

Santiago, doce de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 7.039-A, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Chaitén, por resolución de catorce de agosto de dos mil siete, que rola de fojas 2.193 a 2.316, correspondientes al Tomo V de estos antecedentes, se condenó a Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, a sufrir la pena única temporal de quince años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de coautores de los delitos de homicidio calificado en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez, y secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas, previstos y sancionados en los artículos 391, N° 1°, circunstancia primera, y 141 del Código Penal, perpetrados el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, en el sector Lago Yunque de la provincia de Palena. Además, a Jorge Palma, se le impuso una sanción de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales respectivas y a satisfacer las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, ya mencionado y se le absolvió del cargo que le fue formulado por el auto acusatorio de fojas 1.481, en cuanto a ser estimado autor del delito de secuestro calificado de José Esaú Velásquez Velásquez (sic); sin que se concediera a los convictos ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

En su sección civil, la misma decisión acogió la demanda deducida por los querellantes Ana Soto Alvarez y Daniel José Velásquez Soto, en contra de Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander,

Enrique Belmar Corral y Jorge Palma, quienes fueron condenados a solucionar una indemnización por daño moral de \$60.000.000.- (sesenta millones de pesos). Por lo que toca al otro demandado -el Fisco de Chile-, se acogió la excepción opuesta por la defensa fiscal en lo principal de fojas 1.984 y 1.515, consistente en la incompetencia del tribunal.

Apelado dicho veredicto por los enjuiciados Garrido Gutiérrez, Belmar Correa, Palma y Segura Santander en el acto de sus notificaciones como se desprende de fojas 2.322 vuelta, 2.325 vuelta, 2.327 y 2.335, respectivamente, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 2.340 y 2.341, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por dictamen de veintisiete de junio de dos mil ocho, que corre de fojas 2.476 a 2.479 vuelta, lo reprodujo con excepción de siete de sus reflexiones, para luego introducirle una serie de modificaciones, y tener además presente otras doce, se terminó por revocarlo en cuanto castigó a Jorge Palma del cargo de ser autor del delito de homicidio calificado de José Essaú Velásquez Velásquez, y en su lugar declaró que se le absolvía de ello. También se revocó la absolución del referido Palma, en lo atinente al cargo de autor del delito de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas (sic), y, en su lugar, se le condenó como autor de ese delito a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales correspondientes y al pago de las costas del litigio, con la franquicia alternativa de la libertad vigilada, la que se extenderá por el mismo período asignado a su pena corporal.

Más adelante, se confirmó en lo demás, el laudo apelado, con declaración que Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, quedan en definitiva condenados a sufrir cada uno dos penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales atinentes y a enterar las costas de la causa, por su responsabilidad de coautores de los delitos de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas y homicidio simple en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez, sin otorgarles ninguno de los beneficios de la ley N° 18.216.

Contra este pronunciamiento, la defensa de los cuatro encausados interpuso un recurso de casación en el fondo

, en lo principal de fojas 2.481 a 2.498, asilado en los literales 2º, 3º y 7º, del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal. .

A fojas 2.501 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el presente recurso se sustenta en los numerales segundo, tercero y séptimo del artículo 546 de Código de Enjuiciamiento Penal, consistentes en que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, aplicó la pena en conformidad a esa errónea calificación, lo que vulnera además el principio pro reo consagrado en el artículo 19, número 3º, inciso 7º, de la Constitución Política de la República. Luego, por haber calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, pues se trataría de una ficción jurídica; y en fin, por haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta contravención influya substancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, al condenar a su defendido (sin precisar cual), desentendiéndose del mérito del proceso.

SEGUNDO: Que desde luego se desarrolla el ordinal séptimo del artículo 546 del Código Adjetivo Criminal, a propósito de la conculcación de las pautas reguladoras de la prueba. Se sostiene aquí que el procedimiento penal inquisitivo exige a los tribunales un rol activo para acceder a la verdad material de los hechos y que los artículos 6º, 91, 107, 109 y otros del ordenamiento recién citado, así lo disponen. En lo que concierne al artículo 109, allí se sintetizan los deberes del tribunal en la materia, al imponer el de investigar con celo; el artículo 6º, estatuye que: "Cualquiera que sea el tribunal llamado a conocer de un juicio criminal, los jueces letrados con competencia penal ? están obligados a practicar las primeras diligencias de instrucción del sumario "; el artículo 91 prescribe que: "recibida la denuncia y sin más trámite, el juez procederá inmediatamente a la comprobación del hecho denunciado"; el artículo 107 preceptúa que: "antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en

que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio; y a su turno el artículo 109 ordena que "el juez debe investigar, con igual celo?, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen".

TERCERO: Que se destaca por el recurrente que todas las normas citadas en el razonamiento anterior fueron desconocidas, pues los tribunales militares tomaron conocimiento oportuno de los hechos en mil novecientos setenta y tres, pero no sancionaron a ninguno de los imputados. En seguida, los Juzgados del Crimen de Chaitén y Coyhaique dictaron las primeras diligencias de instrucción cuando habían transcurrido más de diez años de ocurridos los hechos y la acción penal y la pena se encontraban prescritas, y que la presión política ha impedido averiguar y evaluar en el fallo las circunstancias que extinguen de responsabilidad penal de los hechores, ya que no se pesquisó en forma oportuna y sólo después de treinta y cinco años de acaecidos los sucesos se emitió el edicto, más bien motivadas por la presión política que por el deber de hacer justicia.

Se agrega que el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil estatuye que: "...las sentencias se pronunciarán conforme al merito del proceso.", lo que obliga al juez a ponderar todos los elementos de prueba rendidos en la causa, sin excluir u omitir ninguno de ellos, por lo que al ser condenado su ?defendido? se ha incumplido con la obligación legal impuesta por la disposición reseñada.

CUARTO: Que, en el mismo orden de ideas, el Título II del Libro Segundo del Código Procedimental de penas, consagra para el procedimiento c

riminal ordinario un régimen de prueba legal; así, todas las probanzas rendidas en autos deben ser invocadas y ponderadas en el veredicto en conformidad a dicho precepto. Sin embargo, al ser analizados de manera conjunta y sistemática, es necesario concluir con la absolución

de sus mandantes, ya que no existe el ilícito de secuestro que se les imputa, siendo condenado el ?acusado? como autor de un delito inexistente, por lo que el laudo recurrido no está acorde con los hechos sub judice.

QUINTO: Que por lo que toca a la supuesta intervención criminal de su representado, la prueba no sería uniforme ni concluyente. Aún más, aparece contradicha, de suerte que no se reúnen en su contra los requisitos copulativos exigidos por el artículo 488 del Código de Instrucción Criminal, para fundar de modo inequívoco la presunción de su participación. Ya que si los delitos fueron tan graves y de lesa humanidad, se pregunta acerca del por qué nuestros tribunales no persiguieron criminalmente a los autores en forma oportuna y sí lo hacen treinta y cinco años después de ocurridos los hechos; por otro lado cuestiona el que se afirme que sus poderdantes han tenido derecho a un racional y justo proceso en este contexto; y finalmente cómo se puede fundar la convicción condenatoria por secuestro calificado contra de sus defendidos, cuando desde mil novecientos setenta y tres a la fecha desarrollaron sus carreras profesionales y sus vidas normales en diferentes localidades y regiones del país, sin tener contacto entre sí, hasta volver a ser reunidos por esta indagación después de treinta años.

SEXTO: Que en lo que concierne a la causal 2ª del artículo 546 del Código Adjetivo de penas, se critica la equivocada aplicación de la pena atinente al delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, regulándola con arreglo a esa errónea determinación, sin expresar ninguna otra noción ni desarrollo de la motivación.

SÉPTIMO: Que, finalmente, en lo que atañe al N° 3° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, censura la inexacta calificación del injusto, toda vez que estimó como ilícito una ficción jurídica creada a la luz de la pasión política. Para afirmar lo anterior, se precisa que los encartados eran a la época de los hechos funcionarios de Carabineros en ejercicio de sus cargos, cumpliendo un cometido ordenado por sus superiores. Sin embargo, para aplicarles una sanción más elevada, se efectuó una calificación desacertada del hecho punible, puesto que

gobierna la materia el artículo 148 del Código Penal, que rige para los funcionarios públicos. Más aún si en situaciones similares, nuestros tribunales han señalado que la norma utilizada resultaba a todas luces inaplicable, ya que en las hipótesis en que funcionarios de Carabineros cometen un delito, se alejan de su misión y actúan como simples particulares o delincuentes comunes, de tal forma que la extensión de tal raciocinio implica una derogación tácita de toda la normativa del Código de Justicia Militar y la extinción de la jurisdicción especial, así como la abrogación tácita de toda la legislación referida a los funcionarios públicos, pues cada vez que uno de ellos comete delito, sin lugar a dudas no lo hacen en cumplimiento de su función, por ello es que los jurisdicentes del fondo, conculcaron también el principio pro reo consagrado en el artículo 19, número 3°, inciso 7°, de la Constitución Política de la República.

OCTAVO: Que, a continuación, a propósito de la misma motivación, se reclama que la sentencia, a pesar de haber establecido los hechos, incurrió en error de derecho al desechar las excepciones de previo y especial pronunciamiento, consistentes en la prescripción de la acción penal y la amnistía, alegadas de acuerdo con el artículo 434, inciso 2°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, y violentó los artículos 93, N° 6°, 94, 95 y 101, del Código Penal, por no haber absuelto a los inculcados, no obstante encontrarse prescrita la acción penal, desde que los hechos que

se les atribuyen acaecieron en octubre de mil novecientos setenta y tres, hace treinta y cinco años, y el plazo de prescripción de la acción penal de los crímenes es de diez años y la prescripción de la acción penal corre a favor y en contra de toda clase de personas.

Por lo anterior es que se quebrantaron los artículos 103 y 93, N° 3°, del Código Penal, porque no declaró la extinción de la responsabilidad penal por la amnistía, que elimina por completo la pena y todos sus efectos, todo ello en relación con el artículo 1° del D. L. N° 2.191 publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos setenta y ocho, que concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en

hechos delictuosos, durante la vigencia del estado de sitio, comprendido entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso. Si se hubieran aplicado correctamente las disposiciones contravenidas, los sentenciadores tendrían que haber dictado sentencia absolutoria, por encontrarse prescrita la acción penal y, a mayor abundamiento, por estar extinguida la responsabilidad penal de los inculcados por amnistía.

NOVENO: Que para desestimar la prescripción de la acción penal planteada por la defensa, en general y sin mayor fundamento se acude a "los convenios internacionales", lo que claramente no es suficiente para justificar un fallo condenatorio y vulnera normas constitucionales, legales y principios generales del derecho.

En el basamento quinto del dictamen ad quem se concluye que son aplicables al caso sub-lite los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, porque los hechos se perpetraron y consumaron en estado de guerra interno, en mérito de lo previsto en el D. L. N° 5, de doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en especial los artículos 3°, 146 y 147 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, que contienen la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las partes contratantes puedan haber incurrido respecto de las graves infracciones a los mismos, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, impedimento que alcanza a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

DÉCIMO: Que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de mil novecientos cincuenta y uno, publicado en el Diario Oficial de fechas diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril de ese mismo año, encontrándose éstos vigentes a la data en que se perpetraron los hechos pesquisados en esta causa. En general, se aplican a conflictos

armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3°, común para todos los Convenios de Ginebra. El Sr. Jean Pictet, jurista a quien se considera el padre de esos Convenios, en su Comentario del Protocolo del ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, adicional a los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3°, re conoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de conflicto armado no internacional ni enumera las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar:

- a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio;
- b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional;
- c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de .beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y

d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

UNDÉCIMO: Que el profesor Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos, Edición Academia de Humanismo Cristiano, mil novecientos setenta y nueve, cita un documento de la C.I.C.R. de mil novecientos setenta y dos, que expresa que para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable.

En el mismo contexto, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del doce de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, en su artículo 1º, N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, preceptúa que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo 1, sobre Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se

desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II.

En el N° 2° del aludido artículo 1° del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

DUODÉCIMO: Que, si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los ilícitos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales cánones, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la C.I.R.C. son ilustrativos para que se interprete que conflicto armado sin carácter internacional es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

DÉCIMO TERCERO: Que el referido D.L. N° 5 de mil novecientos setenta y tres, en que se asilan los magistrados para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en estos autos Chile se encontraba en estado de guerra interna, se extendió para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha

legislación. Para dictar el mencionado Decreto Ley se tuvo en consideración que:

- a) en el país existía una situación de conmoción interna;
- b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y
- c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

DÉCIMO CUARTO: Que de lo expresado del D.L. N° 5, se infiere que en la época en que se emitió, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Empero, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un conflicto armado no internacional, en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, el día cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, fecha en que se perpetraron los hechos indagados.

Se arguye que no se ha comprobado ni tenido por establecido en la litis que en la data señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre un segmento del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha demostrado en la causa que el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se

mencionó en los considerandos del aludido D.L. N° 5, de mil novecientos setenta y tres, claramente insuficiente por lo que no es posible sostener que en Chile existía un conflicto armado no internacional el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores cometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

DÉCIMO QUINT

O: Que, aún en el evento de estimarse aplicables tales Convenios de Ginebra, los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna para no dar curso a las causales de extinción de responsabilidad penal esgrimidas por los convictos.

Se destaca que el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente perpetró la contravención y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

DÉCI MO SEXTO: Que habitualmente -sostiene el recurrente-, en este tipo de proceso los sentenciadores invocan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, depositando su instrumento de ratificación el diez de febrero de mil novecientos setenta y dos y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis, publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve. Es decir, la convención entró en vigor el veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, conforme

a lo previsto en el artículo 49 de la misma.

En consecuencia, al momento de comisión de los hechos investigados, el P.I.D.C.P. aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

Sin embargo, en el edicto a quo se consignó que los hechos investigados debían ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Pero, este pronunciamiento omite explicar cuáles son los criterios que los jurisdicentes emplearon para determinar que los hechos indagados en este juicio eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos en el P.I.D.C.P. También omitieron especificar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a semejantes injustos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, en vigencia desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y fija su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. La referida Convención no había sido suscrita ni aprobada por Chile, por consiguiente, no era aplicable ni a la data de comisión del ilícito y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las reglas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Que en cuanto al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el diecisiete de julio de mil

novecientos noventa y ocho, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de diez de noviembre del mismo año, comprende en sus artículos 7° y 8° las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 preceptúa que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, y por ende, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

DÉCIMO NONO: Que el artículo 95 del Código Penal dispone que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, en la especie, en octubre de mil novecientos setenta y tres y, puesto que en autos no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra del responsable antes del año mil novecientos ochenta y ocho, fecha en que se extinguió la responsabilidad por el paso del tiempo, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad derivada del homicidio de Esaú Velásquez se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6° del artículo 93 del Código Penal, o sea, por prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como ley de la República, antes de la comisión de los sucesos averiguados ni durante el transcurso del lapso de prescripción de la acción penal intentada. Dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias que se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar los cuerpos de las víctimas, toda vez que, aunque se

podiere interpretar que tales acciones ejercidas ante los tribunales, eran bastantes para interrumpir el período de prescripción, ellas lo fueron más de quince años después de cometido el delito; y la decisión de condenar por homicidio simple, constituye inobservancia al artículo 93, N° 6°, del Código Penal.

VIGÉSIMO: Que el efecto de las infracciones de ley denunciadas en lo dispositivo del fallo, ello se produjo al condenarse a sus defendidos, en circunstancias que se les debió absolver, ya que el delito de secuestro permanente no existe, dado que la responsabilidad criminal está extinguida por la prescripción de la acción penal y de la pena. Es así como los antecedentes expuestos conducen inevitablemente a concluir que los sentenciadores al castigar a sus mandantes como autores de un delito inexistente y de un delito cuya responsabilidad penal está prescrita, han vulnerado las normas legales citadas, y entonces han afectado lo dispositivo del fallo, al sancionarlos con penas privativas de libertad, la que difícilmente podrán llegar a cumplir en forma íntegra pues algunos de ellos se hallan afectados por graves enfermedades y son todos de tercera edad.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en la última sección del escrito de casación en el fondo, se delata quebrantamiento al artículo 541, N° 10°, del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo escuetamente que sus representados fueron acusados por secuestro y condenados por homicidio. Destaca que los jueces cambiaron la calificación de los hechos, de lo cual se infiere que existió falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, que provoca agravio, porque de no haberse incurrido en los vicios denunciados, los sentenciadores habrían debido absolver, por la imposibilidad de fundar un fallo condenatorio.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en su petitorio el compareciente impetra que se acoja su impugnación, anulando la sentencia recurrida y dictando la de reemplazo que corresponda, donde se absuelva a los procesados de los delitos imputados o les aplique la pena conforme a las normas del artículo 148 del Código Penal, en su caso.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, no obstante lo que se viene reseñando precedentemente, debe tenerse presente que con arreglo al artículo

775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del de Instrucción Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiéndose este tribunal que la sentencia en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, ¿Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta?; para proseguir, en su número quinto con ¿Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.¿.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, al contestar la acusación la defensa de los acusados Garrido Gutiérrez, Segura Santander, Belmar Corral y Palma por intermedio de su presentación de fojas 2.010 y siguientes, solicitó ¿entre otros aspectos- como defensa de fondo, el reconocimiento de la causal de extinción de la responsabilidad penal, consistente en la prescripción de la acción de igual carácter ejercida en autos, si n plantear en forma expresa la procedencia de la minorante de responsabilidad, referida a la aplicación gradual de la anterior, contenida en el artículo 103 del Código Penal.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a su turno, la sentencia de primer grado destinó los raciocinios cuadragésimo tercero a cuadragésimo séptimo, ambos inclusive, para referirse a la petición principal expresada anteriormente, sin emitir pronunciamiento alguno respecto de lo segundo.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, más adelante, la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, hizo suya la de primer grado en los aspectos que se vienen señalando, agregando los fundamentos contenidos en sus motivos cuarto y quinto para mayor abundamiento; de todo lo cual es posible apreciar que se mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho que hacían procedente o no, acoger la circunstancia minorante referida a la media prescripción prevista en el artículo 103 del Código Penal, la que, sin perjuicio de no haber sido solicitada expresamente por la defensa de los encausados, correspondía al tribunal hacerse cargo de ella de oficio, con tal que se halle presente en el juicio, al decir del expreso mandato contenido en el artículo 102 del Código Penal, por lo que constituía una obligación para el juzgador emitir un pronunciamiento al respecto.

VIGÉSIMO NONO: Que, de lo expuesto surge de relieve, entonces, que los sentenciadores de la alzada procedieron -al reproducir el dictamen de primer grado-, a fijar una sanción sin tener en cuenta todos los elementos necesarios para ello, y así incurrieron en error de derecho, ya que no ponderaron los hechos constitutivos de la mitigante en cuestión, que tenían el deber de valorar de oficio, sin que pueda sostenerse que ello fue corregido al desestimar el motivo de extinción de la responsabilidad penal consistente en la prescripción de la acción de igual carácter planteada por la defensa, toda vez que ello se refiere a otra alegación formulada.

TRIGÉSIMO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código persecutorio penal, en relación con el artículo 500, N°s. 4° y 5°, de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, por expresa disposición

del inciso final del artículo 541 ya citado, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del veredicto que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544 de la compilación adjetiva penal antes citada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, y lo descrito en el motivo anterior, y lo señalado por los artículos 535 del Código de Instrucción Criminal y el 808 del de Enjuiciamiento Civil, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo, deducidos por la defensa de los cuatro acusados de autos que rola entre fojas 2.481 y 2.498.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 500, N°s. 4° y 5°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 y 808 de su homónimo Adjetivo Civil, SE ANULA DE OFICIO la sentencia de segunda instancia fechada en Puerto Montt el veintisiete de junio de dos mil ocho, escrita de fojas 2.476 a 2.480, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Rodríguez, quien fue de parecer de no invalidar de oficio la sentencia recurrida y pronunciarse, por tanto, sobre el fondo del recurso formalizado, dado que, aun cuando efectivamente el fallo recurrido no estimó ni ponderó la circunstancia de la media prescripción o prescripción gradual, que tenía la obligación de considerar de oficio, esta irregularidad carece de trascendencia y no tiene influencia en lo dispositivo de lo resuelto, pues, en todo caso, la minorante de que se trata resulta improcedente en la especie, a juicio del disidente, por cuanto uno de los delitos perpetrados fue el de secuestro calificado, respecto del cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que es de carácter permanente, vale decir, creó un estado delictuoso que no ha cesado hasta ahora, no obstante las averiguaciones tendientes a conocer el actual paradero de la víctima o de sus restos en caso de muerte, de suerte que ese estado ilícito se ha prolongado en el tiempo por la

subsistencia de la lesión al bien jurídico protegido, entonces no se ha iniciado el término de prescripción de la acción penal respecto de dicho injusto, razón por la cual no es viable la aplicación de esta institución, ni como causal de extinción de la responsabilidad penal, ni como mitigante de la misma. En cuanto esta última, el impedimento deriva del propio artículo 103 del Código Penal, ya que el transcurso de la mitad del período debe tener como punto de partida el momento de comisión del hecho punible, circunstancia que no es posible precisar en la presente situación, como se ha establecido.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 4155-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Suplente de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a doce de agosto de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

