



FALLOS DEL MES ^{M.} _{R.}

ENERO 1985

314

SECCION CIVIL:

- A) ASUNTOS TRIBUTARIOS: 1.— Recurso de protección en contra de Tesorero Regional.— Retención de excedentes de pagos provisionales de impuestos y posterior compensación con deudas del contribuyente.— Derechos aduaneros (pág. 749).
- B) OTROS ASUNTOS CIVILES: 2.— Comisión Médica Central de la Superintendencia de Administradores de Fondos de Pensiones (recurso de queja inadmisibile) (pág. 745); 3.— Acción de desposeimiento.— Pago de hipoteca (pág. 756); 4.— Juicio ejecutivo.— Cheque en garantía.— Endoso de cheque tachado de falsificado (pág. 757); 5.— Juicio ejecutivo.— Excepción de cosa juzgada (pág. 761); 6.— Omisión de firma de juez en resolución (pág. 763); 7.— Inaplicabilidad de artículo 40 N° 10 de Ley 18.045 sobre mercado de valores (pág. 764); 8.— Indemnización de perjuicios por cuasidelito civil. Transmisión a herederos de obligación civil del causante (pág. 768); 9.— Letras de cambio giradas antes de Ley 18.093 (pág. 770); 10.— Notificación de protesto de cheque.— Ausencia del territorio nacional del girador del cheque (pág. 771); 11.— Recurso de protección extemporáneo.— Jubilación (pág. 773); 12.— Recurso de protección en contra de director de Diario.— Protección a la honra de la persona (pág. 774); 13.— Recurso de protección, plazo para interponerlo.— Tabla de emplazamiento (pág. 779); 14.— Preparación de vía ejecutiva.— Confesión de deuda (pág. 781); 15.— Recurso de protección en contra de Rector de Universidad.— Expulsión de alumno (pág. 782); 16.— Interpretación de contrato (pág. 786); 17.— Declaración de quiebra (pág. 791).

SECCION CRIMINAL:

- 1.— Competencia de Corte Municipal.— Recurso de amparo (pág. 796); 2.— Giro doloso de cheque.— Copias de gestión y de notificación de protesto, no autorizadas debidamente (pág. 796); 3.— Indemnización a víctima de delito.— Reajuste de indemnización (pág. 798); 4.— Tribunales militares en tiempo de guerra.— Petición de inaplicabilidad de D. L. N° 3.655 (pág. 802); 5.— Inadmisibilidad de recurso de casación en el fondo.— Infracción a leyes reguladoras de la prueba (pág. 810); 6.— Prescripción de las acciones penales.— Reo rebelde (pág. 811); 7.— Robos con homicidio, violaciones y otros delitos.— Alevosía.— Pena de muerte.— Responsabilidad del Fisco.— Hechos perpetrados por los reos cuando pertenecían al Cuerpo de Carabineros (página 813).

SECCION TRABAJO:

- 1.— Resolución de Dirección General del Trabajo (pág. 847); 2.— Recurso de apelación en materia laboral (pág. 848).

7

Doctrina:

ROBOS CON HOMICIDIO, VIOLACIONES Y OTROS DELITOS.— FALTA DE CONSIDERACIONES DEL FALLO.— INVALIDACION DE OFICIO DE SENTENCIA.— PENA DE MUERTE.—(*) ALEVOSIA.— DISFRAZ USO DE.— CONEXION SUBJETIVA O IDEOLOGICA EN DELITOS RESPECTO DE LOS HECHORES.— DELITO COMO MEDIO NECESARIO PARA COMETER OTROS.— RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PERPETRADOS CUANDO LOS REOS PERTENECIAN A CARABINEROS.—() FISCO RESPONSABILIDAD DEL.—(***) CODIGO PENAL ART. 433, N.os 1 Y 2, ARTS. 74 Y 75 Y ART. 456 (bis), N° 3, ART. 12, N° 5.— CODIGO DE PROC. PENAL, ART. 509.— CONSTITUCION POLITICA ART. 19, N° 1, INC. 3°.**

Supuesto que se condenase a los dos reos separadamente por cada delito de robo de acuerdo a la norma puramente facultativa del inciso 3° del Art. 509 del Código de Proc. Penal, y por ende dando aplicación al Art. 74 del Código Penal, también sería dable, legalmente, imponer a los reos la pena de muerte y todavía por cada uno de los cinco delitos de robos con homicidio cometidos, dadas las agravantes que concurren y la falta de atenuantes, y como también sería menester por los restantes delitos de robo, debe concluirse que incluso es más beneficioso, si así pudiera decirse, el camino trazado por el Art. 509 del Código de Proc. Penal que el aplicable según el Art. 74 del Código Penal.

La pena de muerte instituida por el Código Penal, no ha sido derogada por la Constitución Política que, en su Art. 19 N° 1° inciso 3°, exige que esta pena sea establecida por ley aprobada con quórum calificado, por cuanto su disposición primera transitoria establece que mientras no se dicten las disposiciones que den cumplimiento a lo prescrito en dicho inciso 3° del N° 1° del Art. 19 de la Constitución, continuarán rigiendo los preceptos legales actualmente en vigor y lo estaba el Art. 433 N° 1 del Código Penal, que instituye la pena de muerte por la cual se ha optado, cuando entró en vigencia la Carta Fundamental.

La responsabilidad civil que se pretende hacer valer por los distintos actores que lo han demandado, se la funda en hechos perpetrados por los reos cuando pertenecían al Cuerpo de Carabineros, pero como quiera que esos hechos ninguna relación tienen con los deberes y labores funcionarias pues no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él, debe concluirse que se trata de hechos jurídicos de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a la indemnización se

(*) Sobre pena de muerte, véase N° 309, pág. 410, sent. 4.

(**) Sobre violación cometida por carabainero vistiendo uniforme, véase N° 278, pág. 622, sent. 3.

(***) Sobre responsabilidad del Fisco, véase N° 295, pág. 271, sent. 15.

refiere, por el derecho común y no por el derecho público, respecto del Fisco, quedando excluido entonces, respecto de éste, la responsabilidad directa y extracontractual del Estado que suele afectarle por actos y hechos provenientes de organismos o funcionarios públicos en ciertas circunstancias.

Santiago, diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y cinco.

Vistos:

Por sentencia de ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres, escrita a fojas 2.761, se emitió pronunciamiento sobre el recurso de casación en la forma deducido en contra del fallo de primera instancia; se analizaron algunas cuestiones planteadas en la segunda instancia y finalmente se emitió pronunciamiento en relación con los recursos de apelación deducidos en contra de la sentencia de primer grado, manteniéndose en general las penas aplicadas en este último fallo por los delitos que incrimina.

En relación con el fallo de segunda instancia se dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo y también se solicitó que se invalidase de oficio.

Considerando

1º) Que en relación con la muerte de Enrique Gajardo y con la muerte de Alfredo Sánchez, el fallo disgrega los hechos, al considerar en el primer caso que se trata del homicidio simple de Gajardo y hurto de su automóvil, y en el segundo, del homicidio calificado de Sánchez, de hurto de especies suyas y de violación de su acompañante, concluyendo de esta manera por cuanto echa de menos la conexión ideológica que debe existir entre la acción violenta y la apropiación, ya que para que exista robo se requiere que la violencia se ejerza precisamente para sustraer o al sustraer.

Sin embargo en el fallo no se hicieron consideraciones relativas a la inmediatez

entre el acto violento y la sustracción, y que es un elemento que debe considerarse al analizar la conexión ideológica, como tampoco se formularon consideraciones tocantes a la actitud que en otros innumerables casos asumieron los reos, quienes al mismo tiempo de atacar a diversas personas ejerciendo violencia en su contra, los despojaron de especies suyas, lo que caracteriza al robo con violencia y el robo con homicidio es una especie de robo con violencia. Debieron considerarse, pues, todas esas circunstancias para determinar si en los casos de Gajardo y de Sánchez se trata de varios delitos reiterados o de uno solo, de robo con homicidio y en el caso de Sánchez, además con violación;

2º) Que a raíz de dos series de delitos, el fallo impone a ambos reos, dos penas de muerte, considerando que hubo conexión subjetiva, en uno de los casos, entre el delito de robo con homicidio de Luis Morales y los delitos que le siguieron, y en el otro, entre el delito de robo con homicidio de Raúl Aedo y los delitos que a su vez siguieron a éste; pero, se omitió demostrar que aquellos robos con homicidios fueron el medio necesario para cometer los otros, lo que exige también una conexión objetiva que se da primordialmente cuando los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos, se encuentran de hecho entrelazados de manera que sea necesario o indispensable cometer el primer delito para poder perpetrar los siguientes;

3º) Que la sentencia acepta en favor de ambos reos, la atenuante de su irreprochable conducta anterior, deduciéndola

de la información de testigos que se refieren a ella y de la falta de anotaciones prontuariales (motivos 114 y 125 del fallo de primera instancia), pero sin hacerse cargo de los antecedentes contrarios que dimanarían de sus respectivas Hojas de Servicio y Calificación agregadas a la causa, de manera que no se formuló la apreciación comparativa de esas probanzas contradictorias como lo exige el legislador; los recursos actuales no permiten analizar esta situación;

4º) Que en relación con el robo de Emilio Martínez, la sentencia lo considera un robo simple con violencia en su persona, encuadrándolo al artículo 436 del Código Penal, pero no formula consideraciones sobre la gravedad de las lesiones que aquel sufrió, cercanas a los 50 días de incapacidad, lo que debió ser analizado atenta la forma de delito de robo calificado que instituye el artículo 433 N° 2 del Código Penal;

5º) Que de todo lo anterior resulta que el fallo omite consignar las consideraciones necesarias para convencer de la bondad e indefectibilidad de sus argumentos y conclusiones. Las sentencias deben contener las consideraciones de hecho y de derecho necesarias que justifiquen su decisión y las razones legales o doctrinales en que se apoya.

Procede, pues, su invalidación, que por lo demás fue solicitada en recurso de casación de forma, en el escrito de fojas 2.902, sobre casación de forma de oficio.

De conformidad, además, con lo que disponen los artículos 776 del Código de Procedimiento Civil y 535 y 541 del Código de Procedimiento Penal.

Se invalida de oficio la sentencia de ocho de septiembre del año mil novecientos ochenta y tres, escrita a fojas 2.761, dejándose la sin efecto y reemplazándose la por la que se emite a continuación.

Téngase por no interpuestos el recurso de casación en la forma formalizado por el reo Carlos Alberto Topp Collins a fojas 2.801 y su recurso de casación en el fondo formalizado a fojas 2.820 en contra del fallo de segunda instancia recién aludido, así como el recurso de casación en el fondo de Jorge Sagredo formalizado a fojas 2.839.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Rol N° 23.553.

Sres. Osvaldo Erbetta V., Emilio Ulloa M., Abraham Meersohn Sch., Raúl Rencoret D. y Cecil Chellew C.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y cinco.

Dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 776 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a lo penal, se emite el siguiente fallo, en reemplazo del invalidado.

Vistos:

Reproduciendo la parte expositiva, consideraciones y citas legales de la sentencia apelada, con excepción, en cuanto a sus fundamentaciones, de los motivos 10, 11, 23, 24, 25, 43, 65, 98, 99, 100, 104, 106, 107, 108, 114, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130 y 136, todos los cuales se eliminan, y de entre las citas legales la de los artículos 11 N° 6, 12 N° 1 y 75 del Código Penal, que se suprimen.

Sin embargo, en relación con los fundamentos reproducidos, **se elimina**; en el fundamento 6º, la frase que comienza con las palabras "constitutivos de" y que termina con la expresión "del Código de

Procedimiento Penal"; en los motivos 17 y 42 se excluye el período que empieza con las palabras "todos elementos de convicción" y que termina con la expresión "para constituir plena prueba"; en el fundamento 41 se suprime la frase que comienza con la expresión "todos elementos probatorios" y que termina con las palabras "plena prueba"; en la consideración 53, la frase que comienza con las palabras "de las que se deduce" y que termina con la expresión "plena prueba"; en el motivo 67 se excluye el período que comienza con las voces "de todos los casos" y que termina con las palabras "plena prueba"; en el fundamento 103, se suprime la voz "simple"; en el fundamento 122 la frase "si bien no se acreditó el uso de la fuerza"; **se sustituye** en la consideración 31, la frase que comienza con la expresión "de los que se deducen" y que termina con las palabras "para dar fin", por la locución "con lo que resulta"; en el motivo 70 las palabras "es verosímil" por "es posible"; en el 73 la frase última que dice "previsto en el artículo 436 del Código Penal" por "previsto en el artículo 433 N° 2 del Código Penal atendida la gravedad de la lesión"; y se sustituye asimismo en la consideración 154 la locución "en el entendido que se perseguía la responsabilidad del Fisco por actos de gestión y no de autoridad" por "en el entendido que no se perseguía la responsabilidad directa del Estado sino la indirecta, por el hecho ajeno"; y se sustituye en la consideración 159, la voz "tratándose" por las palabras "de tratarse"; **se intercala** en el fundamento 103, entre la voz "aplican" y la preposición "por" que le sigue, la locución "excepto la alevosía"; y **se añade** al final del motivo 31 la voz "calificados"; y al final del fundamento 150 la locución "y en principio de derecho público".

Reproduciendo de la sentencia de segunda instancia, las consideraciones relativas a los párrafos A, B, C; reproduciendo también en el párrafo relativo a la

"apelación" su parte expositiva y sus considerandos 27, 32, 35, 36, 37, 41 y 44.

Y teniendo, además, presente:

1º) Que con las probanzas pertinentes reunidas en el proceso y que se sintetizan en el motivo 6º del fallo apelado, examinadas en conciencia, se acredita efectivamente que Enrique Gajardo fue muerto con un disparo de arma de fuego la noche del 4 al 5 de agosto de 1980, sustrayéndose su automóvil Austin Mini, cuyo dominio se acreditó. Se comprueba también que su cadáver se halló en el camino El Olivar, cerca de la intersección de la variante de Las Achupallas y que el vehículo fue encontrado en otro lugar, en el cerro Esperanza, en una barranca, encajado en unos arbustos que impidieron que cayese sobre la Avenida España, de Valparaíso. Incluso el encausado Topp Collins alude a una violación que pudo cometer su compañero de fechorías con la acompañante de Gajardo, delito que no se denunció y que por ello no pudo ser investigado cabalmente.

Los hechos establecidos configuran el delito de robo con homicidio, materia de la acusación ya que resulta evidente que los responsables dieron muerte a Enrique Gajardo para apoderarse de su vehículo y desplazarse en él, es decir, para robar. Gajardo les era absolutamente desconocido a los hechores no siendo posible aceptar que le dieron muerte sin ninguna otra finalidad o propósito; por lo demás como se verá después, en la mayoría de los delitos atribuibles a los reos de la causa, esto es a Sagredo y Topp, hubo de parte de éstos un ataque a la propiedad, al apoderarse de especies de las víctimas o de sus automóviles, sin perjuicio en algunos casos, de violar además a sus acompañantes y, este examen de conjunto, que no debe perderse de vista, reafirma la conclusión precedente, esto es, que en este caso se dio muerte a Gajardo para

sustraerle su automóvil, vale decir, que se mató para robar, lo que constituye el delito aquí incriminado, siendo oportuno agregar que Sagredo asegura incluso que Topp Collins sustrajo herramientas del Austin Mini (fojas 1.220 vuelta) demostrativo de la finalidad de la agresión;

2º) Que los procesados Sagredo y Topp reconocieron que dieron muerte a una persona que encontraron, acompañado de una mujer, en un Austin Mini estacionado en el camino El Olivar, siendo Sagredo el que le disparó y dio muerte; enseguida se apoderaron de dicho vehículo y, manejado por Topp, fue conducido a un lugar solitario, yendo Sagredo atrás con la mujer, proponiéndose violarla, según se lo dijo a Topp, sin saber éste si lo hizo o no porque él se bajó del auto y se alejó un tanto (según parte de Carabineros de fojas 532 y 539, Sagredo confesó que ambos se violaron a la muchacha, a quien abandonaron, después de entregarle sus cuadernos). Finalmente se dirigieron en el vehículo hasta Valparaíso, por el camino de El Salto y desde un cerro lo desbarranaron en el lugar en que se le halló.

Estas confesiones extrajudiciales y judiciales que se leen a fojas 532, 537, 537 vuelta, 557 vuelta, 664, 926 vuelta, 928 vuelta y 1.220 vuelta respecto de Sagredo, y a fojas 535, 545, 556 y 666 (en cuanto en esta última se ratifica las declaraciones anteriores) y 920-922 relativamente a Topp, comprueban su participación de autores en el delito de robo con homicidio de Enrique Gajardo, confesiones que en cierta medida se hallan corroboradas por el dictamen balístico de fojas 848 (114 B) en el que al menos se asevera que el proyectil recuperado en este caso y que corresponde al calibre 38, con rayado a la izquierda, tiene características de las que deja al disparar el Colt .38 N° 115012 de propiedad de Sagredo, pero sin que sea posible aseverar con certeza que fuese disparado con esta arma.

La retractación de Topp Collins de fojas 1.000 aparece desestimada fundamentalmente en el motivo 13 del fallo apelado, máxime que existen en su contra otros cargos, desechándose también el dictamen de fojas 136 (el 100 B) por los motivos que se expresan en los fundamentos 14, 15 y 16 de esa sentencia; en aquel dictamen de fojas 136 se sostiene que el arma con que se disparó contra Gajardo y cuyo proyectil se recuperó, corresponde al Colt .38 N° D 9688 de propiedad de Luis Gubler, conclusión contradicha no sólo por el informe de fojas 848 aludido sino, además, por el dictamen de la Comisión de Técnicos Militares que rola a fs. 1.121, en el que se concluye que ninguno de los proyectiles dubitados recogidos a lo largo de la causa corresponde a esa arma de Gubler, cuyas huellas secundarias esenciales, no son coincidentes ni identificatorias, informe que fue ratificado por los tres peritos que lo evacuaron al declarar a fojas 1.324, 1.324 vuelta y 1.325. De consiguiente, se desestima completamente el mérito del dictamen de fojas 136, así como las opiniones que se leen a fojas 1.133, 1.134, 1.135, 1.136, 1.138 y 1.139 de los peritos que lo evacuaron, quienes insisten en su evidente error, como lo ponen de manifiesto los integrantes de la Comisión referida en sus complementaciones de fojas 1.319 a 1.323 y como resulta de lo confesado por los propios reos, quienes reconocen que con una de sus armas dispararon en contra de Gajardo. El F.B.I. fue consultado en relación con todos los proyectiles recuperados respecto de los diversos delitos en que hubo heridas a bala, informando que los proyectiles dubitados no tienen huellas de naturaleza tal, que permitan atribuirlos a un arma determinada. Por lo demás, no se ha sostenido en el proceso ni aun por los que formulan cargos en contra de Gubler, que éste les hubiese proporcionado su revolver Colt .38 Daimonback D 9688;

3º) Que los antecedentes que se sintetizan en el considerando 17 del aludido fallo de primer grado, acreditan, que en la madrugada del 12 de noviembre de 1980, en circunstancia de que Alfredo Sánchez paseaba en su automóvil Renault alrededor de la Laguna Sausalito de Viña del Mar, en compañía de Luisa Fernanda Bohle, fueron interceptados por dos sujetos que le exigieron sus documentos; luego uno de ellos lo golpeó en la cara con la cachea de un revólver y a continuación, le disparó dos tiros, lesionándolo gravemente lo que le ocasionó la muerte en la Asistencia Pública hasta donde fue conducido (fojas 432); los hechos después de herirlo, lo bajaron del auto dejándolo botado en el suelo, y en el propio vehículo de la víctima se llevaron a Luisa Fernanda hasta un lugar más solitario en donde uno de ellos la violó y el otro abusó de ésta de la manera que lo consigna el fundamento 17 del fallo apelado; luego los hechos registraron el automóvil y desde su caja maleta se sustrajeron dos instrumentos para examen médico.

Estos hechos, contrariamente a lo que se expresa en el fallo en alzada, constituyen el delito de robo con homicidio y con violación instituido en el artículo 433 número 1º del Código Penal, que fue materia de la acusación. En efecto, como en el caso anterior, la violencia ejercitada en contra de Sánchez no ha podido tener por finalidad sólo la de herirlo y darle muerte —Sánchez les era desconocido— sino además otras finalidades: la de violar y abusar sexualmente de su compañera y la de sustraerle especies que pudiera llevar consigo o tener en su automóvil y que son, precisamente, los hechos realizados en esa ocasión por los autores del delito. Se presume, por consiguiente, que la violencia se ejerció con esas dos finalidades y cuando, como sucede en este caso, la violencia se verifica para sustraer, se da el delito de robo con violencia y específicamente el robo con homicidio si

esa violencia produce la muerte como aconteció; a su vez, con "ocasión" del robo, se cometió violación, de manera que ésta integra también la figura del artículo 433 número 1 del Código Penal. La sustracción lo fue en este caso de instrumentos médicos, pero no puede dejarse de consignar que Topp Collins asevera que Sagredo también le sustrajo dinero al doctor Sánchez desde sus bolsillos, correspondiéndole a él cierta suma: fojas 923;

4º) Que los reos Carlos Alberto Topp y Jorge Sagredo confesaron ser los autores de los hechos reseñados, es decir, de la muerte de Alfredo Sánchez, de la violación de su amiga y de la sustracción de especies que pertenecían a aquél; así lo reconoce Sagredo a fojas 537, 557, 682 y 924 y Topp a fojas 531, 544, 556, 666, 683 y 920, confesiones que el fallo apelado expone en sus fundamentos 18, 19 y 20. El concierto con que actuaron les hace comunicable la totalidad de los actos que lo conforman así como el tipo de delito. Precisaron que fue Topp quien golpeó con la cachea de su revólver el rostro del doctor Sánchez y que fue él quien hizo los disparos mortales; que subieron a la mujer en el asiento de atrás del vehículo de Sánchez, auto que fue conducido por Topp hasta un lugar más solitario, yendo Sagredo al lado de la mujer y que la violaron, abusando Topp sexualmente de ella; a continuación registraron el vehículo, apoderándose Topp de dos instrumentos médicos, alejándose ambos del lugar después de dejar amarrada a Luisa Bohle dentro del Renault. Topp reconoció a fojas 666 que las especies o instrumentos hallados en su poder corresponden a las que se sustrajo en esa ocasión, hecho que ya había reconocido a fojas 556 y extrajudicialmente a fojas 544.

Tales confesiones comprueban la participación de los encausados como autores en el delito de que se trata, máxime que

Luisa Bohle, testigo y ofendida, los señala como los autores a fojas 821 y que los peritajes balísticos a lo menos concluyen que los proyectiles que dieron muerte a Sánchez tienen las características por su calibre y rayado de una de las armas de los reos (peritaje de fojas 848);

5º) Que el reo Carlos Alberto Topp que había reconocido judicial (fojas 666) y extrajudicialmente (fojas 544) la sustracción y apoderamiento de los dos instrumentos para examen médico recuperados por la policía de su poder se retractó después negando haber cometido la sustracción, añadiendo que los instrumentos recogidos le pertenecían legítimamente y alegando que el cuerpo del delito de robo no se halla establecido por no estar acreditada la preexistencia y dominio de esos instrumentos médicos, (debe recordarse que Topp sostiene que Sagredo registró los bolsillos del doctor Sánchez y que se apoderó de su dinero, parte del cual le correspondió a él: fojas 923).

Es verdad que Juana Menares, fojas 428 y 781 vuelta y que Patricia Latoja, fojas 428 y fojas 813 vuelta, no lograron reconocer los instrumentos recogidos como los de propiedad de Sánchez y que Rosa Olguín a fojas 477 y 809 dijo no estar segura de ello, pero sin embargo con tales testimonios se establece que Sánchez era dueño de instrumentos de esa clase y que el día del suceso al salir de su estudio, como a las 20 horas se los llevó consigo y precisamente los reos confesaron que esa noche se sustrajeron los dos instrumentos médicos que hallaron al registrar el automóvil de Sánchez, es decir, que aluden a especies cuya preexistencia se acreditó, siendo esta comprobación la que exige la ley en el caso de hurtos y robos. Aun debe añadirse que Luisa Bohle sostiene que presencié la sustracción de los dos instrumentos médicos, agregando todavía, tajantemente, que los recuperados son los sustraídos al doctor

Sánchez: fojas 562. Puede ocurrir, tratándose de esta clase de delitos, que no se logre recuperar los objetos hurtados o robados, pero ello no es óbice para dar por establecido el cuerpo de tales delitos sobre la base de la preexistencia de lo sustraído y, en el peor de los casos, ésta sería la situación de autos en el supuesto de que los instrumentos médicos recogidos no fuesen los robados y que perteneciesen legítimamente a Topp como lo afirman su cónyuge y sus hijos y aún las testigos Gregoria Salas y Gregoria Martínez que dicen habérselos visto usando al reo, aunque manifiestamente parecen referirse a una época posterior a la comisión del delito. Por lo demás, el co reo Sagredo se mantiene en que ellos se sustrajeron los instrumentos médicos que hallaron dentro de una bolsa en el automóvil de Sánchez.

En relación con la acusación que les formula Luisa Bohle, de haber sido los reos los autores del delito de que se trata, es verdad que a fojas 520 vuelta, en rueda de presos, ella sindicó a Luis Gubler como uno de sus asaltantes, pero a fojas 825 comparece y explica su actuación: Gubler le había sido mostrado con anterioridad en Investigaciones de Limache, aseverándole que estaba confeso de ser uno de sus asaltantes y aunque les hizo ver que no coincidía con su estatura, su pelo y labios, ante su insistencia, se dejó llevar y lo sindicó como uno de los hechos, pero en verdad los asaltantes fueron otros a quienes individualizó en sucesivas ruedas de presos y resultaron ser Sagredo y Topp Collins: fojas 819, agregando en careo con éste último, que Topp fue quien disparó en contra del doctor Sánchez; que Sagredo fue quien la violó y que Topp intentó también hacerlo y como no lo consiguió, abusó de ella en forma anormal;

6º) Que con diversos antecedentes que rolan en el proceso y que la sentencia de primera instancia reseña y analiza en su

consideración 31, resulta establecido que en la madrugada del 28 de febrero de 1981, fueron muertos por heridas de balas de revólver calibre .38, Mario Fernando Lagunas y Delia González cuando estaban dentro de un automóvil en una playa de estacionamiento en la ribera del Marga-Marga, en Viña, cada una de las víctimas recibió tres balazos que causaron su muerte. El hechor ha debido sorprenderlos en los momentos que mantenían relaciones amorosas (así lo reconoció el reo) puesto que se hallaron sus cadáveres semidesnudos y el de ella, arrodillado en el asiento delantero, con su espalda hacia el parabrisas, el que presentaba impactos de bala; es decir, el hechor debió actuar en forma aleve, sorpresivamente y sobre seguro, sin dejar a las víctimas posibilidad alguna de defensa, circunstancias que convierten los homicidios en cuestión en delitos de homicidios calificados, tal como lo expresa el fallo recurrido en sus reflexiones 31 y 32; incluso disparó de nuevo en contra del hombre estando éste ya herido;

7º) Que el procesado Sagredo confesó al principio que fue el autor de estos delitos de homicidios, se retractó después para terminar reconociendo que los cometió y que actuó solo: fojas 752 (antes, extrajudicialmente, también los había confesado: fojas 540). Expresa, en síntesis, que primero pasó por detrás de un automóvil ahí estacionado, pero que siguió su camino al observar que la pareja le había visto y de esta manera se acercó a otro vehículo, a un Taunus, aproximándose por delante y como tuvo la impresión que los ocupantes de éste también le divisaron y que el hombre intentaba tomar algo, le disparó a través del parabrisas y, enseguida, descargó tres tiros de su revólver en contra de la mujer porque ésta comenzó a gritar que él era "paco", lo que le demostró que había sido reconocido por ella, ocurriéndole a él otro tanto; después descargó los dos últimos

tiros de su arma en contra del hombre que ya había sido herido con su primer disparo. Declarando ante Carabineros, expresó que fue visto por sus víctimas porque otro auto le iluminó cuando se acercaba al Taunus, dejándose además constancia en el Parte que este vehículo se halló con su parabrisas quebrado, como aparece en la fotografía de fojas 35;

8º) Que tal confesión comprueba la participación del reo Sagredo, en calidad de autor, en los homicidios calificados de que se trata; los informes de autopsia corroboran sus dichos respecto de número y clase de disparos que produjeron sus heridas mortales; los ocupantes del otro vehículo, Carlos Suez y su pareja reconocen a fojas 55 y 971, y a fojas 936 y 972 que vieron pasar a un solo sujeto, por detrás de su auto, tal como lo expresara Sagredo y por último los informes balísticos de fojas 848, 1.772 y 1.882 demuestran al menos que los seis proyectiles hallados en las víctimas y en el lugar del suceso fueron disparados con la misma arma, un Colt .38 con rayado a la izquierda, pudiendo haberlo sido con el revólver de Sagredo que tiene esas características. Hay pues coincidencias entre las circunstancias confesadas con las establecidas.

Posteriormente este reo, a fojas 930, modificó su declaración expresando que el delito lo cometió con el Cabo de Carabineros Juan Quijada con quien había perpetrado anteriormente diversos otros robos en que no hubo resultado de muerte, añadiendo que él le suministró su revólver Colt y que fue Quijada quien precipitadamente disparó con él en contra de la pareja, en la playa de Marga-Marga, confesión que naturalmente no lo liberaría de responsabilidad, pero, aparte de que Quijada negó tal participación, ocurre que fue éste quien denunció a Sagredo y a Topp ante sus superiores —así lo dicen éstos a fojas 962, 964, 987 vuelta— como los posibles autores de los diversos

delitos que tenían alarmada a la población, lo que explica la inculpación que le formula Sagredo a Quijada, debiendo recordarse que Carlos Suez y la mujer que le acompañaba esa noche, vieron momentos antes de los disparos, pasar por detrás de su vehículo a un solo sujeto y no a dos como habría ocurrido de ser cierta la última versión de Sagredo.

Por último, procede rechazar, como lo hace el fallo apelado, el descargo que pudo emerger de las conclusiones del peritaje de fojas 140, del Laboratorio de Criminalística, que cree descubrir en los proyectiles recuperados en este caso, huellas similares a las que deja el Colt .38 Diamondback de propiedad de Luis Gubler, conclusiones que resultaron comprobadamente erróneas según fluye de los peritajes que rolan a fojas 848 y 1.121; por lo demás Sagredo reconoce que los disparos se hicieron con su revólver Colt;

9º) Que en autos se reunieron diversos antecedentes que el fallo sintetiza en sus fundamentos 41 y 42 que acreditan que la noche del 25 de mayo de 1981, se perpetró una sucesión de delitos, a saber: a) delito de robo con homicidio de Luis Morales; b) homicidio calificado de Jorge Inostroza; c) violación con intimidación y aún con violencia de la acompañante de éste, Margarita Santibáñez; y d) destrucción mediante el fuego del taxi Peugeot que manejaba Luis Morales; delitos encuadrables, respectivamente, en los artículos 433 N° 1, 391 N° 1, 361 N° 1 y 477 N° 1 del Código Penal, atendida respecto de este último, la tasación de fojas 1.639;

10) Que en efecto, en relación con los delitos signados recién con las letras a) y d), los antecedentes que se reseñan en el motivo 41 de la sentencia de primera instancia, comprueban que esa noche se dio muerte a Luis Morales, taxista a cargo de un automóvil Peugeot de propiedad de

Fernando Olivares, cuyo cadáver se halló frente al Club Granadillas de Viña del Mar, en un botadero de escombros, presentando tres heridas de balas, disparadas con revólver del 38: un proyectil penetró por su espalda y dos por el tórax anterior, comprobándose el despojo de todo su dinero. El taxi se encontró en otro lugar, entre Las Achupallas y el camino Troncal, frente a la Población Miraflores, desbarancado y destruido por el fuego.

De esas probanzas resulta evidente que los hechores dieron muerte a Luis Morales para sustraerle el dinero que portaba y apoderarse del automóvil que manejaba (los autores reconocieron, como se señalará, que se pusieron de acuerdo ese día para salir a robar), de modo que se trata del delito de robo con homicidio de Luis Morales que instituye y sanciona el artículo 433 del Código Penal en su número 1º, aparte del delito de incendio del vehículo de que se apoderaron los reos y que sanciona el artículo 477 en su número 1º, atendida su tasación;

11) Que en cuanto al delito de homicidio calificado de Jorge Inostroza y al delito de violación de Margarita Santibáñez referidos bajo las letras b) y c) en el motivo 9º precedente, las probanzas que se sintetizan en el fundamento 42 del fallo apelado son bastantes para acreditarlos. En efecto, tocante al homicidio de Inostroza, su cadáver presentaba una herida a bala de calibre 38 que penetró en el tórax anterior y salió por el posterior, perforando en su trayectoria el corazón y el pulmón izquierdo lo que causó su muerte. Margarita Santibáñez, testigo de este hecho, expresa que la noche del 25 de mayo de 1981, cuando se movilizaba en el automóvil de Inostroza, que éste manejaba, de regreso de Viña del Mar, fueron interceptados por dos sujetos que iban en un taxi Peugeot, los que mantenían sus rostros cubiertos con gorros pasamontañas, y portaban revólveres; añade que és-

tos obligaron a Inostroza a bajarse de su auto, oyendo que uno de ellos lo conminaba a que le entregase lo que tenía en sus bolsillos y luego de hacerlo caminar hacia un montículo de arena, le hicieron dos disparos frente a un poste de cemento que ahí existe, teniendo la impresión que el primero no dio en el blanco; y en lo que se refiere a la violación de que se la hizo víctima, respecto de la cual el legista verificó huellas en la rodilla y muslos y congestión en su órgano genital, añade que los hechores la obligaron a trasladarse al Peugeot y que uno de ellos, el más bajo y más flaco la violó, mientras el otro sujetaba a su guagüita en el asiento de atrás; aquél echó de menos uno de sus guantes que se había quedado enredado en una pierna de su pantalón, pero él la obligó a buscarlo y así lo recuperó.

En cuanto al homicidio de Inostroza, no se logró establecer completamente la sustracción a que alude Margarita Santibáñez, de manera que no se trata de un robo con homicidio pero, sí de un homicidio calificado puesto que los hechores tomaron de propósito y de antemano medidas para asegurar el resultado sin peligro para ellos: actuaron con sus rostros cubiertos y lo ultimaron con arma de fuego de que estaban provistos, sin darle oportunidad alguna de defensa, abusando de su superioridad y aprovechándose de la soledad del lugar como lo asegura Margarita Santibáñez, todo lo cual constituye alevosía. Este homicidio calificado fue seguido de violación, pero sin que los hechos constituyan un delito único;

12) Que los reos de la causa, Jorge Sagredo y Carlos Topp confesaron extrajudicial y judicialmente haber cometido la noche del 25 de mayo de 1981 la sucesión de delitos que en este fallo han sido asignados con las letras a, b, c, d; así lo reconocieron a fojas 531, 556, 557, 920 y 926 vuelta al expresar que ese día se pusieron de acuerdo para robar un vehículo

en que trasladarse con el fin de mirar parejas; que fue así como tomaron un taxi en Uno Norte de Viña del Mar que resultó ser manejado por Luis Morales, un conocido de Sagredo y después de dar algunas vueltas le ordenaron, en la subida de Santa Inés, que se desplazara en su asiento para que Topp tomase el manejo y como el chofer se pusiera sospechoso, Sagredo, que viajaba en el asiento de atrás, le disparó a Morales un balazo por la espalda; después lo sacaron del auto frente al Club Granadillas y lo arrojaron al lado del camino y ahora Topp le hizo otro disparo y a continuación le sustrajeron el dinero que llevaba consigo —unos \$ 800 producto de su labor de taxista— el que se repartieron entre ambos, apoderándose también del automóvil Peugeot; enseguida se dirigieron hacia Reñaca subiendo por Los Ositos; en Reñaca Alto encontraron un Fiat Ritmo detenido, con una pareja en el interior (Margarita Santibáñez expresa que los hechores les detuvieron cuando iban en marcha y que incluso ella había observado que venían persiguiéndoles desde el puente de Reñaca); agregan los reos en su confesión que obligaron al hombre (que resultó ser Jorge Inostroza) a bajarse del automóvil y que Sagredo le disparó dos tiros un poco más allá, frente a un poste de cemento; por último, reconocen que obligaron a la mujer a subirse al Peugeot y en una parte aislada del camino, Topp la violó, según lo asevera Sagredo, mientras él entretenía a la guagüita de la mujer. Topp sostiene que sólo intentó violarla, sin conseguirlo, pero aparte de la acusación de Margarita Santibáñez, de que fue violada y del cargo del co reo que alude a la consumación de ese delito, el legista constató que la mujer tenía señales de violencia en sus rodillas y muslos; por otra parte, tal como lo afirma la ofendida, al hechor se le había quedado un guante en una pierna de su pantalón y Topp desconoce la efectividad de este hecho.

Ambos reos admiten que abandonaron a la mujer y que ellos regresaron en el Peugeot el cual incendiaron y echaron quebrada abajo cerca de la Población Miraflores.

Tales confesiones comprueban la participación de ambos reos en los cuatro delitos en referencia, siéndoles comunicables los hechos en su totalidad dada la convergencia objetiva y subjetiva como accionaron y comunicable también su tipicidad. Su actuar corresponde al de actuar conforme a los N.os 1 y 3 del Art. 15 del Código Penal. En particular la violación también es reprochable a ambos, a uno porque la ejecutó y al otro porque concertados la presencié, sin contar su intervención atemorizante, siendo intrascendente que Margarita Santibáñez en rueda de presos no los haya reconocido (fojas 820 vuelta) lo que es explicable ya que actuaron con sus rostros cubiertos y era de noche.

En particular en cuanto al robo con homicidio de Luis Morales, también constituye un cargo que corrobora las confesiones aludidas, el resultado de los informes balísticos: fojas 367, 848 y 1.882, en que se concluye que el proyectil recuperado y que se relaciona con la muerte de aquél, tiene las huellas que deja un revólver como el de Topp, con su rayado hacia la derecha, debiendo recordarse que Topp, poseedor de un Taurus con ese rayado, fue quien disparó a Morales un último tiro que lo remató.

Finalmente la retractación de Topp de fojas 1.000 no puede ser oída por no cumplir con las exigencias legales para darle valor y atendido los demás cargos que existen en su contra.

13) Que con los antecedentes a que se aludirá enseguida resulta comprobada una nueva sucesión de delitos perpetrados en otra fecha que en la anterior, la

noche del 28 de julio de 1981, a saber: I) robo con homicidio del taxista Raúl Aedo, y II) robo con homicidio de Oscar Noguera y con violación mediante intimidación de Ana María Riveros;

14) Que en efecto en lo que atañe al robo con homicidio signado con el ordinal I), con las probanzas pertinentes acumuladas en los autos y que el fallo apelado reseña en su fundamento 53, examinadas en conciencia, se acredita que la noche referida —28 de julio de 1981— se dio muerte al taxista Raúl Aedo con tres balazos de revólver cuyos proyectiles penetraron por su espalda produciéndole lesiones que determinaron su muerte; su cadáver se halló al día siguiente en el sector La Herradura del camino a El Olivar despojado del dinero producto de su labor de taxista y además los hechos se apoderaron del auto Pony a su cargo, de propiedad de Harry Bailey, vehículo que se halló con su parabrisas destrozado, en un lugar distinto que aquél de su sustracción, en el mismo punto en que se encontró el cadáver de Oscar Noguera.

Resulta natural concluir de esos antecedentes, que se dio muerte a Raúl Aedo para sustraerle su dinero y apoderarse del automóvil marca Hyundai, modelo Pony que manejaba, o sea que se le mató para robarle, hecho que configura el delito de robo con homicidio del mencionado Aedo;

15) Que por otra parte, con las probanzas relacionadas en el motivo 59 se comprueba, respecto de los hechos delictuosos signados bajo el ordinal II), que, esa misma noche, en otro lugar, en la llamada cuesta del Pangal, dos individuos que se movilizaban en un auto Pony, y que tenía su parabrisas quebrado (el sustraído a Raúl Aedo), interceptaron un auto Subaru en que viajaba su dueña Ana María Riveros acompañada de Oscar Noguera; esos sujetos que mantenían su

rostro cubierto con gorros pasamontañas y que andaban armados de revólveres, según lo sostiene Ana Riveros (fs. 167, 182, 261, 572 y 1.179 vuelta), obligaron a Noguera a descender del Subaru y haciéndolo alejarse algunos pasos, uno de ellos le disparó dos tiros, comprobándose posteriormente que Noguera falleció víctima de un proyectil que le penetró en la cavidad craneana y otro en la región pulmonar; a continuación, los hechores obligaron a Ana María Riveros a sentarse en el asiento trasero de su Subaru y alejándose un tanto con ella, realizaron el acto sexual, actuando en contra de su voluntad, mediante intimidación. Por último los hechores le sustrajeron a ésta un reloj pulsera y se llevaron su auto Subaru dejándola abandonada en el camino, y junto con el automóvil se llevaron también otro reloj que mantenía en la guantera, y además, el portadocumento estilo James Bond con cassettes y la máquina fotográfica, de Oscar Noguera. En el Subaru se hallaron manchas de semen humano.

Estos nuevos hechos configuran el delito de robo de especies de Oscar Noguera y de Ana María Riveros con homicidio de aquél y violación de ésta. La violencia en el robo puede ser ejercitada antes, durante o después de la sustracción y en este caso se dio muerte a Noguera para robarle, lo que hicieron después de balearlo al llevarse su maletín con cassettes y su máquina fotográfica (no se acreditó completamente que por intimidación Noguera les entregase dinero como Ana María Riveros lo afirma) y para robarle también a la señora Riveros. Hay en este caso una evidente conexión ideológica entre la violencia y la sustracción; aquélla se realizó para robar, y en cuanto a la violación de Ana María Riveros, ello ocurrió con "ocasión" del robo, de modo que robo, homicidio y violación como en el caso del doctor Sánchez, constituyen un solo delito encuadrable en el artículo 433 número 1 del Código Penal;

16) Que en relación con el robo con homicidio de Raúl Antonio Aedo signado con el numeral I) en el fundamento 13 anterior, los reos de la causa, Sagredo y Topp Collins confesaron haberlo cometido; manifestaron extrajudicial y judicialmente —fs. 537, 541, 544, 549, 556, 557, 682, 920 y 926— que ambos se pusieron de acuerdo para robar y apoderarse de un automóvil y para ello abordaron un taxi Pony en la calle Quillota de Viña del Mar, haciéndose conducir hasta la Población Canal Beagle y ahí, bajo un paso nivel, Sagredo se bajó momentáneamente del automóvil y Topp que estaba de acuerdo con él en cometer el robo, le disparó por la espalda al taxista; enseguida se dirigieron en ese auto por el camino El Olivar y arrojaron al chofer en una quebrada después de quitarle su dinero, y como observaran que aún estaba vivo, Sagredo le "remató" con otro tiro. El Pony de que se apoderaron fue hallado en un lugar distinto, en el Pangal, con manchas de sangre en su asiento delantero y con su parabrisas quebrado.

Dichas confesiones se hallan corroboradas por los dichos de Guillermo Cuevas, fojas 235, 1.109 y 1.111, quien sostiene que la noche del 28 de julio de 1981 y cuando él manejaba un camión Tolva, observó que en el lugar llamado La Herradura del camino El Olivar, estaba detenido un automóvil taxi Pony con sus luces encendidas, divisando que dos individuos arrojaron un bulto con reja y todo a una quebrada; luego esos sujetos se dirigieron en el Pony en su misma dirección, sobrepasándolo, pero un poco más allá lo encontró detenido y al ver que tenía su parabrisas completamente destrozado, se bajó con el fin de auxiliarlo, pero un individuo que permanecía de pie al lado del vehículo se subió precipitadamente en él, emprendiendo rápida carrera; y añade que el individuo que vio de pie esa noche al lado del Pony y a quien quiso auxiliar, tiene semejanzas fi-

sicas con el reo Topp que se le muestra. Asimismo corrobora la confesión de los acusados, las conclusiones a que llegan los informes balísticos de fojas 848, 1.774 y 1.882, en que se sostiene que el único proyectil hallado en el lugar en que se encontró el cadáver del taxista Aedo, tiene las características que deja al disparar el revólver Colt .38 de Sagredo.

Del mismo modo ambos reos confesaron extrajudicial y judicialmente ser autores del homicidio de Oscar Noguera y robo subsiguiente de especies suyas y de Ana María Riveros y violación de ésta: fojas 537, 544, 556, 557, 920 y 926 vuelta. Dijeron, en síntesis, que después de la muerte del taxista del auto Pony se apropiaron del vehículo y en él se movilizaron en dirección a Reñaca encontrando en el Alto un automóvil Subaru que manejaba una mujer; hicieron bajar a su acompañante y uno de ellos lo conminó a entregarles el dinero que llevaba consigo, unos tres mil o cuatro mil pesos y un poco más allá, le disparó dos tiros, dándole muerte; después se llevaron a la mujer en su auto Subaru a una parte más solitaria del camino y ambos la violaron y dejándola ahí, regresaron en ese automóvil a Valparaíso en donde lo abandonaron. Sagredo se quedó con el maletín James Bond y con la máquina fotográfica que estaban en el vehículo y Topp con un reloj con cadena de gargantilla, especies que fueron recuperadas en poder de ellos. El procesado Topp Collins culpó inicialmente de los disparos a Sagredo pero terminó por reconocer que fue él quien los hizo, concordando con Sagredo: fojas 753 vuelta. Tales confesiones comprueban la participación de los reos Topp y Sagredo en el robo con homicidio y violación de Oscar Noguera y Ana María Riveros, máxime que se hallan corroboradas por otros antecedentes: Ana María Riveros dice que esa noche los hechos les dieron alcance cuando se movi-

lizaban en un auto Pony agregando que presenció cuando uno de ellos asesinó a su acompañante Oscar Noguera, denunciando su propia violación cometida por esos dos sujetos y la sustracción de dos relojes suyos, de su automóvil Subaru y también de un maletín James Bond con cassettes y una máquina fotográfica de propiedad de Noguera, especies y automóvil que fueron recuperados y que son los que se le muestran y cuyo dominio se acreditó por su dicho y otras declaraciones que el juez consigna en su fallo. Por último, el proyectil encontrado en el cadáver de Noguera, según informe pericial de fojas 848, 1.774 y 1.882 corresponde al revólver Taurus de Topp Collins, con sus rayado a la derecha;

17) Que, en relación con todos estos delitos, o sea, con el robo del auto Pony, con homicidio de su conductor Raúl Aedo y con el robo de especies, con homicidio de Oscar Noguera y con violación de Ana María Riveros, cabe añadir que inicialmente y a consecuencia de errores en que se incurrió en las pesquisas que, practicó el Servicio de Investigaciones, se inculpó de ellos a Luis Gubler Díaz, incluyéndose un informe del Laboratorio de Criminalística de fojas 1.515 (103-B) que apoyaba esa conclusión, acompañándose además las declaraciones de Jorge Yaser y Carlos Leiva que constituían cargos en su contra.

En relación con el peritaje de fojas 1.515 cabe desechar sus conclusiones en lo que toca al homicidio de Noguera porque el proyectil recuperado corresponde a un revólver de estrias a la derecha y ningún Colt lo tiene en ese sentido; pudo ser disparado por un revólver Taurus y en el informe de fojas 848 se consigna que el proyectil tiene huellas primarias y secundarias que pueden corresponder a las que deja al disparar el Taurus que poseía el reo Topp N° 326.340.

En cuanto al proyectil recuperado en el lugar en que se halló el cadáver de Aedo, efectivamente corresponde a un revólver de estrías hacia la izquierda, pero por una parte, especialistas del propio Laboratorio de Criminalística al declarar, reconocieron que las huellas del proyectil en cuestión no son de tal naturaleza que permitan atribuirlo al Colt Daimonback de Luis Gubler como se asevera en el informe de fojas 1.515; por otra parte, en el dictamen de fojas 848 antes aludido se describen huellas que hacen pensar a los peritos que pudo ser disparado con el Colt .38 de Sagredo, de número 115.012, debiendo recordarse que los reos reconocieron que ambos dispararon sus armas en contra de Aedo, y que finalmente el dictamen de fojas 1.121 es categórico en afirmar que ninguno de los proyectiles dubitados que han sido recuperados con ocasión de los distintos delitos que se investigan fue disparado con el revólver Colt .38 Daimonback número D 9.688 de Luis Gubler.

Queda descartado, pues, el uso de este revólver en el caso de los dos robos con homicidio de que se trata.

Aún cabe añadir en relación con estos robos que resultó fehacientemente comprobado que a la hora aproximada en que se cometieron, Luis Gubler se hallaba en Santiago participando en una sesión de un banco del que era Director, situación de la que se hace cargo el fallo apelado. De ahí que no procedía sino desechar las declaraciones del testigo Jorge Yaser (fojas 521 y 825) que creyó ver el día del suceso viajando en el Pony de parabrisas quebrado a dos sujetos uno de los cuales habría sido el inculpado Gubler, y el dicho de Carlos Leiva (fojas 521 y 827 vuelta) que afirma que vio bajarse del Subaru cuando se le abandonó en una calle de Valparaíso, a un sujeto que después en rueda de presos dijo reconocer a Luis Gubler, testimonios en total

desacuerdo con el dicho de los reos que reconocen que fueron ellos los que dieron muerte a Aedo, chofer del taxi Pony y los que se trasladaron en él hasta el lugar en que encontraron a Noguera con Ana María Riveros y en cuanto reconocen que después de dar muerte a Noguera y de violar a Ana María Riveros, se movilizaron en su auto Subaru hasta Valparaíso en donde ellos lo abandonaron, aparte del hecho de haberseles hallado en su poder las especies sustraídas a Noguera y a Ana María Riveros.

Dado lo anterior, ningún valor tiene la circunstancia de que Ana María Riveros en rueda de presos haya sindicado al principio a Gubler como uno de sus asaltantes pero advirtiendo que no los reconocía por su físico sino por la voz: fojas 520; al repetir algunas palabras que se le ordenó.

El juez discurre sobre todos estos descargos y los desestima fundadamente en sus consideraciones 57 y 58;

18) Que, con el mérito que cabe dar a las probanzas que se sintetizan en el motivo 67 del fallo de primera instancia, resulta comprobado que en la madrugada del primero de noviembre de 1981 fueron muertos con proyectiles de revólver calibre 38, Octavio Ventura y Roxana Ester Venegas, debajo del puente Capuchinos, en Viña, recibiendo el primero un impacto que penetró en la cara posterior del hemitórax izquierdo, o sea, por su espalda, y la segunda una que penetró por el hemitórax anterior, proyectiles que lesionaron órganos vitales que les causaron su muerte. Se trata de disparos hechos por un tercero y por tanto de delitos de homicidio cuya calificación se indicará;

19) Que, hay antecedentes para concluir que Jorge José Sagredo —que como se verá enseguida, está confeso de ser

autor de estos delitos— procedió con premeditación que resulta conocida, al seguir un plan evidentemente preconcebido y madurado con anticipación; en efecto, un poco antes del suceso hizo creer a cuatro jóvenes, a Eduardo Avila fs. 743, 749 y 751, a Marco Rodríguez fojas 745, 749 y 751 vuelta, a Sergio Parraguez fojas 746 y 749, y a Héctor Lisandro Escobar fojas 747, 749 y 750, que pretendieron alojarse debajo del puente Capuchinos, que estaba prohibido hacerlo ahí y que debían desplazarse al extremo norte de esa playa, pero ocurrió que aquí fueron interceptados por Adrián Segundo Contreras, fojas 1.553 vuelta, quien les hizo saber que en esa parte no podían alojar y cuando le advirtieron que sin embargo así se les había dicho, les manifestó que él era el único autorizado para cuidar la playa, razón por la que volvieron al lugar del Puente y después de silbar, apareció el mismo sujeto referido al principio y aunque le expresaron que no había prohibición de alojar ahí, los conminó para alejarse (así lo reconoce Sagredo a fojas 750, 750 vuelta, 751 y 752); divisándose claro de esta conducta, su propósito de enfrentar solo, sin testigos, a la pareja que luego atacó y que sin duda estaba observando en sus relaciones amorosas. Este sujeto que fue reconocido en rueda de presos por los aludidos jóvenes (fojas 749), obró, pues, con premeditación conocida, lo que califica los homicidios en cuestión.

Por otro lado es evidente, como lo significa el fallo en su fundamento 71, que el hechor debió actuar en forma sigilosa para coger desprevenida a la pareja e impedir que huyeran o se defendieran, atacando casi de inmediato al muchacho al que le disparó por la espalda; es decir, actuó con cautela para asegurar su propósito y el arma de que estaba provisto le aseguraba su impunidad, lo que constituye alevosía, concurriendo así otro motivo que según la ley califica el delito de homicidio;

20) Que, como se ha enunciado, Sagredo confesó en forma extrajudicial (fojas 542) haber sido el autor de estos delitos y después de algunas negativas los reconoció judicialmente a fojas 752, admitiendo que disparó contra el joven cuando huía, o sea por su espalda después que éste le derribó sorpresivamente, y que con la joven, que estaba atemorizada tuvo relaciones sexuales, pero que al reaccionar ésta, e irsele encima, se le salió un tiro que la mató. El juez en sus reflexiones no da crédito a esta versión y no admite, dadas las circunstancias, que las víctimas, gente muy joven, se hubiesen atrevido siquiera a atacarlo, y por lo demás, en derecho penal no se acepta la legítima defensa en contra de la defensa legítima y de esta naturaleza habría sido la supuesta reacción de las víctimas.

Posteriormente Sagredo se retractó (fojas 2.432) culpando a dos sujetos que no conocía como los hechores, aunque reconociendo que Gubler le había ordenado que limpiase el lugar, por lo que tuvo que darle cuenta que no podía actuar esa noche, pero, como lo señala el fallo apelado, no concurren las exigencias legales para dar crédito a esa retractación, aparte de que los jóvenes aludidos en el fundamento 19, manifiestamente lo inculpan y que el mencionado Gubler—fojas 2.468 y 2.471 vuelta— negó conocer siquiera a Sagredo y mucho menos haberle hecho alguna proposición como la que aquél señala. Es oportuno recordar que Sagredo a fojas 665 vuelta había expresado no conocer a Luis Gubler respecto de quien se le interrogaba, agregando, que aparte de haber obrado con Topp en algunos delitos y solo en otros, no existen más autores y cómplices en estos hechos, y otro tanto habían expresado Sagredo y Topp al declarar ante Julio Oscar Urzúa, oficial de Carabineros según diligencia de fojas 987 vuelta.

Finalmente interesa consignar que Sagredo en su referida declaración de fojas

2.432, alude a gruesas sumas de dinero entregadas por Luis Gubler para él y para Topp por actos de "limpieza" que le obligaba a realizar y así alude a sucesivas entregas por \$ 20.000, \$ 50.000, \$ 50.000 por \$ 100.000, \$ 50.000 por \$ 200.000 y por \$100.000, aparte de otras sumas que le proporcionaba a sus compañeros, y sin embargo, aparece del proceso que Topp y Sagredo se apropiaron en general de especies de escaso valor en sus distintos robos, declarando en varias ocasiones que lo hicieron debido a su estrechez económica (por ejemplo, declaración de fojas 556 vuelta) lo que induce una vez más a restarle todo valor a la nueva versión de Sagredo, de fojas 2.432, máxime que Topp aludido por éste expone a fojas 2.440, que no conoce a Luis Gubler, que nunca ha tratado con él y menos ha recibido dinero de su parte;

21) Que, en estos autos, con las pruebas recogidas por el Ministro Instructor y que como fallador sintetiza en el fundamento 73, se halla acreditado que el 30 de junio de 1980, como a las 21.30 horas, en circunstancia de que Emilio Martínez se hallaba en su automóvil acompañado de Berta León, en la Avenida Sporting de Viña, fueron sorprendidos por un sujeto con su rostro cubierto con bufanda y jockey y armado de revólver, quién les exigió la entrega de dinero y especies y así fue como se apoderó de su reloj pulsera y, cuando Martínez quiso defenderse, le disparó un tiro, ocasionándole una herida que demoró en sanar entre 50 y 60 días. La violencia se ejerció con "ocasión" de la sustracción y la gravedad de la herida da a aquella sustracción el carácter de robo calificado en los términos del artículo 433 N° 2 del Código Penal y no de robo simple del artículo 436 a que aludía el motivo 73 antes de su modificación;

22) Que, el procesado Sagredo confesó a fojas 557, 926 vta. (927 vta.) y 1.221,

que fue él quien disparó la noche aludida en contra del automovilista que había estacionado su vehículo en la Avda. Sporting, actuando con su rostro cubierto con una bufanda y usando un jockey, que es el mismo que se recuperó y que se le muestra; que su intención era robarle como también a la mujer que le acompañaba, pero que nada le halló, disparando en contra del hombre cuando éste trató de irsele encima. Esta confesión, como lo señala el juez, acredita la participación de autor del encausado Sagredo en el hecho en cuestión; desde luego, reconoce que disparó en contra del hombre que resultó ser Emilio Martínez, lo que constituye un acto de violencia y la sustracción misma, negada por el procesado se acredita con las declaraciones de los ofendidos y, mediante testigos se comprueba la preexistencia y dominio de lo sustraído. En su confesión extrajudicial, fojas 539, (fojas 538) dijo que la pareja realizaba el acto sexual en el asiento de atrás de un coche grande y antiguo cuando él los sorprendió;

23) Que, en relación con este delito, existen algunos cargos que aunque inconsistentes es necesario analizarlos. En el informe balístico de fojas 130 se llega a la conclusión atendida la coincidencia de huellas primarias y secundarias en relación con el revólver Colt .38 (spl) N° D 9.688 modelo Daimondback de propiedad de Luis Gubler que con esta arma se disparó el proyectil con que se hirió a Emilio Martínez, conclusión a que se arribó según el Jefe del Laboratorio que lo expidió, señor Hugo Díaz, que declara a fojas 1.391 vuelta, después de considerar el estudio que practicó el F.B.I. de Estados Unidos cuyo informe rola a fs. 1.223 y su traducción a fojas 1.226, pero, en este estudio se expresa que los proyectiles dubitados no tienen huellas o evidencias suficientes para atribuirlos a una determinada arma, siendo eso sí de calibre 385 y 357 Wagnun, de suerte que no corres-

pondría atender al informe del FBI para llegar a la conclusión del informe de fojas 130. Por otra parte, en el informe de fojas 848 y refiriéndose al proyectil recuperado en el caso de Martínez, se expresa que hay coincidencias de huellas primarias y secundarias que hacen posible que se disparase con el Colt .38 N° 115.012 (o sea el perteneciente a Sagredo), pero por sobre todo, en el informe de fojas 1.121 emitido por tres técnicos ingenieros militares, señores Echeverría, Cavada y Almazábal, se sostiene que ninguno de los proyectiles dubitado y recogidos (19 proyectiles) fue disparado por el revólver Colt .38 N° D 9.688 que pertenece a Luis Gubler. De los 19 proyectiles, descartaron de plano a 7 de ellos de rayado a la derecha pues los Colt y entre éstos el Daimonback lo tiene a la izquierda; descartaron además fundadamente los proyectiles que signaron 4-A y 4-B porque las huellas de campos y estrías que se observan en su manto tienen un ancho de 1,3 y 3,2 mm., respectivamente, que no corresponden a las medidas registradas en la aludida arma, medidas que efectuó el Instituto de Investigaciones y Control del Ejército; y respecto de los 10 proyectiles restantes, las huellas secundarias que deja aquella arma, no coinciden con las que presentan esos proyectiles. Tal como en el caso de Enrique Gajardo, en que se evacuó inicialmente un informe semejante al de fojas 130, los que lo suscriben insisten en su predicamento (informes de fojas 1.133, 1.134, 1.135, 1.136, 1.138 y 1.139), rebatidos a su vez en la complementación de fojas 1.319 a 1.323 por los que emitieron el informe de fojas 1.121 y confirmado aun por sus declaraciones de fojas 1.324, 1.324 vuelta y 1.325, cuyas conclusiones el Tribunal acepta plenamente.

Por otra parte, Emilio Martínez y Berta León según diligencias de fojas 519, 520 y 520 vuelta, creyeron reconocer a Luis Gubler como su asaltante, pero só-

lo por el parecido de la voz ya que era de noche, el hechor usaba un jokey y su rostro aparecía embozado en una bufanda; agregan que Gubler les fue mostrado por los investigadores quienes les aseguraron que era el asaltante, lo que indignó a éste y entonces por la voz les pareció en cierto porcentaje que pertenecía al hechor. Tan irregular cargo o reconocimiento fue desestimado con razón por el juez, máxime que resulta contrario a la razón suponer a Gubler, que es una persona de situación económica no despreciable, autor del robo de un reloj pulsera usado y disparando con un revólver que se estableció que no era el suyo.

Se mantiene, pues, con pleno valor, la confesión del procesado Sagredo referida en el fundamento 22, de que fue él quien disparó la noche del 30 de junio de 1980, con su revólver Colt, en contra de un individuo que había estacionado su automóvil modelo antiguo, en la Avenida Sporting de Viña viéndose obligado a hacerlo porque aquel pretendió atacarlo, negando, eso sí, haberles sustraído algo porque nada les encontró. La sustracción misma, como se expuso, resultó establecida por otros medios;

24) Que, las probanzas que se sintetizan en el fundamento 78 del fallo apelado, comprueban que en la madrugada del 26 de junio de 1980, dos sujetos armados de revólveres y con sus rostros cubiertos con gorros pasamontaña, interceptaron a Juan Espinoza y a su cónyuge Flor María Osses en la calle Limache de Viña del Mar e intimidándolos se apropiaron del reloj pulsera de Espinoza y de su dinero, que los denunciantes aseguran alcanzaba a la suma de \$ 8.000, delito que ha sido calificado certeramente de robo con intimidación encuadrable en el artículo 436 del Código Penal.

Los reos Topp y Sagredo reconocieron extrajudicialmente a fojas 537 y 544 y

judicialmente Topp a fojas 920 y 956 y Sagredo a fojas 926 vuelta y 956 que fueron ellos los que asaltaron a ese matrimonio, si bien Topp sostiene que lo sustraído solamente alcanzó a la suma de \$ 400. Estas confesiones comprueban su participación de autores en el delito enunciado, no teniendo influencia en su calificación el mayor o menor valor de lo sustraído por tratarse de un robo con intimidación;

25) Que con las probanzas que se analizan en el motivo 81 del fallo en estudio, se encuentra acreditado el hecho que consigna, esto es, que la noche del 26 de junio de 1980 (la misma del robo a Juan Espinoza, recién referido), dos sujetos armados de revólveres y que usaban gorros pasamontaña, pretendieron robar en el servicentro Copec de Avenida Uno Norte Nº 2.399 de Viña del Mar, introduciéndose uno de ellos en la caseta del bombero Oscar Morales, pero éste se resistió y no se dejó reducir a pesar de ser golpeado con puños y con un revólver, logrando incluso arrebatarse el gorro pasamontaña de color azul, y por este motivo y por la llegada de autos al servicentro, ambos hechos emprendieron la fuga. Se trata de un delito frustrado de robo con violencia que corresponde sancionar como consumado de conformidad a la ley;

26) Que, los reos confesaron el intento de robar en el servicentro Copec de Avenida Uno Norte en la fecha apuntada tanto extrajudicialmente —fojas 538 y 544— como judicialmente: fojas 556, 557, 920, 926 y 956, reconociendo que la noche del 26 de junio, después de asaltar a la pareja de calle Limache (Juan Espinoza y su cónyuge), se dirigieron por el puente Lusitania a la Avenida Uno Norte con la intención de robar en el servicentro Copec, pero el cuidador se resistió impidiendo la sustracción; es decir, confiesan la comisión del delito frustra-

do de robo. Por lo demás, Juan Espinoza expresa que cuando se disponía a denunciar el delito de que se le había hecho víctima momentos antes, se impuso de este asalto al servicentro, constatando que el bombero estaba herido, pero que les había arrebatado uno de los gorros pasamontaña, de manera que la autoría de los reos no es dudosa;

27) Que, en autos se encuentra comprobado con los antecedentes que se sintetizan en el fundamento 85 del fallo en alzada, que la noche del 22 de julio de 1980, en el lugar de Sausalito, fue asaltado Jaime García por dos sujetos que portaban revólveres, disparándole uno de ellos al cristal lateral de su automóvil Subaru 600; luego le hicieron salir del vehículo y le obligaron a botarse en el suelo boca abajo, oportunidad en que se apoderaron de su reloj pulsera marca Fortis, el mismo que fue recuperado de poder de Topp, quien lo estaba usando y respecto del cual depusieron testigos para acreditar su dominio. Jaime García resultó lesionado en la frente, herida que incluso verificó el tribunal, agregando el denunciante que los hechos lo introdujeron en la caja maleta de su auto después de botarle al agua el repuesto y que enseguida se fueron. Tales hechos, como lo consigna ese fundamento 85, configuran el delito de robo de especies de Jaime García con violencia e intimidación en su persona que sanciona el artículo 436 del Código Penal.

Los reos de la causa, Topp Collins y Sagredo, reconocieron (fojas 664, 665, 920, 926 y 1.220 vuelta) haber perpetrado este delito de la manera denunciada; el reloj se halló en poder del primero y el ofendido sostuvo que los hechos eran personas de físico parecido al de los reos (fojas 1.263 vuelta), pero cuyos rostros no vio porque los cubrían con gorros pasamontañas;

28) Que, con diversas probanzas producidas en la causa y que el juez examinó en el fundamento 88, se encuentra establecido, por otra parte, que la misma noche del 22 de julio de 1980 en que le robaron a Jaime García y en el mismo Sausalito, los dos sujetos armados de revólver y con gorro pasamontaña, sorprendieron en relaciones amorosas a Raúl Rojas y a su amiga Adelina López en el automóvil Fiat 600 de propiedad del primero y amenazándolos y golpeando a Rojas, les sustrajeron sus respectivos relojes pulseras, apropiándose además de una máquina filmadora que fue recuperada por la policía y luego, cuando regresó Hugo Aragón, sobrino de rojas, que se había alejado del auto, le robaron también su reloj pulsera.

Tales hechos configuran el delito de robo con intimidación, artículo 436 del Código Penal, como lo consigna el motivo 89 del fallo en análisis, de objetos cuya preexistencia y dominio resulta acreditada en el proceso;

29) Que, los reos Topp y Sagredo confesaron ser los autores de este nuevo delito de robo a los ocupantes del Fiat 600, en el lugar de Sausalito, cometido pocos momentos después del ataque a otro (a Jaime García), aunque reconociendo sólo la sustracción de la máquina filmadora, la misma que fue recuperada —553— de poder de Jorge Sagredo (ella pertenecía a Vincenzo di Luca Gambarde-lla que la había entregado en comisión de venta a Raúl Rojas, el que se la pagó por cuotas a raíz de la sustracción). Estas confesiones que rolan a fojas 664, 666 y 920 —926 vuelta, acreditan su participación de autores en el robo de que se trata, comprensivo no sólo de la filmadora sino además de los tres relojes pulsera de los que según los denunciantes se apropiaron y cuya preexistencia y dominio se comprobó en los autos.

Sobre este robo a Raúl Rojas y otros, 'depone también el mencionado Jaime García a fojas 811, expresando que luego después que logró salir del portamaletas de su automóvil Subaru a raíz del delito de que le hicieran víctima en Sausalito, dos individuos armados y con gorros pasamontaña y con cuando regresaba, encontró a uno de sus asaltantes al lado de un Fiat 600, cuidando a un hombre que estaba completamente desnudo y que gesticulaba, mientras el otro estaba al parecer vialando a una mujer, pues ésta lanzaba gritos de auxilio dentro del vehículo. Esta supuesta violación no fue denunciada, pero el dicho de García es de todos modos un cargo sobre la participación de los reos en el delito de robo a los ocupantes del Fiat 600 la noche referida, aparte de la presunción legal que pesa en contra de Sagredo en relación con la filmadora hallada en su poder;

30) Que, los antecedentes que se reseñan en el motivo 96 acreditan el hecho que, en ese motivo, se califica de robo con fuerza en las cosas desde un lugar habitado de especie de Manuela Gómez. En efecto establecen que a ésta le fue sustraído desde su morada de calle Dos Oriente con Ocho Norte, de Viña, su televisor en colores marca Sony, hecho perpetrado con fuerza en las cosas la noche del 30 de mayo de 1981, especie que se halló en poder de Sagredo. Testigos de cargo agregan que el hechor penetró a la casa por una ventana que daba al patio y que para llegar a éste, debió hacerlo por la propiedad vecina, escalando la tapia mediante un cajón que fue hallado en el lugar.

Este reo confesó ser el autor del robo, 664 y 926 vuelta, y por lo demás como se ha consignado, el televisor sustraído se encontró en poder suyo: fojas 553; expresa que penetró al interior de la casa por una ventana que da al patio, apoderándose del televisor;

32) Que, por último, también se atribuyó al reo Sagredo el delito de ultraje a las buenas costumbres de que habría hecho víctima a una niña de sólo 11 años y a quien su madre habría dejado dentro de su automóvil detenido en calle Seis Oriente y asimismo el delito de tentativa de homicidio cuando el hechor disparó en contra de ésta que le perseguía, impactando en el automóvil, pero como lo consigna el fallo en sus fundamentos 91 a 95, no se logró establecer completamente el cuerpo de tales delitos, negados por el inculpado, de suerte que procedía su absolución en esta parte;

33) Que, en síntesis, de las consideraciones anteriores de esta sentencia y de los fundamentos reproducidos del fallo apelado, resulta que los reos Carlos Alberto Topp Collins y Jorge José Sagredo Pizarro, son autores (co autores) de **cinco** diversos delitos de robo con homicidio, algunos de ellos además con violación, a saber: a) robo con homicidio de Enrique Gajardo (de su automóvil); b) robo de especies de Alfredo Sánchez con homicidio de éste y con violación de Luisa Bohle; c) robo con homicidio de Luis Morales (de un auto y su dinero); d) robo con homicidio de Raúl Aedo (su dinero y un auto); y e) robo con homicidio de Oscar Noguera y con violación de Ana María Riveros (de especies de ambos y un auto de propiedad de la última).

Son autores, además, de cuatro delitos de robos con violencia o con intimidación en su caso, a saber f) robo de dinero con intimidación a Juan Espinoza y su cónyuge Flor María Osses; g) delito frustrado de robo en un servicentro Copec, con violencia en la persona de Oscar Morales; h) robo con violencia e intimidación a Jaime García de un reloj suyo; e i) robo con intimidación a Raúl Rojas, Adelina López y Hugo Aragón de especies suyas.

Resultaron ser autores, también, j) del homicidio calificado de Jorge Inostroza.

Por último igualmente lo son: k), del delito de violación de Margarita Santibáñez, (aparte de las dos violaciones ya referidas que integran sendos delitos de robos calificados (artículo 433 N° 1 del Código Penal); y l) incendio y destrucción de un automóvil Peugeot de Fernando Olivares

En total 12 delitos cometidos en común, (de ellos, 9 robos con violencia y de éstos a su vez, 5 robos con homicidio y un homicidio calificado);

34) Que el reo Jorge Sagredo Pizarro aparte de su intervención en los 12 delitos referidos en el fundamento anterior, entre los que se encuentran los cinco robos con homicidio y un homicidio calificado, es autor exclusivo de otros 4 delitos de homicidios calificados, a saber: ll) homicidio calificado de Mario Lagunas; m) homicidio calificado de Delia González; n) homicidio calificado de Jaime Ventura, y ñ) homicidio calificado de Roxana Venegas; (aparte del homicidio calificado de Jorge Inostroza que cometió con Topp, señalado en la letra j).

Finalmente, también es autor: o) del robo calificado de Emilio Martínez, (433 N° 2 del Código Penal); y p) del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, de un televisor a colores de Manuela Gómez.

En total, 6 delitos más, y entre ellos 4 homicidios calificados, aparte de los 12 aludidos en el fundamento anterior desde la letra "a" a "l", inclusives y que comprenden, como se ha dicho, los 5 robos con homicidio aludidos y un homicidio calificado, el de Jorge Inostroza.

35) Que los reos y sus defensores han formulado objeciones relacionadas con los delitos que se les atribuye, o con su

comprobación y calificación o con su real participación, sobre todo si se atiende a sus retractaciones y, en algún momento se hizo hincapié en cierta anomalía que presenta un informe balístico que ha sido considerado como cargo. Se ha alegado también que hubo intervención de terceros que no ha sido considerada y por último, se invocaron en favor de los reos atenuantes y eximentes y los acusadores adujeron determinadas agravantes.

El Fiscal en su dictamen de fojas 2.698, expresa su conformidad con el fallo apelado, con los delitos que establece, su calificación y participación de los reos y con las atenuantes y agravantes que acepta la sentencia, salvo en lo que se refiere a la pena aplicada por la violación a Luisa Bohle, en que solicita un aumento de la sanción por estimar que les afecta la agravante del artículo 12 N° 12 del Código Penal; además, se hace cargo de las observaciones formuladas a los informes periciales de fojas 1.820 y 1.882;

36) Que, en cuanto a la comprobación de los delitos atribuidos a los reos y a su calificación, debe estarse a lo consignado en cada caso en los fundamentos anteriores de este fallo y también a las consideraciones reproducidas de la sentencia de primera instancia, algunas de las cuales han sido enmendadas, y asimismo a las cuatro reflexiones que siguen;

37) Que, en relación con todos los delitos de robos con homicidio que se han dado por establecidos, o sea, en los casos de Gajardo, Sánchez, Morales, Aedo y de Noguera, se procuró demostrar que la violencia que ocasionaron sus muertes y las sustracciones que les siguieron y (en algunos casos hubo además violaciones), eran aglutinables dentro de la figura del robo con homicidio, pero como ello se discute particularmente en la contesta-

ción de fojas 2.199, y en la de fojas 2.212, es necesario hacerse eco de sus argumentos basados en la falta de conexión ideológica entre la violencia que causó la muerte y la apropiación que en cada caso habría sido un acto posterior y desligado de la violencia;

38) Que, el artículo 432 del Código Penal al referirse al robo consigna que el que se **apropia** sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro de cosa mueble ajena **usando** de la violencia o intimidación en las personas, comete robo. La violencia da el carácter de robo a la apropiación pero, siempre que ella **se use** para apropiarse, lo que supone una vinculación subjetiva o ideológica, de finalidad, pero advierte el legislador que la violencia o intimidación puede tener lugar antes del robo **para** facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad; artículo 433 inciso 1° del Código Penal.

Aun cuando la violencia constituya en sí, a veces, un delito (de lesiones o de homicidio), existiendo esa conexión se trata sólo del delito de robo: artículo 433 N° 1 y 2 y aun 436, delito único configurado por el legislador **sobre la base del robo**, esto es, del ataque a la propiedad, salvo la forma de parricidio que por tener señalada pena mayor no puede unificarse con el robo. La conexión ideológica en el caso del robo con homicidio o de ciertas lesiones gravísimas según el artículo 433 N° 1 fluye de la expresión de la ley "...cuando con **motivo... del robo** se cometiere, además, homicidio o ciertas lesiones que menciona"; "con motivo del "robo" o sea, **para robar con esa finalidad**; pero el art. 433 N° 1, incluso acepta una conexión objetiva entre la violencia y el robo al aludir a la "ocasión" diciendo "...cuando con ...**ocasión del robo**, se cometiere homicidio o ciertas gravísimas lesiones que señala", vale decir **al robar**, lo que constituye una conexión de tiem-

po y de lugar, que es objetiva. Asimismo con "ocasión" del robo (no naturalmente con esa finalidad) se puede cometer violación, caso en el cual la conexión objetiva subsume la violación en el robo (artículo 433 Nº 1). Y, ahora bien, en los casos de Gajardo y de Sánchez, en cada uno de ellos existió inmediatez entre la acción violenta y la sustracción de objetos suyos, es decir en cada caso, se trató de una sola acción compuesta de actos de ejecución parciales empezando por el acto de violencia y siendo el último de ellos el de la apropiación, y si la violencia se comete al sustraer, coetáneamente, en la misma acción, se trata del delito de robo con violencia, específicamente de robo con homicidio si ella causa la muerte; así se presumió en cada uno de estos casos, conclusión que se estimó reforzada al considerarse que en la mayoría de los ataques a las personas realizados por los reos (en 9 de los casos de agresión en común y en uno más cometido sólo por Sagredo) **junto** con el acto de violencia hubo despojo de especies de las víctimas, lo que constituye robo. Aún en el homicidio calificado del Marga-Marga en que se asesinó a Delia González, Sagredo expuso (fojas 930 vuelta) que se apoderó de su cartera y que la registró al otro lado del río y que al ser sorprendido por un extraño, la botó al agua. Y por otra parte Topp a fojas 704 sostiene que nunca tuvo en realidad la intención de matar y sí la de robar por su aflictiva situación económica.

Y en el caso del robo con homicidio a Luis Morales y del robo con homicidio a Raúl Aedo no puede argumentarse siquiera que no se trate de esta clase de delitos puesto que los reos confesaron que su propósito fue robar y apoderarse de sus vehículos, como efectivamente lo hicieron, y lo mismo cabe decir en el del robo con homicidio a Oscar Noguera, a quien de antemano los reos lo conminaron para que les entregase el dinero que

llevaba consigo, de manera que su intención era robarle y con esa finalidad ejercieron violencia en su persona lo que ocasionó su muerte;

38 (sic) Que se sostiene o alega que no ha podido haber robo en el caso del automóvil Austin Mini, de Gajardo, del Peugeot que manejaba Luis Morales, del Pony a cargo de Raúl Aedo y del Subaru de Ana María Riveros por cuanto los hechos, esto es los reos, no tuvieron la intención de apropiarse de ellos sino sólo de usarlos momentáneamente, lo que da lugar al denominado hurto de uso que nuestra legislación no incrimina. Para desestimar esta alegación hay que estarse a lo que se consigna en el fundamento 109 del fallo apelado, pero, además, debe considerarse que se trata de apoderamientos, violentos, impropios de toda forma de hurtos y recordarse que la expresión verbal rectora "se apropia" que emplea el artículo 432 del Código Penal para referirse a la acción que configura el hurto y el robo, no tiene el alcance que en derecho civil, en que es necesario para que ocurra apropiación, que medie un modo de adquirir, bastando para los efectos penales que el sujeto se apodere o sustraiga una cosa mueble ajena de la esfera de poder de quien la tiene como dueño, como poseedor o como mero detentador con ánimo de comportarse como dueño de ella (*animus rem sibi habendi*), siendo esto precisamente lo que en la especie sucedió pues los reos después de herir mortalmente a los taxistas en los tres primeros casos y en el último a Oscar Noguera, acompañante de la dueña del Subaru, se apoderaron de esos vehículos y comportándose como si hubiesen sido sus dueños, los utilizaron para movilizarse en ellos, trasladándose a otros lugares, sin intención alguna de restituirlos, pudiendo añadirse que, en uno de esos casos, en el del Peugeot que estaba a cargo de Luis Morales y que pertenecía a Fernando Olivares, lo destruyeron incen-

diándolo, y en otro, en el caso del Austin Mini de Enrique Gajardo, lo lanzaron finalmente por una quebrada, como es obvio con la intención de destruirlo.

Pero, de todas maneras, interesa agregar a mayor abundamiento, para desechar la alegación en estudio, que por lo menos en el caso de Luis Morales y de Raúl Aedo, los reos también les sustrajeron a éstos el dinero que llevaban consigo, producto de su trabajo de taxista y que, en el caso de Oscar Noguera, se apropiaron de su maletín James Bond con cassettes y de su máquina fotográfica y a Ana María Riveros a la que acompañaba cuando fue asesinado, le sustrajeron a lo menos uno de sus relojes, según se consignó oportunamente al analizar el respectivo robo con homicidio, aparte del auto Subaru, circunstancias que restan toda base a la alegación de que en estos casos no hubo robo porque no existió ánimo de apropiarse de los automóviles ya que respecto de esas otras especies no puede haber dudas de que los reos se apoderaron de ellas para incorporarlas a su patrimonio, vale decir, que se "apropiaron" de tales objetos.

Se mantiene por consiguiente la calificación de robo con homicidio hecha en los fundamentos 9° letra a) y 13 número I y II entre otros de este fallo, relacionado con tales hechos delictuosos;

39 (sic) Que, en cuanto a los delitos de violación respecto de los cuales se niega que hubiese existido la violencia exigida para configurarlos en la situación del número 1° del artículo 361 del Código Penal, ella aparece establecida en el caso del robo con homicidio a Alfredo Sánchez en cuya ocasión se violó a Luisa Bohle según se asentó en los respectivos fundamentos de esta sentencia y así lo demuestra por lo demás el informe del legista de fojas 429 en el que se deja constancia de haberse observado en ella manifestaciones

del atropello sexual de que se la hizo víctima y que el fallo apelado en su fundamento 122 calificaba de "bestial atentado sexual"; así también en el caso de la violación de Margarita Santibáñez, el legista constató equimosis en sus rodillas y muslos y congestión vulvar (informe de fojas 1.394) resultados que pueden atribuirse a violencia sexual, pero en todo caso, como igualmente se consignó, ella fue intimidada; y en lo que se refiere a la violación de Ana María Riveros asimismo existió intimidación, asimilada en la violación a la fuerza en la persona de la víctima, según se dejó constancia en este fallo al referirse a este delito. En el primero y en el último de los casos, tales violaciones integran la figura compleja construida por el legislador sobre la base del robo en el artículo 433 número 1 del Código Penal y que comprende el delito de homicidio, de violación y/o ciertas lesiones gravísimas cometidos con "motivo" u "ocasión" del robo, siendo esta última circunstancia precisamente la que se aviene con la violación; en cambio la violación de la señora Santibáñez configura un delito propio, distinto que el homicidio calificado de su acompañante Jorge Inostroza que precedió a esa violación;

40 (sic) Que, en cuanto a la participación de los reos, oportunamente se la señaló respecto de cada delito, mencionándose los cargos que en cada caso concurren en su contra, y por cierto entre ellos, sus confesiones, debiendo estarse a lo dicho precedentemente y a lo que se consigna en los correspondientes fundamentos reproducidos del fallo en alzada.

Relativamente al cargo que en contra del procesado Sagredo fluye del informe balístico de fojas 1.882 de los peritos Echeverría, Cavada y Almazábal, referido por el Fiscal en su dictamen de fs. 2.699, es evidente, desde luego, que dicho informe es posterior al de fojas 1.820 que alude a la falta de medios adecuados para evacuar el informe pedido, lo que justifi-

ca el retraso en evacuarlo pero sin afectar en nada a la eficiencia del mencionado informe de fojas 1.882. Sin embargo es efectivo que en este dictamen se incurre en un error al señalar el número del Colt .38 con que se habrían hecho los disparos en algunos de los delitos investigados en esta causa, aludiéndose al N° 412.990 siendo que el único revólver Colt que se facilitó a los peritos es el de Sagredo (fojas 1.820, 1.327 vuelta y 1.887), pero cuyo número es 115.012. No han querido, evidentemente los peritos referirse a otro revólver Colt que el de Sagredo puesto a su disposición para ese peritaje y, así entendido, se mantiene en pie su valor probatorio. En los motivos 36 y 37 del fallo de la Corte se analizaba esta cuestión, llegándose a la misma conclusión y por eso fueron reproducidos en éste, interesando anotar que el número 412.990 no corresponde al revólver Colt Daimondback N° D 9.688 de propiedad de Luis Gubler (fojas 130 y 132);

41 (sic) Que, las retracciones de los reos fueron analizadas también en cada oportunidad siendo rechazadas por las razones que se consignaron. Sobre el particular se han reproducido especialmente los considerandos 117, 118, 119, 120 y 121 del fallo apelado en relación con las retracciones del reo Topp y los motivos 131 y 132 referentes a Sagredo.

AGRAVANTES QUE AFECTAN A LOS ENCAUSADOS:

42 (sic) Que, en lo que toca a **todos** los delitos de **robos** cometidos por **ambos reos** y que llegan a nueve, es decir a los señalados en el fundamento 33 desde la letra "a" a la "i" inclusivos, a saber: los cinco robos con homicidio a Gajardo, Sánchez, Morales, Aedo y Noguera, el robo con intimidación a Espinoza, el delito frustrado de robo a un servicentro Copec con violencia en la persona de Oscar Morales, el robo con violencia e intimidación a

Jaime García y el robo con intimidación a Raúl Rojas y otros, concurre en contra de los reos de esta causa, la agravante que se deriva de ser dos los malhechores que instituye el artículo 456 bis del Código Penal, en su número 3°, precepto que no exige al emplear la voz malhechores, que se trate de delinquentes habituales como sin embargo lo sostiene la defensa; la razón de ser de esta agravante debe encontrarse en la situación de inferioridad o de peligro en que se hallan los afectados o sus bienes en frente de la actuación de más de un sujeto;

43 (sic) Que, aparte de la agravante de la pluralidad de malhechores que concurre en todos los 9 casos de robos cometidos en común por ambos reos y que se acaban de señalar, en todos ellos afectan a éstos otras agravantes según se señalará, menos en el robo a Espinoza y su cónyuge en que no hubo violencia sino intimidación y en que el hecho ocurrió en una calle de Viña del Mar, sin que haya tenido influencia la nocturnidad. Así:

A) **Hubo alevosía.** En el caso del robo con homicidio a Enrique Gajardo estudiado en los fundamentos 1 y 2 de este fallo y que en el considerando 33 se señaló con la letra "a", pues aparece de los diversos antecedentes del proceso sintetizados en el considerando 6° de la sentencia apelada, que se ha reproducido, que los hechores se acercaron al vehículo en que aquél estaba acompañado de una mujer, amparados en la obscuridad de la noche (hubo ocultamiento de la persona) y lo atacaron repentinamente con arma de fuego y en forma inesperada para la víctima, despreocupada como debió estarlo debido a sus relaciones amorosas que mantenía con su amiga, de las que quedaron manifestaciones en la ropa de Gajardo, armas, obscuridad y modo de ataque que demuestra que se buscó en forma deliberada y aleve la seguridad del golpe sin riesgo para los hechores, lo que constituye la agravante de la alevosía.

También ésta concurre en los casos de robos con homicidio de Luis Morales y de Raúl Aedo, delitos designados con las letras "c" y "d" en el motivo 33, ya que de los razonamientos 9º, 10 y 12 respecto del primero de esos delitos y de los fundamentos 13 y 14 relativos al segundo y también de las probanzas reseñadas en los considerandos 41 y 53 reproducidos del fallo apelado y aun de las confesiones de los reos referidas en los motivos 12 y 16 precedentes, susceptibles de considerarse para estos efectos, fluye que los aludidos hechos dispararon sus armas por la espalda de las víctimas (informes de autopsia y confesión) en circunstancias de que ellos subieron a los taxis como si hubiesen sido pasajeros, según lo confiesan, actuando así a "traición" (con ocultamiento de sus intenciones) y "sobre seguro"; y aparece de esas confesiones que los hechos, en circunstancia de que habían arrojado a sus víctimas fuera de sus coches y estando éstas muy mal heridas, las "remataron" con sendos tiros, lo que una vez más supone actuar sobre seguro y con cobardía, propias exteriorizaciones de la agravante de la alevosía; por último, en el caso de Morales, éste y Sagredo se conocían, de lo que se percató el reo Topp Collins, lo que supone cierto grado de confianza entre ellos, cuyo vínculo se traicionó sin embargo.

Igualmente hubo alevosía en el caso del robo con homicidio de Oscar Noguera (y con violación de Ana María Riveros) analizado en los fundamentos 13 y 15 y que aparece señalado bajo la letra "e" en el motivo 33 ya que los hechos, que andaban armados, le obligaron a tenderse en el suelo para registrarlos y estando boca abajo reconoce Topp a fojas 704 que le hizo dos disparos; por otra parte, todo sucedió de noche, en lugar solitario, presentándose los hechos con sus rostros cubiertos con gorros pasamontaña, situaciones todas deliberadamente

buscadas y que en conjunto suponen actuar con alevosía.

Por último, también hubo alevosía de parte de ambos reos en el delito de robo con homicidio del doctor Sánchez (letra "b" del fundamento 33), al actuar sobre seguro. En efecto, se le asaltó de noche, en un lugar sin vigilancia policial, fue agredido por uno de los hechos con la cachá de un revólver, golpeándosele el rostro, y disparándosele a mansalva, a boca de jarro, compenetrados los reos de la indefensión de la víctima a quien uno de ellos enfocaba con una linterna; es decir, los hechos buscaron la seguridad del golpe y la suya personal, por la hora, por el lugar y la forma en que desarrollaron el ataque, lo que constituye alevosía. La violación de su amiga, es un hecho ilícito que en este caso integra el robo con homicidio de Sánchez; de ahí que no pueda considerarse la agravante del artículo 12 N° 12 que aduce el Fiscal en su dictamen en lo que respecta a este hecho considerado aisladamente.

B) Así, concurre la agravante del número 1º del artículo 456 bis: en el robo a Jaime García y en el robo con intimidación a Raúl Rojas, Adelina López y Hugo Aragón (letras "h" e "i" respectivamente del fundamento 33): estos delitos los cometieron en lugar solitario, oscuro, falta de vigilancia policial, presentándose los sujetos con sus rostros cubiertos, condiciones todas que favorecían su impunidad;

C) Concurre la agravante del artículo 12 número 5 del Código Penal (en cuanto alude al disfraz), aceptada por el inciso 2º del artículo 456 bis en el caso del robo frustrado a un servicentro Copec en que se empleó violencia en contra de Oscar Morales (letra "g" del motivo 33). En efecto, hubo uso o ejercicio de la violencia, como lo exige el inciso 2º del artículo 456 bis para hacer aplicable al robo la agra-

vante del N° 5 del artículo 12, en cuanto alude al disfraz, ya que los hechos se presentaron con gorros pasamontaña que impedía identificarlos, es decir procuraban evitar de esta manera ser reconocidos.

En síntesis, en todos los delitos de robos cometidos por ambos reos concurre más de una agravante, salvo el caso del robo con intimidación a Juan Espinoza y su cónyuge en que sólo se da la agravante de la pluralidad de malhechores;

44 (sic) Que, entre los restantes delitos cometidos por ambos reos y que no constituyen robos, cabe consignar: I) que respecto del incendio del automóvil Peugeot a cargo de Luis Morales y que pertenecía a Fernando Olivares, delito signado con la letra "l" en el motivo 33, no concurren agravantes; II) tampoco en el delito de homicidio calificado de Jorge Inostroza (letra "j", motivo 33) pues la alevosía que le ha sido aceptada, no se comporta como tal sino como calificante del delito de homicidio; y III) en cuanto al delito de violación de Margarita Santibáñez (letra "k" del motivo 33), les afecta a los reos la agravante de haber actuado —de propósito— con sus rostros cubiertos (especie de disfraz) obviamente para impedir su identificación, es decir, concurre la agravante del número 5 del artículo 12 del Código Penal, en uno de los aspectos de su segunda fase. La expresión "delitos contra las personas" con que se encabeza ese número 5º, debe extenderse a todos aquellos casos en que resulta atacada una persona aunque no sea el bien principal que se destaque como protegido en la figura penal, así como existen delitos de entre los comprendidos en el título propio de los "Delitos contra las Personas" en que por su naturaleza no puede darse sin embargo la agravante del número 5 del artículo 12 del Código Penal en ninguno de sus aspectos;

45 (sic) Que, en cuanto a los delitos atribuibles sólo a Jorge Sagredo, en los cuatro delitos de homicidio calificado que perpetró (dio muerte a dos personas en la playa de estacionamiento del Marga-Marga y a otras dos debajo del Puente Capuchinos; delitos que en el motivo 33 se signaron, respectivamente, con las letras "l", "m", "n" y "ñ"), no concurren agravantes. La alevosía con que actuó y que se dio por comprobada al analizar cada uno de estos delitos (considerandos 6, 7, 8, 18, 19 y 20), no constituye agravante sino calificante de esos homicidios, como en el caso de Inostroza ya referido, en que participaron ambos reos, y lo mismo cabe decir de la premeditación respecto de los dos homicidios ocurridos bajo el Puente Capuchinos, aceptada en el fundamento 19.

Tampoco concurren agravantes en el caso del robo del televisor cometido sólo por Sagredo desde un lugar habitado que pertenecía a Manuela Gómez, perpetrado con fuerza en las cosas. Este delito que en el fundamento 33 se designó con la letra "p", fue analizado en la consideración 30, apareciendo reseñadas las probanzas que lo establecen en el fundamento 86 del fallo apelado.

En cambio en lo que toca al delito de robo calificado (artículo 433 número 2 del Código Penal) cometido también sólo por Sagredo, con violencia en la persona de Emilio Martínez, enumerado con la letra "o" en el tantas veces aludido fundamento 33, se da la agravante que proviene de la circunstancia de andar Sagredo armado y haber hecho uso de su revólver sin dejarle a Martínez posibilidad de defensa; del hecho de presentarse con su rostro embozado con una bufanda y su cabeza cubierta con un jokey (especie de disfraz) para impedir su individualización, lo que casi consiguió, ya que la víctima y su amiga sindicaron a otro que a Sagredo como autor de este de-

lito al que creyeron reconocer sólo por la voz, puesto que no les fue posible observar su rostro según se expuso en los fundamentos pertinentes de este fallo. Pues bien, todas estas circunstancias demuestran que el reo actuó sobre seguro en el doble aspecto a que se ha aludido, lo que constituye alevosía;

46 (sic) Que, no existen acreditadas otras circunstancias de esta clase que afecten a los reos, rechazándose las demás aducidas por los acusadores particulares, siendo oportuno agregar que la mayoría de las que se invocan, han sido consideradas como circunstancias integradoras de las agravantes o de las calificantes aceptadas. En los motivos 103 y 105 del fallo apelado se alude a esas agravantes hechas valer por aquéllos;

47 (sic) Circunstancias eximentes y atenuantes aducidas:

Que, en lo que toca al reo Sagredo Pizarro, no le benefician eximentes ni atenuantes y sí en algunos casos, le perjudican las agravantes analizadas. En especial, procede rechazar la eximente del número 1 del artículo 10 del Código Penal, que considera exento de responsabilidad al loco o demente, así como también deben desestimarse las atenuantes del número 1 del artículo 11, relacionada con la eximente anterior, y las de los números 6, 7 y 9 invocadas en su favor;

48) Que, la eximente del número 1 del artículo 10 debe rechazarse por las razones que consigna el fallo apelado en sus fundamentos 110, 111, 112 y 113 que se han reproducido y en la consideración 32 del fallo de alzada que esta sentencia también ha hecho suya. En efecto, como en ellos se consigna, de los diversos informes siquiátricos y psicológicos referentes a Sagredo se infiere que no sufre ni ha sufrido de ninguna enajenación mental. Se mantienen intactos sus procesos inte-

lectivos y volitivos, pudiendo, en razón de lo primero, pensar, razonar, discernir, aquilatar y comprender el alcance de sus actos en forma normal, y en virtud de lo segundo, le es dable decidirse y determinarse en libertad. No se trata pues de un enajenado mental.

Adolece es cierto de una personalidad sicopática que queda en el campo de la anormalidad pero no en el de las enfermedades mentales en ningún grado, de modo que tampoco le favorece la atenuante del número 1 del artículo 11 en relación con el número 1 del artículo 10. Su agresividad elevada y su inclinación voyeurista, se expresa en los dictámenes que no le ha impedido en el primer caso someterse a la disciplina de una función aceptada libremente y en el segundo, elegir entre una conducta sexual más o menos normal con amigas y la perversa. Esa libertad y el no desaparecimiento de los elementos inhibitorios lo hace plenamente capaz desde el punto de vista penal sin que exista inimputabilidad ni imputabilidad disminuida;

49) Que deben desestimarse las amirorantes de los números 7 y 9 del artículo 11 del Código Penal, por los motivos expresados en las reflexiones 115 y 116 del fallo en análisis, en particular respecto de la primera (haber procurado con celo reparar el mal causado) por no fluir de las reducidas consignaciones hechas por este reo un atisbo siquiera de que se han efectuado movido por la fuerza interior derivada de su arrepentimiento, realizando como demostración de ello, un real sacrificio económico, dentro de sus posibilidades y todavía con el celo que la ley requiere, y lo mismo cabe decir del depósito de fojas 2622 como lo consigna el fundamento 35 del fallo de segunda instancia, reproducido en esta parte; y en lo que se refiere a la atenuante del número 9 del artículo 11, ya que como se expresa en el motivo 116 del fallo de primer grado,

existen otros antecedentes culpatorios, aparte de su confesión, que tienden a comprobar la participación de este reo y fluye de la fuente legislativa de esta disposición, que procede considerar como cargos incluso aquellos antecedentes que han producido o que se derivan de la propia confesión;

50) Que en lo tocante a las facultades mentales de Topp Collins, se produjeron en la causa diversos informes de especialistas de los que cabe concluir, como se consigna en el fundamento 124 reproducido, que no le afectan anomalías que supongan inimputabilidad o una imputabilidad disminuida. Se trata de un sujeto mentalmente normal;

51) Que tampoco favorece a los reos la atenuante de su irreprochable conducta anterior; en efecto, aparece de sus respectivas Hojas de Servicio y Calificación de la Institución de Carabineros a la que pertenecieron, que, entre los años 1974 y 1979, Sagredo tuvo 157 días de arresto por diversas infracciones a la disciplina y por presentarse al servicio en estado de ebriedad, y que Topp en ese mismo período mereció 45 días de arresto también por falta a la disciplina y por manejar sin licencia una citroneta y en otra ocasión una moto, lo que ocasionó un volcamiento. Aun en relación con la conducta de los reos debe agregarse que Topp expuso en cierta ocasión (fojas 920) que Sagredo le invitó a "carterear" a los pasajeros de micros, añadiendo sí que él no aceptó, y que Sagredo por su parte declara a fojas 2432 que cometió numerosos otros delitos junto con otro Carabinero y también alude a diversos hechos delictuosos que habría perpetrado en relación con otras personas.

Todos estos antecedentes son bastantes para concluir que los reos no han tenido una conducta anterior sin reproches, no favoreciéndoles la atenuante invocada.

Consiguientemente se desestiman las declaraciones de fojas 2295, 2295 vuelta y 845 respecto de Sagredo y las de fojas 2346 y 2418 respecto de Topp, tendiente a demostrar que los reos son personas de irreprochable conducta anterior. Así como se le resta mérito a la falta de anotaciones de sus prontuarios de fojas 1184 y 1185;

Del delito como medio necesario para cometer otros.

52) Que resulta de los antecedentes del proceso en relación con el homicidio de Luis Morales y la apropiación (en términos penales) del automóvil Peugeot que manejaba y con el homicidio de Raúl Aedo y apropiación del Pony a su cargo, que los hechores o sea los reos de la causa, utilizaron esos vehículos para trasladarse a otros lugares que aquellos que los cometieron con la intención de asaltar parejas, y así fue como en el primer caso interceptaron en Reñaca Alto el auto Fiat Ritmo que conducía Jorge Inostroza, le dieron muerte y después violaron a su acompañante Margarita Santibáñez para, posteriormente incendiar el Peugeot (fundamento 9º entre otros), y en relación con el homicidio de Raúl Aedo y la sustracción del automóvil Pony que manejaba, utilizaron este vehículo con las mismas intenciones que en el caso precedente, interceptando en otro lugar diverso que el de ese robo con homicidio, en el Pangal, camino a Limache, el auto Subaru de Ana María Riveros, que era acompañada por Oscar Noguera, dando muerte a éste, violando a aquélla y sustrayéndoles especies a ambos (motivo 13 entre otros).

Es admisible concluir que en cada una de estas series de delitos existió respecto de los hechores, conexión subjetiva o ideológica y cierta conexión en los hechos. Empero, no procede aplicar a tales series de sucesos lo que prescribe el artículo 75 del Código Penal en su segunda hipótesis

(concurso ideal impropio) porque esta disposición requiere para que tenga lugar, que un delito sea el **medio necesario** para cometer el o los delitos que le siguen, caso en el cual a los hechores se les debe imponer una sola pena, la mayor que corresponda al delito más grave, no bastando por consiguiente la sola conexión subjetiva ni una cualquiera objetiva sino una especial: que un delito sea el medio "necesario" para cometer el otro.

En la especie, no puede considerarse que aquellos robos con homicidios iniciales fuesen el medio "necesario" para cometer los demás delitos referidos, esto es, el medio indispensable; ello sucederá ordinariamente cuando los bienes jurídicos protegidos se encuentren de hecho tan entrelazados que le sea imposible al hechor acometer a uno sin atacar o lesionar los otros, cual sucedería por ejemplo si se pretendiese violar a una mujer que se encuentren en su casa pues el hechor tendría para realizar aquel delito necesariamente que violar su hogar, o en el caso del que tiene el deber de custodiar un documento, deber que necesariamente debe infringir si pretende apoderarse de su contenido, y así se explica que la ley imponga en estos casos una sola pena la que en las nuevas legislaciones que han perfeccionado el principio de nuestro artículo 75 del Código Penal, debe ser inferior a la que resulte de condenar al hechor por todos los delitos separadamente, por cuanto el aludido principio tiende a favorecer al hechor dada la situación especial en que se encuentran los bienes que ataca y la "inseparabilidad de las lesiones jurídicas (aunque el hechor sólo hubiese querido una de las infracciones no habría podido prescindir de la otra)" y de ahí este tratamiento especial a esta clase de concurso. El tratadista Pacheco comentando esta institución, llega al extremo de considerar que el caso se da sólo respecto de ciertos delitos que en sí, por su naturaleza, constituyen medios para cometer otros.

En los casos en análisis, no existía una situación fáctica semejante a la enunciada ya que no era necesario, indispensable o forzoso cometer los aludidos delitos de robo con homicidio para perpetrar los delitos que le siguieron, los que ni siquiera correspondían a un plan concreto de realizaciones de parte de los hechores;

53) Que descartada la aplicación del artículo 75 del Código Penal para las dos series de delitos a que se refiere el fundamento anterior, procede sancionar con una sola pena **todos** los delitos de la misma especie cometidos por los reos conforme al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que instituye el sistema denominado de la acumulación jurídica de las penas. Este precepto considera delitos de la misma especie a los que se penan en un mismo título del Código Penal o ley que los castiga, teniendo aplicación, respecto de los robos y los homicidios, el inciso 2º del referido art. 509 por cuanto las diversas infracciones de la misma especie acreditadas, no pueden, por su naturaleza, ser consideradas como un solo delito.

Siguiendo este camino legal, se sancionará al reo Topp Collins respecto de los nueve delitos de robo con violencia que cometió junto con Sagredo y entre ellos los cinco robos con homicidios (en dos, además, con violación), aplicándole por todos ellos una sola pena, y de la misma manera se sancionará a Jorge Sagredo por los nueve delitos recién referidos, incluyendo los cinco robos con homicidios y además por los otros dos robos que perpetró separadamente: el robo calificado cometido con violencia a Emilio Martínez y el robo con fuerza en las cosas cometido a Manuela Gómez.

54) Que respecto de los robos incriminados, como quiera que la ley dispone que para determinar la pena única por todos los delitos de la misma especie, se

debe partir de la correspondiente a aquella infracción que atendidas las circunstancias tenga asignada pena mayor, es preciso en estos casos considerar la pena de los robos con homicidios, la de cualquiera de los cinco robos de esta clase pues en todos concurren dos agravantes y no existen atenuantes; así se puede considerar la pena para el robo con homicidio del doctor Sánchez y con violación de su acompañante. La pena correspondiente al robo con homicidio va del presidio mayor en su grado medio a muerte y dadas las agravantes concurrentes y el aumento de pena por la reiteración que debe ser de uno, dos o tres grados, este Tribunal opta por imponer a cada uno de los reos la pena única de muerte por todos los delitos de robo de que son autores. Se tiene en consideración al respecto: a) la extrema gravedad de algunos de esos delitos (entre ellos cinco robos con homicidios); b) el elevado número de delitos de robo con violencia perpetrados por ellos: 9 entre ambos, y 2 más cometidos por Sagredo y de éstos, uno con violencia y el otro con fuerza en las cosas; c) la manera despiadada y cruel como actuaron en algunos casos; y d) el aumento de pena por la reiteración de hasta tres grados prescrito por el legislador. Aquellas circunstancias señaladas bajo las letras a), b) y c) son demostrativas del alto grado de peligrosidad de los reos, autores además de otros delitos graves.

Supuesto que se condenase a los reos separadamente por cada delito de robo de acuerdo con la norma puramente facultativa del inciso 3° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, y por ende dando aplicación al artículo 74 del Código Penal, también sería doble, legalmente, imponer a dichos reos la pena de muerte y todavía por cada uno de los cinco delitos de robos con homicidio cometidos, dadas las agravantes que concurren y la falta de atenuantes, y como también sería menester sancionarlos por los res-

tantes delitos de robo, debe concluirse que incluso es más beneficioso, si así pudiera decirse, el camino trazado por el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal que el aplicable según el artículo 74 del Código Penal.

La pena de muerte instituida en este último Código, no ha sido derogada por la Constitución Política del Estado que, en su artículo 19 número 1°, inciso 3°, exige que esta pena sea establecida por ley aprobada con quórum calificado, por cuanto su disposición primera transitoria establece que mientras no se dicten las disposiciones que den cumplimiento a lo prescrito en el inciso 3° del número 1° del artículo 19 de la Constitución, continuarán rigiendo los preceptos legales actualmente en vigor y lo estaba el artículo 433 número 1 del Código Penal, que instituye la pena de muerte, por la cual se ha optado. cuando entró en vigencia la Carta Fundamental;

55) Que en cuanto al delito de violación de Margarita Santibáñez del que responden también ambos reos, se les aplicará una pena comprendida en el presidio mayor en su grado mínimo dado que les afecta una agravante y no concurren atenuantes. Los otros dos casos de violación han sido englobados de acuerdo con el artículo 433 N° 1 del Código Penal, en los respectivos robos con homicidio y con violación, por lo que tales hechos ilícitos no pueden ser penados separadamente de los robos;

56) Que en el caso del delito de incendio del Peugeot de Fernando Olivares, también de responsabilidad de ambos reos, se les aplicará una pena comprendida en el presidio menor en su grado máximo que es el menor de los establecidos, dada la falta de circunstancias modificatorias;

57) Que en cuanto a los cinco delitos de homicidios calificados de que respon-

de Sagredo (uno de ellos, el homicidio a Jorge Inostroza lo cometió con Topp), también será sancionado con una pena única correspondiente a todos ellos, de acuerdo con la misma norma del inciso 2° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, debe recordarse que no concurren atenuantes ni agravantes y que la pena para uno cualquiera de estos delitos va del presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, decidiéndose aplicar la mayor de estas penas por tratarse de cinco graves delitos, y dado al aumento de pena por la reiteración;

58) Que, finalmente, al reo Topp Collins se le sancionará por el delito de homicidio calificado de Jorge Inostroza que cometió junto con Sagredo, con una pena comprendida en el menor de los grados que estatuye para esta clase de delitos —presidio mayor en su grado medio— por no existir al respecto atenuantes ni agravantes (la alevosía, que concurre, es un elemento calificante del delito).

Naturalmente las penas privativas de libertad a que se ha hecho referencia podrán cumplirse sólo si no se ejecutan las respectivas penas de muerte.

En cuanto a las acciones civiles:

59) Que la responsabilidad civil que se pretende hacer valer por los distintos actores que la han demandado, se la funda en hechos perpetrados por los reos Sagredo y Topp Collins cuando pertenecían al Cuerpo de Carabineros, pero como quiera que esos hechos ninguna relación tienen con los deberes y labores funcionarias, pues no fueron cometidos durante el servicio ni con ocasión de él, debe concluirse que se trata de hechos jurídicos de carácter personal que se rigen enteramente, en lo que a la indemnización se refiere, por el derecho común y no por el derecho público, respecto del Fisco, que-

dando excluida entonces, respecto de éste, la responsabilidad directa y extracontractual del Estado que suele afectarle por actos y hechos provenientes de organismos o funcionarios públicos en ciertas circunstancias.

En razón de aplicarse el derecho común, la responsabilidad por los daños debe sujetarse a las normas relativas a los delitos y cuasidelitos civiles, llamada también de la responsabilidad extracontractual civil, que, ordinariamente, afecta a los participantes del hecho y por excepción a ciertas personas por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas, o por ciertas particulares situaciones que contemplan algunas disposiciones legales;

60) Que la base de la indemnización de que se trata, deriva de la concurrencia de los elementos que constituyen un delito o cuasidelito civil y si el delito o cuasidelito fuera de índole penal —como sucede en estos casos— ha de derivar del aspecto civil de ellos. Los elementos constitutivos del delito o cuasidelito civil según se desprende de los artículos 1.437, 2.284 y 2.314, del Código Civil entre otros, son o requieren: de un hecho, ilícito, voluntario, doloso o culposo y que cause daños. Los elementos señalados, menos el último, pueden ser comunes con los de los delitos penales, sólo que en materia de culpa, para lo civil basta la más elemental o ligera culpa y en cambio en lo penal, en los cuasidelitos contra las personas, en lo relativo a la culpa, ordinariamente se requiere que ella sea de más intensidad;

61) Que a lo largo de este fallo y de los fundamentos reproducidos del de primera instancia, aparecen comprobados los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil de los autores de los hechos, justamente al darse por establecidos los distintos delitos penales atribuidos a los reos, y en cuanto al último

de los elementos señalados, el que cause daños, la existencia de los perjuicios en relación con cada demanda civil en cuanto se dirigen en contra de los hechos, la considera el juez en sus fundamentos, a propósito de las acciones civiles deducidas, materia que desarrolla entre sus motivos 134 a 160 que se han incorporado a este fallo con exclusión del fundamento 136 que se ha suprimido;

62) Que la referida reflexión 136 tendía a demostrar que el actor Carlos Gajardo no había comprobado haber sufrido daños materiales y morales con ocasión del homicidio de su hermano Enrique Gajardo y que no era procedente que los cobrase a nombre de la viuda de Gajardo señora Amalia Francia Gaete y de sus menores hijos porque aquél no estableció que los representase.

En general los motivos del rechazo son aceptables porque Carlos Gajardo no acreditó que tuviere daños materiales ni que representase a la sucesión de su hermano por quien también demandaba, pero la acción debió acogerse en lo que atañe a los daños morales sufridos por el actor pues si bien no existe prueba directa al efecto, puede deducirse del parentesco de hermano que lo ligaba con Enrique Gajardo cuyo asesinato en las circunstancias en que ocurrió, ha debido causarle aflicción y sufrimientos de índole moral, daños indemnizables que se regulan en \$ 250.000;

63) Que en lo que toca a la responsabilidad del Estado, ella debe surgir en este caso, como se ha dicho, de la responsabilidad por el hecho ajeno, pero, para que ésta se dé, es necesario que el hechor o hechos estén bajo el cuidado del tercero demandado. En el caso de autos supuesto de aceptarse —lo que muchos tratadistas rechazan— que esa relación de cuidado pueda ser también de índole administrativa, es obvio que en este supuesto deba restringirse al cuidado dentro del

servicio o respecto de actuaciones ejecutadas con ocasión de él, dada la naturaleza de esa dependencia, no pudiendo estimarse que se cumpla con esas exigencias, que son obvias, en los casos concretos de que se trata pues los hechos actuaron en horas en que estaban de franco, sin uso alguno de sus uniformes ni de armas fiscales, respecto de hechos que nada tienen que ver con el empleo o función y que, a no dudarlo, los habrían podido cometer igualmente si en esos momentos ya no hubiesen pertenecido a la institución.

Procedía pues rechazar las distintas acciones civiles dirigidas en contra del Estado.

De conformidad, además, con lo que disponen los artículos 10 N° 1; 11 N° 1, 7 y 9; 12 N° 5; 456 bis números 1 y 3 e inciso 2°; y artículos 10, 460, 500, 503, 504, 509, 527 del Código de Procedimiento Penal,

SE DECLARA:

Primero: Que se rechaza el recurso de casación en la forma deducido en contra de la sentencia de primer grado de ocho de enero del año mil novecientos ochenta y tres, que se lee a fojas 2.553 y siguientes;

Segundo: Que en cuanto a los planteamientos que analiza el fallo de segunda instancia de ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres, escrito a fojas 2.761, en sus párrafos A, B y C, debe estarse a sus decisiones que niegan esas peticiones; ellas quedan, pues, rechazadas;

Tercero: Que se revoca la sentencia de primer grado ya aludida en cuanto por ella se imponen costas a los actores al negarse la demanda interpuesta por ellos en contra del Fisco, en su decisión 11, y se declara que ellos quedan absueltos de su pago;

Cuarto: Que se revoca asimismo el fallo de primer grado de ocho de enero de mil novecientos ochenta y tres, escrito a fojas 2.553, en su decisión I, relativa a las acciones civiles, pero sólo en la parte que desestima la demanda de don Carlos Gajardo Casales de fojas 2.023 y 2.087, tocante a la indemnización por daños morales, y se declara que en esta parte queda acogida esa demanda, regulándose en la suma de \$ 250.000 el monto de la indemnización que los dos reos de esta causa deben pagar solidariamente a dicho actor;

Quinto: Que se confirma en lo demás la referida sentencia de primera instancia de fojas 2.553, con las siguientes declaraciones:

1ª Que se sustituye por una sola pena de muerte las dos penas de esta naturaleza impuesta a los reos Jorge José Sagredo Pizarro y Carlos Alberto Topp Collins y que esta pena única de muerte les queda aplicada como autores (co autores) de los delitos de robo que siguen: a) del robo de un automóvil con homicidio de Enrique Gajardo; b) del robo de especies de Alfredo Sánchez con homicidio suyo y con violación de Luisa Bohle; c) del robo con homicidio de Luis Morales (de un auto y de su dinero); d) del robo con homicidio de Raúl Aedo (su dinero y un auto); e) del robo con homicidio de Oscar Noguera y con violación de Ana María Riveros (de especies de ambos y además del auto Subaru de esta última) f) del robo de dinero con intimidación a Juan Espinoza y su cónyuge Flor María Osses; g) del delito frustrado de robo a un servicentro Copec, con violencia en la persona de Oscar Morales; h) del robo con violencia a Jaime García de un reloj suyo, e i) del robo con intimidación a Raúl Rojas, a Adelina López y Hugo Aragón de especies de su propiedad. A Jorge José Sagredo Pizarro, se le impone esa pena de muerte también como autor del robo calificado (artículo 433 número 2 del Código Penal) a Emilio

Martínez, y del delito de robo con fuerza en las cosas desde un lugar habitado, de un televisor de Manuela Gómez. (Estos delitos aparecen signados en el fundamento 33, respectivamente, con las letras "a" a "i" inclusives y en el motivo 34, con las letras "o" y "p": en total 9 delitos de robos cometidos en común por Sagredo y Topp, y dos más sólo por Sagredo (aparte de otros delitos también graves que cometieron y a que se refieren las decisiones siguientes, que hacen llegar a 18 los delitos perpetrados por Sagredo y a 12 los cometidos por Topp).

Si la pena de muerte no se ejecuta, les queda aplicada a ambos reos la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados, y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por diez años;

2ª Que se sustituyen las diversas penas privativas de libertad que el fallo de primera instancia aplica al reo Jorge José Sagredo Pizarro como autor de otros delitos que los de robos señalados, de la siguiente manera:

a) Se le impone la pena única de presidio perpetuo por los cinco delitos de homicidios calificados de que fue autor y que a continuación se señalan: I) por el homicidio calificado de Jorge Inostroza; II) por el homicidio calificado de Mario Lagunas; III) por el homicidio calificado de Delia González; IV) por el homicidio calificado de Jaime Ventura, y V) por el homicidio calificado de Roxana Venegas, aplicándosele además por estos delitos, como penas accesorias, las ya referidas en el caso de que no se ejecute la pena de muerte. (Estos delitos aparecen señalados con las letras: "j", "l", "m", "n" y "ñ" en los fundamentos 33 y 34.)

b) El reo Sagredo queda también condenado: 1º) a la pena de cinco años y un

día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de violación de Margarita Santibáñez, y 2º) a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de incendio de un automóvil Peugeot de propiedad de Fernando Olivares (delitos señalados con las letras "k" y "l" en el motivo 33). La pena accesoria aplicada a este reo en el caso de que no se ejecute la de muerte, cubre la que corresponde a estos delitos según los artículos 28 y 29 del Código Penal, pero además se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la pena de cinco años y un día;

3ª Que se sustituyen las penas privativas de libertad impuestas al reo Carlos Alberto Topp Collins por otros motivos diversos que los robos señalados, por las siguientes tres penas que le quedan aplicadas como autor de los delitos que a continuación se señalan: 1º a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio como autor del delito de homicidio calificado de Jorge Inostroza; 2º a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de violación de Margarita Santibáñez; y 3º a la pena de tres años y un día por el delito de incendio del automóvil Peugeot de Fernando Olivares; (estos tres delitos los cometió junto con el reo Sagredo Pizarro y son los signados con las letras "j", "k" y "l" en el fundamento 33). Por los dos primeros delitos aquí referidos, se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren esas condenas: artículo 28 del Código Penal. La pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos a que se refiere el mismo artículo 28 del Código Penal, queda comprendida en la accesoria aplicada a este reo en el caso de que no se ejecute la de

muerte. Y por el tercer delito a que se refiere esta declaración 3ª, no se aplica la accesoria del artículo 29 del Código mencionado por estar reemplazada por la accesoria referida recién.

Naturalmente las penas privativas de libertad que se señalan en las decisiones 2ª y 3ª, y todas las penas accesorias, sólo tendrán aplicación si no se ejecuta la pena de muerte que se ha impuesto a cada reo, y en tal caso se cumplirán sucesivamente comenzando por la más grave, que se contará desde el día tres de marzo de mil novecientos ochenta y dos, fecha de sus aprehensiones, como lo consigna el fallo de primera instancia.

Se aprueba el sobreseimiento de diecisiete de agosto de mil novecientos ochenta y dos, escrito a fojas 2.008.

El Tribunal procederá a deliberar en forma separada acerca de si los condenados a pena de muerte por este fallo son dignos de indulgencia y en caso afirmativo, qué pena podrían sustituirlas.

De sus resultados se informará al Presidente de la República por intermedio del Ministro de Justicia, para los efectos que señalan el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal y 73 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvanse.

Redactó el Ministro señor Osvaldo Erbetta Vaccaro.

Sentencia (3ª Sala) 17 de enero de 1985. Sres.: Osvaldo Erbetta Vaccaro, Emilio Ulloa Muñoz, Abraham Meersohn Schijman, Raúl Rencoret Donoso y Cecil Chellew Cáceres.

Rol 23.553. Sagredo Pizarro, Jorge José y otro. Casación forma y fondo, (homicidios, violaciones, robos y lesiones). Criminal.