguientes, no sólo utiliza como insumo la declaración de Peralino Huinca incorporada al juicio con la declaración de oídas de los funcionarios policiales Sres. Vilches, Villegas y Leiro, y el reconocimiento fotográfico realizado por éste respecto de ambos acusados conforme al protocolo institucional vigente, sino que también para corroborar sus dichos, valora los dichos de la víctima Vivian Mackay González en su llamada a CENCO, en orden a que uno de los atacantes le decía a otro “mátalo weon mátalo” “ nos atacan” “ siguen disparando”, indiciarios de la participación de un grupo de personas, máxime si el despliegue de acciones efectuadas aquel día resulta de imposibilidad física sea realizado por una sola persona o un par de ellas, toda vez que se iniciaron dos focos de incendio en lugares distintos de la propiedad, uno de ellos en un móvil ubicado a 13 metros aproximados de la zona de la cocina, según dio cuenta el deponente JORGE LUCHSINGER MACKAY y, además, la existencia de numerosos disparos en la zona oriente de la vivienda, específicamente una zona de 28 por 24 metros, según expuso el perito planimetría JUAN VEGA NORAMBUENA, área que se ubica en un pasillo entre la cocina del inmueble y una construcción destinada a bodega, ello de acuerdo a la evidencia balística encontrada y sobre la que expuso el perito CRISTIAN LIZAMA LOPEZ, Balístico en la pericia N° 3 y N° 11, y que además, fue exhibida ilustrativamente a través de láminas por el perito Planimetría ya

individualizado. Además, el perito de cargo que efectuó el análisis de tráfico de llamadas, IVAN RUBILAR ACEVEDO, dio cuenta de innumerables llamadas pesquisadas entre Peralino Huinca y José Sergio Tralcal Coche incluso horas antes de la ocurrencia de los hechos

En el mismo sentido, los juzgadores de la instancia sostuvieron que no existe contradicción entre los dichos de Peralino Huinca –en cuanto señaló casi todos los que participaron llevaban armas de fuego- y las conclusiones del perito balístico CRISTIAN LIZAMA LOPEZ , pues *“pues el perito balístico asentó como conclusión que se habrían utilizado a lo menos tres (ergo, la lógica simple nos lleva a diferenciar necesariamente los vocablos “llevar y utilizar”); en efecto, pueden todos llevar armas, pero se utilizaron a lo menos tres, de acuerdo a la prueba científica rendida en juicio. Una afirmación no excluye la otra”*.

En el mismo sentido, se razona en la sentencia impugnada que Peralino Huinca ubicó a ambos coimputados dentro de aquellos que atacaron el inmueble siniestrado por el sector de la cocina, justamente aquel en el que se encontró la mayor cantidad de evidencia balística, correspondiente a municiones de armas cortas y largas, percutidas y no percutidas, además de otra evidencia como panfletos y un bidón con acelerante, conforme lo expusieron el funcionario policial Luis Espinoza González, Jefe de grupo de la Brigada de Homicidios de la PDI el día de los hechos, a quien se le exhibió la evidencia material recogida en el sitio del suceso y también el ya citado perito balístico Cristian Lizama López.

Asimismo, se consigna en el fallo impugnado que respecto de la participación de ambos encartados y su vinculación con el sitio de suceso, ésta también se desprende del hecho de encontrarse asentado de manera concluyente y con prueba científica, que el fuego comenzó en el sector de la cocina, conforme lo concluyó el peritaje de doña Sylvia Figueroa Carvajal, Perito Químico, y el

Ordinario de Bomberos de Chile N° 22/12/13 y que además en tal ignición del fuego se utilizó dos tipos diversos de sustancias acelerantes. Lo anterior se ve reafirmado con el amago de incendio del vehículo de la víctima, conforme fue asentado igualmente por los peritos Químicos del Laboratorio Regional de Criminalística de Concepción Felipe Mondaca Sarria quien concluyó que la evidencia habida en el asiento del vehículo Forester, correspondía a gasolina, y Mauricio Cabezas Dagnin, quien concluyó a su pericia, que en un bidón que le fue remitido y que fue levantado del sitio del suceso encontró presencia de kerosene, comúnmente conocida como *parafina*, corroborado con la declaración de Luis Espinoza Gonzalez y Ricardo Villegas Pavez, quienes se refirieron al amago de incendio de un vehículo habido al interior del inmueble, cercano a la cocina, color blanco, marca Subaru, modelo Forester, y las evidencias halladas al interior y al costado de este en el suelo, y que el Perito Fotógrafo Rodrigo Gonzalez Rojas, exhibió en fotografías al Tribunal, las que dieron cuenta pormenorizada de los daños al vehículo producto del calor y de las evidencias encontradas al interior del mismo. Con ello, en opinión de los juzgadores del grado fue posible colegir, con antecedentes anteriores y además independientes de las declaraciones prestadas por parte del acusado Peralino Huinca, resultando plenamente coherentes con lo aseverado por éste, que había presencia de bidones con bencina traídos por Luis Sergio Tralcal Quidel, mismo sujeto que atacó en el grupo de la cocina, lugar en que se encuentra el foco del incendio total del inmueble, y donde se inició el fuego por utilización de acelerantes. Respecto de José Sergio Tralcal Coche y teniendo a la vista los mismos antecedentes probatorios, colige que con la prueba rendida fue posible situarlo, a lo menos, en el sitio del suceso y portando un arma larga, entrando y luego saliendo de la cocina del inmueble y dando inicio a un amago de incendio en el vehículo de propiedad de las víctimas, configurativo de participación

en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, por cuanto, a lo menos- y como ya se dijo- lo presencié, sin tomar parte inmediata en el delito.

Finalmente, se concluye por los sentenciadores que conforme lo antes razonado, existen poderosas razones asentadas básicamente en la concordancia de evidencias apartadas entre sí, (es decir, de fechas diversas e incluso anteriores a la declaración de José Manuel Peralino Huinca en calidad de testigo e imputado) para situarlos en el sitio del suceso, más precisamente en el grupo que atacó por el sector de la cocina a Sergio Tralcal, identificado como Luis Sergio Tralcal Quidel, y al Alcalde, identificado como Jose Sergio Tralcal Coche.

Trigésimo Quinto: Que en lo tocante a la supuesta contradicción entre la decisión de condena respecto de José Sergio Tralcal Coche y Luis Sergio Tralcal Quidel y la de absolución de la machi Francisca Linconao Huircapan, para descartar la misma, es menester referirse a lo expuesto en los considerandos septuagésimo y septuagésimo primero del fallo en alzada, en los que se señala que la declaración de Peralino Huinca además de no situarla con precisión en el sitio del suceso, no se encuentra corroborada con otra probanza que le de sustento, y que las evidencias incautadas al interior de su casa no pueden ser ponderadas en cuanto fueron producto de una diligencia de entrada y registro llevada a efecto con infracción de garantías fundamentales.

Conforme a lo anteriormente graficado, y considerando los fundamentos tenidos en vista para determinar la participación de los encartados –reproducidos en el considerando Vigésimo Segundo de este fallo-, es evidente que no existe contradicción alguna entre las decisiones adoptadas por los sentenciadores de la instancia.

Trigésimo Sexto: Que, en rigor, los comparecientes critican la apreciación de las probanzas realizada por los jueces de la instancia y cuestionan el mérito de

algunas de ellas y la preferencia que se les otorgó en desmedro de otros datos y antecedentes que arroja la investigación.

Sin embargo, la revisión del fallo permite advertir que las probanzas ofrecidas fueron valoradas por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Lo razonado por los jueces para dar mérito a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia del juicio, en desmedro de la hipótesis de la defensa, no se traduce, por sí solo, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, en los términos que alude esta norma.

En efecto, el ejercicio realizado por los sentenciadores del grado no merece, por este tribunal, reparo susceptible de dar lugar a la invalidación del fallo y el juicio que le precedió, razón por la que resulta prístino concluir que no se configura en la especie la causal de nulidad incoada.

Refrendando lo anteriormente razonado, es necesario señalar que la sentencia impugnada ha cumplido con el estándar de motivación que exige el legislador y que aun cuando se hubiese estimado la vulneración de alguno de los principios de la lógica o máximas de la experiencia aludidas en los arbitrios de nulidad, no se divisa del cotejo de los mismos con las motivaciones del fallo, la trascendencia o sustancialidad de tales vulneraciones.

Por las motivaciones antes expresadas, la causal de nulidad impetrada no podrá prosperar.

Trigésimo Séptimo: Que continuando con el tratamiento de las causales subsidiarias de nulidad, corresponde hacerse cargo de aquella que es compartida por los recursos de nulidad de los sentenciados Luis Sergio Tralcal Quidel y José Sergio Tralcal Coche, correspondiente a la del artículo 373 letra a) del Código

Procesal Penal, en relación con los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 8 N° 2 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como consecuencia del desconocimiento del derecho a defensa, a la igualdad ante la justicia o igualdad procesal, a un procedimiento racional y justo, a la bilateralidad de la audiencia y el principio contradictorio o de igualdad de armas.

Trigésimo Octavo: Que de la lectura de los arbitrios se desprende que la supuesta infracción de garantías fundamentales estaría dada pues una gran cantidad de partes e informes policiales, intervenciones telefónicas, solicitudes de tráficos telefónicos, fotografías de imputados, entre otras probanzas, no fueron puestas a disposición de la defensas durante la vigencia de la investigación, impidiéndole conocerlas, analizarlas, solicitar diligencias, realizar pericias y, en definitiva, controlar y conocer la información en los mismos términos en que fueron dispuestas por el ente persecutor.

Sin embargo, de la revisión de dichos libelos no se divisa como tales supuestas omisiones, en caso de haber existido, hubieren sido lo suficientemente relevantes para haber impedido a la defensa ejercitar los derechos enunciados en sus escritos, motivo que por sí solo permite a esta Corte desestimar de plano la causal subsidiaria en revisión.

Trigésimo Noveno: Que prosiguiendo con el análisis de la causales subsidiarias de nulidad, corresponde la revisión de aquella común a los tres recursos de nulidad interpuestos en autos y que dice relación con la infracción del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley N° 18.314, incoada por los impugnantes en cuanto afirman que los sentenciadores del grado yerran al hacer aplicación de un estatuto de excepción – Ley Sobre Conductas Terroristas- en un caso no previsto para ello, causando así

un perjuicio evidente a sus representados en cuanto la penalidad que trae aparejada tal estatuto es superior a la del delito común de incendio con resultado de muerte.

Asimismo, los recurrentes sostienen que la sentencia en revisión se equivoca al valorar doblemente el elemento fuego, tanto para tener por configurado el delito de incendio, como para dotar a tal conducta del carácter de terrorista, vulnerando con ello el principio del non bis in ídem, esto es, la imposibilidad de ser sancionado dos veces por una misma hipótesis fáctica.

Finalmente, refieren que el elemento subjetivo del agente, la finalidad, debe existir al momento de cometerse el delito base – incendio con resultado de muerte – y que como consecuencia de ello, esto es, al ser una finalidad presente en el imputado, no puede ser satisfecha por hechos o circunstancias que no le son imputables y menos aún, acaecidas con anterioridad a la perpetración del delito como lo estableció la sentencia impugnada.

Cuadragésimo: Que sobre el particular el artículo 1 de la Ley N° 18.314, en su inciso 1°, preceptúa que: *“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*.

Cuadragésimo Primero: Que a su vez el artículo 2 de la citada normativa, en su numeral 1°, dispone que: *“Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior:*

1.- Los de homicidio sancionados en el artículo 391; D.O 24.01.1991 los de lesiones establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de secuestro y de sustracción de menores castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de cartas o encomiendas explosivas del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de descarrilamiento contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles”.

Cuadragésimo Segundo: Que de la lectura de las normas antes transcritas se desprende claramente que para poder otorgarle el carácter de terrorista a algunos de los delitos allí mencionados –entre los que por cierto se encuentra el incendio con resultado de muerte-, resulta indispensable que la finalidad del agente, al ejecutar el hecho punible, sea la de causar en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, ya sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Cuadragésimo Tercero: Que según se desprende de la lectura del considerando Trigésimo Cuarto del fallo impugnado, los sentenciadores del grado dieron por establecido que el ataque incendiario con resultado de muerte objeto de la Litis, se produjo dentro de un contexto de “ataques” que principiaron en el año 1999 y que se fueron expandiendo en el tiempo, con el objetivo preciso de causar un impacto mayor en los agricultores de la zona de Malleco.

Refrendando lo anterior, exponen esos sentenciadores: *“Que como puede advertirse, esta situación contextual derivada de otros ataques distintos al acá juzgado no le son imputables a los encartados, sin perjuicio de que resulta*

necesario señalarlos para efectos de situar en su real dimensión el hecho sometido a decisión de esta magistratura, y como de una u otra forma estos determinan que este último hecho haya sido significativo en la impostación del terror en el grupo de personas señaladas, en tanto presenta varios denominadores comunes y objetivos con este”.

Es decir, no obstante reconocer que los acusados no han tenido participación alguna en los actos de contexto, igualmente concluye que tales actos le permiten darle una dosis de realidad al hecho investigado en estos autos y considerar que con su ejecución se ha buscado causar terror en un grupo determinado de personas.

Cuadragésimo Cuarto: Que, como ya se dijo, para satisfacer las exigencias del artículo 1 de la Ley N° 18.314 y así poder calificar de terrorista la conducta atribuida a los recurrentes, debió necesariamente establecerse por el tribunal a quo que la finalidad de los agentes, al ejecutar el hecho punible, haya sido indubitadamente la de causar en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie.

Pues bien, no obstante no ser despreciable el contexto aludido en la sentencia revisada, dicho elemento por si solo impide tener por acreditada tal finalidad, máxime si la intencionalidad exigida por la ley debe necesariamente ser demostrada a través de antecedentes objetivos que no se encuentran presentes en la especie, en cuanto no existen indicios suficientes para darla por establecida. Conforme lo anteriormente razonado, no habiéndose acreditado en autos la intencionalidad de los agentes, mal podría calificarse como conducta terrorista el ilícito que se les imputa.

Cuadragésimo Quinto: Que, por otra parte, la sentencia en revisión, en su motivo Trigésimo Quinto, al hacer un análisis de la naturaleza del medio

empleado, refiere que el fuego, dado su carácter estragante, *“determina que el hecho de incendiar, en particular un inmueble, sea advertible, palpable, visible a todos quienes se encuentran aledaños al sector en que se produce el incendio propiamente tal, tanto mientras se encuentra en desarrollo, como también, los efectos altamente destructivos que lleva consigo y que quedan al descubierto una vez controlado el mismo, por lo que, de tal conducta, puede advertirse ya una intención primaria acerca de que, tal hecho, sea altamente público, en el sentido de ser visible a un gran sector cercano a aquel en que se produce el fuego propiamente tal. Que sea conocido.*

Más aún se advierte aquello en el caso sub lite, dada la ruralidad de la zona en que se desarrolló el incendio, y en que tales hechos son, conforme la normalidad de las cosas, altamente conocidos por los habitantes cercanos”.

Vale decir, le asigna al fuego la característica de ser un elemento de publicidad del hecho delictivo, en cuanto permite que sea conocido por los habitantes de sectores cercanos causando justo temor en ellos de ser objeto de ilícitos de la misma naturaleza.

Cuadragésimo Sexto: Que esta Corte difiere de lo concluido por los juzgadores de la instancia en lo tocante al doble carácter que se le asigna al elemento fuego, por una parte como configurativo del delito de incendio y, por otra, como medio empleado para publicitar la actuación de los agentes y así generar el efecto de dar temor a terceros de ser objeto de actos de la misma naturaleza.

En efecto, y como resulta de toda lógica, el fuego constituye un elemento del tipo penal de incendio con resultado de muerte, descrito y sancionado en el artículo 474 inciso 1° del Código Penal, precepto que dispone que: *“El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de*

una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo". Eso resulta indiscutible.

Distinto es considerar, como lo hace el tribunal a quo, que el fuego, atendida su naturaleza dañosa, palpable, elocuente y visible pueda por sí mismo generar un efecto de tal magnitud que permita producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, toda vez que como ya se dijo, es un elemento propio del tipo penal base por el que fueron condenados los acusados, no siendo procedente ni ajustado a derecho utilizarlo para fundamentar una calificación de terrorismo respecto de un hecho que se encuentra desprovisto de las exigencias que para ello establece expresamente el artículo 1 de la Ley N° 18.314; de hacerlo así, se podría sancionar doblemente una misma conducta, lo que se encuentra vedado por el Derecho Penal.

Cuadragésimo Séptimo: Que otro aspecto a tener en consideración en la resolución de la presente causal de nulidad, dice relación con la calificación jurídica que se le atribuyó a idénticos hechos a los que se dieron por establecidos en el fallo en revisión, en los autos Ruc N° 1300014341-8, Rit N° 220-2013 del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, seguidos en contra del sentenciado Celestino Cerafín Cordova Tránsito, en los que éste fue condenado por sentencia ejecutoriada únicamente como autor del delito consumado de incendio con resultado de muerte, previsto y sancionado en el inciso 1° del artículo 474 del Código Penal; siendo absuelto, entre otros, de los cargos que se le formularon como autor de los delitos de incendio de casa o lugar habitado, en carácter de terrorista..

A lo cual cabe agregar –como ya se ha dicho- que en el proceso no existen elementos indiciarios que permitan concluir la intencionalidad terrorista que exige

la ley; siendo insuficiente para ello –acorde a tales requisitos legales- la sola presencia del fuego y sus consecuencias.

Conviene hacer presente que sin bien a juicio de esta Corte el efecto relativo propio de las sentencias en caso alguno impide que frente a hechos de idéntica naturaleza –como ocurre en la especie con los hechos atribuidos a Cordova Tránsito y los que se reprochan a los tres recurrentes de autos- se adopten distintas determinaciones, es pertinente que se aplique un mismo raciocinio y se arribe a una decisión de igual naturaleza, en aras de mantener una mínima armonía entre las decisiones jurisdiccionales, otorgando así certeza jurídica a los justiciables.

Cuadragésimo Octavo: Que de acuerdo con lo razonado y expuesto en los motivos que anteceden resulta evidente que la sentencia en alzada, al calificar la conducta atribuida a los recurrentes de nulidad como constitutiva de un ilícito de naturaleza terrorista, ha incurrido en una errónea aplicación del derecho, al efecto de los artículos 1 y 2 de la Ley 18.314, con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afectó sólo la sentencia impugnada, mas no el juicio, desde que la motivación promovida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se calificó como delito terrorista una conducta desprovista de las exigencias que el legislador establece para ello, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo

Conforme a ello, resulta preciso acoger el recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión.

Cuadragésimo Noveno: Que, finalmente y respecto a la causal de nulidad subsidiaria compartida por los tres arbitrios de nulidad, esto es, la del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción al principio de la congruencia consagrado en el artículo 341 inciso 1° del mismo cuerpo de normas, atendido que la misma dice relación con la inclusión por parte del tribunal a quo de hechos de contexto con el fin de calificar como terrorista la hipótesis fáctica que se tuvo por establecida, excediendo con ello la imputación contenida en los libelos acusatorios (acusación fiscal y acusaciones particulares), teniendo en consideración que el haberse acogido parcialmente por esta Corte los tres recursos de nulidad deducidos por las defensas, sólo en lo tocante a la infracción del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley N° 18.314, lo que en términos prácticos significa dejar sin efecto la calificación de terrorista que se le asignó por los sentenciadores del grado al hecho determinado en el motivo Décimo Cuarto del fallo en revisión, tal causal de nulidad será desestimada en cuanto ha perdido oportunidad.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que **se acogen** los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados José Manuel Peralino Huinca, José Sergio Tralcal Coche y Luis Sergio Tralcal Quidel, sólo en lo que dice relación a la causal subsidiaria consistente en la infracción del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley N° 18.314, desestimándose en lo demás dichos arbitrios y, por lo tanto, **se anula parcialmente** la sentencia de once de junio de dos mil dieciocho, dictada en la causa RUC N° 1300701735-3, RIT N° 150-2017, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, y se procede a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller concurre a la decisión, teniendo en cuenta, además de lo razonado, las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que, con respecto a la definición del delito terrorista, se ha dicho que su ausencia refleja la falta de consenso sobre tal definición. (Steiner-Pavía, Prólogo de la obra colectiva “Terrorismo y Derecho Penal”, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Edpal-Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p.10)

Un aspecto esencial a debatir es el tratamiento jurídico-penal de la actividad terrorista, el cual ha venido siendo objeto de estudio por parte de instituciones y autores en los últimos años, estudio que exige un alto rigor conceptual y una interpretación que no vulnere los fundamentos del Estado de Derecho. (Steiner-Pavía., cit. P. 11)

Se ha dicho que *“Es cierto que los actos terroristas son delitos graves, que deben ser perseguidos, pues afectan los cimientos mismos de las democracias modernas y generar una sensación de zozobra que no permite vivir en paz y tranquilidad. Sin embargo, la respuesta del Estado debe darse en el marco de sus principios rectores y con respeto por los derechos humanos, para no sacrificar su propia legitimidad”*. (Steiner-Pavía, cit., p. 10)

En los esfuerzos por diseñar un concepto aceptable de terrorismo, Del Barrio y León Reyes lo expresan en los siguientes términos: *“Los actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático.”* (Del Barrio y León Reyes, cit. en Villegas, Myrna, Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal, p. 173)

La especialista chilena Myrna Villegas, que se ha dedicado con gran intensidad al estudio del tema, entrega algunos elementos esenciales para elaborar un concepto jurídico de terrorismo:

- Ser un delito común de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.
- Ser cometido con la finalidad de “alterar” el ordenamiento constitucional democrático, entendiéndose por tal el propósito de destruir los fundamentos del Estado democrático.
- Ser cometido por sujetos pertenecientes o integrantes de una organización criminal, una asociación ilícita.

Con la conducta debe perseguirse- destaca la académica citada- *“además la finalidad provisoria de causar temor a toda la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño. Se trata de intimidar a la población para conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que esta finalidad última o propósito efectivamente se alcance.”* (Villegas, cit., p. 175)

Domínguez Vial ha expresado que *“En una democracia el terrorismo es el asalto al poder del Estado desde el poder alternativo del grupo que ejerce el terror... amenaza indiscriminadamente a toda la población ... trata de doblegar las instituciones públicas creadas por la soberanía popular... y por ello puede sostenerse que el grupo terrorista, por pequeño que sea, se ha erigido en Estado.”* (El poder y los derechos humanos, Edit. Terranova, Santiago, 1988, pp. 56-57.)

SEGUNDO: Que, considerando que el terrorismo ataca a uno de los pilares de las democracias, los derechos humanos, y a objeto de presentar un bien jurídico determinable u objetivable penalmente (en respeto a los principios de legalidad y lesividad) el bien jurídico colectivo se identifica con el orden

constitucional democrático (Villegas, cit., p. 1709); éste es el sistema de convivencia político-social cuya puesta en peligro debe perseguir el autor de este delito.

El nuevo artículo primero de la Ley 18.314, introduce una caracterización subjetivista del delito en cuestión, lo que tiene, sin duda, importantes consecuencias interpretativas. La incorporación de este elemento subjetivo del tipo –finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie- implica que en el plano procesal se deba acreditar, más allá de toda duda razonable, que el efecto atemorizador en la población era el fin precisamente perseguido por el sujeto activo; esto será particularmente arduo en la práctica, atendida la multiplicidad de fines que se pueden asociar a la actuación delictiva. (Hernández, Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal, 2010, p. 57)

TERCERO: Que, como lo ha expresado esta Corte, en anteriores pronunciamientos, la acreditación en juicio de elementos o factores subjetivos caracterizadores de ciertos delitos, además del dolo, pasa necesariamente por la prueba indiciaria, excluidos los casos en que el hechor confiese haber actuado con la intención o propósito exigidos.

Que, en consecuencia, cabe examinar si en la especie concurren indicios suficientes, en cantidad y fuerza probatoria, para llevar a la convicción de que los condenados obraron con el preciso propósito –además del dolo de incendiar- de crear temor en el conjunto o en parte de la población.

Que, el sólo empleo del fuego como medio para provocar un incendio que destruyó bienes materiales y provocó la muerte de dos personas, no puede bastar para construir la base probatoria requerida, ya que dicho medio estragante es inherente a la estructura del delito de incendio, previsto y sancionado en el artículo

474 del Código Penal y no es posible entonces utilizarlo, además, para transformar el delito común en uno de carácter terrorista.

Debe poder contarse con un “plus”, más allá de los elementos objetivos del ilícito, que permita tener por establecida la finalidad terrorista, esto es, provocar temor en la población o en un sector de ésta.

Que, ese “plus” no surge de los elementos de juicio valorados por el Tribunal sentenciador, que se circunscriben al medio utilizado para provocar el fuego y a circunstancias ajenas al hecho delictivo mismo, como son las declaraciones de terceros, algunas muy distantes en el tiempo con respecto al delito indagado, que no permiten concluir que el preciso objetivo perseguido por los acusados fue la creación de un temor colectivo generalizado, que, según las doctas opiniones de los especialistas, habría que vincular a la alteración del orden institucional.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la prevención, de su autor.

Rol N° 15.163-2018