

**Santiago, tres de julio de dos mil nueve.**

**Vistos y teniendo presente:**

1° Que en contra de la sentencia de primera instancia de dieciséis de mayo de dos mil ocho, escrita a fs. 2562 dictada por el ministro en visita Sr. Carlos Gajardo Galdames que condenó a Jorge Segundo Marín Jiménez a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, como autor del **homicidio calificado en la persona de Rafael Vergara Toledo y homicidio simple de Rafael Vergara Toledo**; y a Alex Vincent Ambler Hinojosa y Francisco Nelson Toledo Puente a las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, mas las accesorias correspondientes, como autores del delito de homicidio simple en la persona de Rafael Vergara Toledo, ha deducido recurso de apelación a fs. 2601 la defensa que representa a los tres sentenciados, sin exponer el motivo de sus agravios los que sólo se manifestaron en los alegatos durante la vista de la causa.

2° Que en el alegato vertido con motivo de la vista de la causa, la defensa de los sentenciados reitera nuevamente los planteamientos de estarse en presencia de la cosa juzgada y subsidiariamente de la prescripción de la acción penal.

Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, cabe dejar establecido que idéntica petición fue hecha por los sentenciados en su escrito de contestación a la acusación fiscal y adhesión de los querellantes, hecha a fs. 2.429, en la cual en lo principal de la misma, oponen la excepción de previo y especial pronunciamiento fundada precisamente en la cosa juzgada y la prescripción, la que después de dársele la tramitación correspondiente y evacuados los traslados conferidos, fue rechazada por resolución de veintitrés de octubre de dos mil siete, escrita a fs. 2531, la que no fue objeto de recurso alguno.

3° Que la primera alegación, esto es la cosa juzgada, la fundamentan en que se instruyó el proceso N° 351-85 por la segunda fiscalía militar, dependiente del Segundo Juzgado Militar de Santiago, por el delito de maltrato de obra a carabineros, causa que fue sobreseída total y definitivamente, donde los ahora sentenciados declararon en calidad de inculpadados, de modo que será el requisito de la doble identidad exigida en lo que dice relación con los hechos investigados e imputados, de manera que el hecho punible sobre el que versa la sentencia, ya fue objeto de un proceso anterior en el que recayó sentencia firme, por lo que corresponde dictar un sobreseimiento definitivo o en su defecto sentencia absolutoria.

4° Que para resolver este planteamiento hay que tener en cuenta que el hecho materia de la sentencia ocurrió el 29 de marzo de 1985, que dio origen a la causa N° 351-85, que se inició por parte de Carabineros N° 8 de esa misma fecha, que pone en conocimiento de la Fiscalía Militar el delito de maltrato de obra a carabineros en servicio, porte ilegal de arma de fuego y muerte.

Esta causa fue sobreseída definitivamente el 2 de noviembre de 1990 conforme lo dispuesto por el artículo 408 n° 5 del Código de Procedimiento Penal, referido al delito contemplado en el artículo 1 número 2 de la ley 18.314 sobre Conductas Terroristas a favor de Rafael y Eduardo Vergara Toledo, por haberse extinguido su responsabilidad penal. Apelada esta resolución por la parte perjudicada la Corte Marcial la confirmó el 5 de septiembre de 1991. El cúmplase de esta decisión data del 27 de septiembre de 1991.

El 27 de abril de 1992, Manuel Vergara Meza y su cónyuge, padres de los hermanos Vergara Toledo, presentan denuncia ante el Segundo juzgado Militar por el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte, dando origen a la causa N° 220-92.

El 29 de abril de 1992, el General Inspector de Carabineros Mario Morales, interpuso denuncia por el delito de falsificación de instrumento público, originando la causa N° 138.709- 9 del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, la que por incompetencia fue remitida al Segundo Juzgado Militar, acumulándose ésta a la causa rol 220-92 el 27 de julio de 1992, la que a su vez por orden de la Corte Marcial se acumula a la causa rol 351-85.

El 25 de octubre de 1993 el juez del Segundo Juzgado Militar dispone el sobreseimiento parcial y temporal de los autos N° 220-92 respecto del delito de violencias innecesarias y falsificación de instrumento público, resolución que fue confirmada por la Corte Marcial el 30 de noviembre de 1994, disponiéndose el cúmplase el 29 de septiembre de 1995. Los padres de Rafael y Eduardo Vergara Toledo, denunciantes, piden el 5 de abril de 2001 dejar sin efecto el sobreseimiento temporal y se reabra el sumario, y sin realizarse diligencia alguna relativa a los hechos investigados sino que solamente agregando el extracto de filiación de los imputados y registro de salidas del país, procede a sobreseer definitivamente la causa por prescripción de la acción penal. Apelada esta resolución la Corte Marcial la confirma el 7 de junio del 2002. El cúmplase data del 26 de julio de 2002. El recurso de casación deducido fue declarado extemporáneo y rechazada su reposición. Se dispuso el cúmplase el sobreseimiento definitivo el 11 de noviembre 2002.

5° Que el 30 de septiembre 2003 la Excelentísima Corte Suprema remitió estos antecedentes relativos a los hermanos Vergara Toledo al ministro en visita Sr. Sergio Muñoz Gajardo con quien dispuso instruir sumario el 13 de octubre 2003.

6° Que conforme a lo que dispone el artículo 408 número 7 del Código de Procedimiento Penal, procede el sobreseimiento definitivo "cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado". A su vez el artículo 418 del mismo código señala "el sobreseimiento total y definitivo pone término al juicio y tiene la autoridad de cosa juzgada".

Las normas anteriores consagran el principio establecido en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe sancionar dos veces a una misma persona por una misma conducta. En este mismo sentido razona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 número 7 expresa "nadie podrá ser juzgados ni sancionado por un delito por lo cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 8 número 4 señala "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

Se entiende que la prohibición está referida a la doble persecución de responsabilidad penal, sea que el primer fallo haya sido absolutorio o condenatorio, pero es necesario que la sentencia se pronuncie en cuanto su responsabilidad. Se requiere un pronunciamiento del tribunal respecto del imputado de acuerdo al mérito de los antecedentes del proceso puesto que, para respetar la garantía que tienen las personas de guardar silencio en torno a hechos de los cuales se pueden desprender consecuencias perjudiciales a su respecto, existen personas que no deben ser interrogadas en calidad de testigos, puesto que están declarando sobre un suceso en que han tenido participación, lo que constituye un hecho propio, pero que en realidad no surge ninguna clase de antecedentes para responsabilizarlos del carácter eventualmente ilícito de su actuar. Esta circunstancia es la que se tiene en cuenta para solicitar, como presupuesto de la garantía, que respecto a las personas que realmente tienen una posible participación culpable, se emita una decisión que le habilitará para no ser nuevamente molestado por ese hecho, de modo que su relación con el tribunal pueda exceder de lo requerido a un testigo, en que de acuerdo al mérito

del proceso se pueda ver afectado por medidas cautelares reales o personales, circunstancia que lleva a requerir exista esa decisión de mérito que determine la posible afectación por medidas restrictivas de derechos, la que precisamente le diferenciará, dejando de ser un simple imputado. Uno de los aspectos que marca la diferencia objetiva en este sentido son el sometimiento a proceso, otro podrá ser el decretar a su respecto una medida cautelar concreta, como el arraigo, embargo, medidas precautorias, detención, etc., de no ser así a dicha persona le asiste la carga procesal común, que no ha estado gravada por ninguna circunstancia, de concurrir al tribunal las veces que sea requerido, pues es necesario para esclarecer un hecho que reviste caracteres de delito, ya que de lo contrario se podría extender la garantía a los testigos para no ser citados más de una vez y a más de un procedimiento para clarificar un mismo hecho, lo que resulta injustificado. Por otra parte, el contexto en que son sobreseídos los inculpados, esto es sobre la base de una solicitud de la parte perjudicada que pide proseguir con la investigación que se encontraba suspendida por un sobreseimiento temporal, no altera lo concluido, ya que en el proceso no se advierte ninguna actuación distinta de la citación a prestar declaración y asistir a la diligencia la reconstitución de escena en un sumario en el que se investiga el delito de violencias innecesarias causando muerte. A todo lo cual según el hecho que no obstante considerar que las carabineros Ambler, Marín, Toledo y Muñoz tienen la calidad material de imputados, en la Fiscalía Militar fueron tratados como testigos, pues se les tomó declaración previo juramento en los autos por maltrato de obra a carabineros en servicio y sólo antes de la reconstitución de escena ya transcurridos más de cinco años los sucesos, se recibió su declaración en calidad de inculpados.

7° Que ha de tenerse presente que la doctrina exige como requisitos de procedencia de la cosa juzgada en materia penal, la identidad de persona, identidad de hecho e identidad de motivo de persecución. En lo referente a la identidad de personal, ésta debe ser física, pero, además, en la posición jurídica de la causa, en atención que no procede el sobreseimiento en abstracto, pues siempre tiene que haber una referencia directa a la persona que ha sido colocada, ya que los llamados sobreseimientos absolutos, que no digan referencia directa a un imputado en particular, no puede ser considerada.

No puede estimarse que se ha dirigido la acción penal respecto de quien sólo ha tenido la causa la posición del denunciado o perseguido judicialmente, lo que alude únicamente a 1° de progreso de la persecución penal, pero que en ningún caso significa que tal acción penal haya sido dirigida su contra.

De esta manera para que exista el efecto la cosa juzgada en materia penal debe darse una doble identidad: tiene que tratarse de un mismo acusado y de un mismo hecho punible. La sentencia produce cosa juzgada sólo respecto de los reos contra los cuales se ha dictado la acusación y por los hechos comprendidos en ella, o respecto de quien se ha dado sobreseimiento definitivo.

Por lo expuesto se concluye que no existe identidad de personas, para los efectos resolver la excepción de cosa juzgada que se ha y expuesto y conforme a la legislación nacional, imponen su rechazo.

8° Que para resolver la excepción de prescripción hay que tomar en consideración que a la época de comisión del delito investigado en esta causa, en el país gobernaban las Fuerzas Armadas y Orden quienes asumieron el Mando Supremo de la Nación el 11 de septiembre de 1973, conforme se consignó del Bando N° 5 y el Decreto Ley N° 1, clausurando entre otras instituciones del Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional, y se hacen cesar diversas organizaciones sindicales, como la Central Única de Trabajadores de Chile, y se declaran

disueltos los partidos políticos, todo ello para mantener la "tranquilidad social", y se señaló que se respetaría la Constitución y las Leyes en la medida que la situación política del país que permitiera.

Se crearon en el país diversos organismos de inteligencia como la D.I.N.A y posteriormente la C.N.I. y otros, que tenían por misión recopilar información a nivel nacional con el propósito de reunir inteligencia que se requería para la formación de políticas, planificación y adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país.

Sobre la base de disposiciones permanentes y transitorios en la Constitución Política de la República de 1980, y en atención a la situación de conmoción existente, por Decreto Supremo N° 138, el 31 de enero de 1985, se prorrogó el estado de sitio en todo el territorio nacional del cinco de febrero al 6 de mayo de 1985, estado de excepción que permitía la adopción de una serie de medidas generales restrictivas de las garantías constitucionales individuales.

9° Que también ha de tenerse en cuenta que la familia de los hermanos Vergara Toledo había sido objeto de innumerables actos de represión y detención por parte de los organismos policiales y de seguridad.

De las detenciones que fueron objeto por parte de carabineros se da cuenta pormenorizadamente en el apartado III del fundamento 8° en la resolución de 9 de mayo de 2005, escrita fojas 2144, dictada por el ministro instructor, la que se reproduce y no se transcribe por su extensión. De estas actuaciones cabe mencionarse en forma especial la ocurrida el 18 de marzo de 1984, en la que carabineros al mando del subteniente Alex Ambler Hinojosa, más un piquete de 15 carabineros y con la concurrencia de un equipo de la C. N. I., allanaron en horas de la noche la casa habitación de la familia Vergara Toledo, encontrándose sin moradores.

10° Que de lo anterior cabe concluir que los hermanos Vergara Toledo eran ampliamente conocidos por los ahora sentenciados, como personas contrarias al gobierno de la época y que constantemente realizaban actos contrarios al régimen, siendo detenidos en varias oportunidades con ocasión de manifestaciones que así lo expresaban.

11° Que tal como ha quedado establecido en el fallo que se revisa, los hermanos Vergara Toledo concurrieron el día de los hechos a una panadería ubicada en avenida Cinco de Abril con Las Rejas, con la intención de "recuperar dinero" (asalto), lo que no se verifica, pues se encuentran con la patrulla de carabineros de la que formaban parte los sentenciados.

Al verse sorprendidos, estos huyen hacia los pasajes interiores de la población siendo perseguidos por los carabineros en cuestión, los que ya habían reconocido a los hermanos Vergara Toledo como unos de los sujetos que huían, procediéndose a la persecución de los mismos. Tras la persecución que latamente se describe en el fallo que se revisa, les disparan, produciéndose la muerte instantánea de uno de ellos, no así del otro, que quedó con una parálisis de las extremidades inferiores. Este último es subido a un furgón de carabineros, donde se le hace un disparo en la nuca a corta distancia, que le produce la muerte, para ser devuelto al lugar donde lo recogieron ya sin vida.

12° Que de lo anterior no cabe sino concluir que lo que comenzó como una persecución para reprimir un asalto a una panadería se convirtió en una cacería de quienes eran sus partícipes, al darse cuenta los agentes policiales que se trataba de los hermanos Vergara Toledo, reconocidos partícipes de muchas actividades contrarias al gobierno.

13° Que lo anterior permite a estos sentenciadores coincidir con la calificación realizada por el sentenciado de primer grado en orden a que se trata en el presente caso de un crimen contra la humanidad, puesto que no se trata de detener a quien ha pretendido participar en un

asalto a una panadería, sino de eliminar a quien es un opositor recalcitrante al gobierno de facto de la época. Lo anterior se ve agravado por la circunstancia de uno de los hermanos Vergara Toledo no fallece en el intercambio de balas, sino que es subido a un furgón policial, donde es rematado con un balazo a corta distancia en la nuca, lo que evidencia el claro ánimo de eliminar a un adversario político.

14° Que refuerza lo anterior la situación de estado de sitio que se había declarado en todo el país y al que se alude en el fundamento 9° de este fallo, lo que corrobora que se trata de un crimen de lesa humanidad, ocurrido durante un régimen de excepción de las garantías individuales, en la que los garantes de la seguridad son precisamente las Fuerzas Armadas y de Orden a las que pertenecen carabineros de Chile.

15° Que el Fiscal Judicial en su dictamen de fs. 2.616 solicita la aprobación y confirmación de la sentencia en alzada.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo que disponen los artículos 513 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se aprueba**, en lo consultado, y **se confirma**, en lo apelado, la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil ocho, escrita a fs. 2.562 y siguientes.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Fuentes, quien estuvo por revocar la sentencia de primera instancia en cuanto condena a los encausados Alex Vicent Ambler Hinojosa y Francisco Nelson Toledo Puente como autores del delito de homicidio calificado en la persona de Rafael Mauricio Vergara y a Jorge Segundo Marín Jiménez como autor de los delitos de homicidio simple en la persona de Eduardo Antonio Vergara Toledo y homicidio calificado en la persona de Mauricio Vergara Toledo, y en cambio, absolverlos de los cargos en su contra, por concurrir a su respecto la excepción de cosa juzgada que emana de otra sentencia anterior que versó sobre la misma materia y con respecto a los mismos inculpados, conforme a los siguientes fundamentos:

1) Que la excepción de cosa juzgada alegada por la defensa de los acusados es una institución jurídica procesal que se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento penal con la finalidad de dar inmutabilidad y certeza a las decisiones judiciales ya ejecutoriadas, asegurando con ello la certidumbre del derecho y la conveniencia social, siendo de su esencia el no volver a discutir y decidir en un nuevo juicio, lo que ya fue resuelto en otro anterior por sentencia ejecutoriada.

Es del caso señalar que para que pueda darse esta excepción es imprescindible que entre el nuevo juicio y el anterior concorra la doble identidad del mismo hecho punible y de los sujetos activos partícipes del mismo.

2) Que, en efecto, en la causa Rol N° 220-92 acumulada a la causa Rol 351-85, seguida ante el Segundo Juzgado Militar, se investigó el delito de violencias innecesarias causando la muerte de las personas de Rafael Mauricio Vergara Toledo y de Eduardo Antonio Vergara Toledo, denunciados por Manuel Vergara Meza y Luisa Toledo Sepúlveda el 27 de abril de 1992, según consta a fojas 219 y la participación de Francisco Nelson Toledo Puente, Alex Vicent Ambler Hinojosa y Jorge Segundo Marín Jiménez, los que fueron oportunamente interrogados en calidad de inculpados, como expresamente se consigna a fojas 242 (Toledo), 427 y 495 (Ambler) y 432 (Marín).

En esa misma causa, por sentencia de fecha veinticuatro de julio de dos mil uno, escrita a fojas 716, y confirmada por la Corte Marcial por sentencia de siete de junio de 2002, escrita a fojas 746, se declaró extinguida la responsabilidad penal de los inculpados Francisco Nelson Toledo Puente, Alex Vicent Ambler Hinojosa y Jorge Segundo Marín Jiménez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esto es, por encontrarse prescrita la acción

penal, **sobreseyéndose total y definitivamente la causa**, decretándose el cúmplase el 26 de junio de 2002. En contra de la resolución confirmatoria de la Corte Marcial, se dedujo recurso de casación en el fondo, el que fue declarado inadmisibile por el mismo Tribunal con fecha nueve de julio de dos mil dos, como consta a fojas 762 de autos, resolución que fue impugnada por la recurrente y rechazada por el tribunal a fojas 767. De este modo, la sentencia de sobreseimiento total y definitivo, en los términos en que fue dictada, se encuentra ejecutoriada, produciendo en consecuencia, con respecto a las partes, el efecto de cosa juzgada, lo que la hace inmutable, inimpugnable y coercitiva para todos los efectos legales.

3) Que, el carácter de cosa juzgada en este proceso está dado por la doble identidad que fluye al haberse investigado en ésta, idénticos hechos a los investigados en la causa rol 351-85 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, y respecto los mismos inculpados que se condenan en la sentencia que ahora se revisa, tal como consta en el numeral cuarto y sexto de la resolución de sobreseimiento total y definitivo de fojas 716 dictado en la referida causa, con la se puso término al juicio en contra de éstos por expreso mandato del artículo 418 del Código de Procedimiento Penal.

4) Que a mayor abundamiento, cabe considerar que la calidad de inmutabilidad e inimpugnabilidad de la sentencia ejecutoriada dictada en la causa Rol N° 351-85, también se encuentra reconocida constitucionalmente en el inciso primero del artículo 76 de nuestra Carta Fundamental, el que prohíbe al Presidente de la República y al Congreso hacer revivir causas ya fenecidas, obligación que también se debe resguardar en sede judicial, especialmente en este proceso, en que no procede, conforme a lo resuelto el Recurso de Revisión consagrado en el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, existe exigencia legal, toda vez que el inciso segundo, del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal preceptúa: “El procesado condenado, absuelto o sobreseído definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometido a un nuevo proceso por el mismo hecho...”

5) Que si bien el precepto legal antes citado, hace referencia a la voz “procesado”, debe entenderse que se refiere a la persona en contra la cual se ha seguido la persecución penal, de estimarse lo contrario, los tribunales, en aquellos casos en que los inculpados son sobreseídos en rebeldía y que no hayan sido procesados en el antiguo sistema o formalizados en el proceso penal reformado -muchos de los cuales no prestan declaración-, no podrían dictar una resolución que extinga su responsabilidad penal por el sólo transcurso del tiempo, reuniéndose los requisitos legales. Ello se ve corroborado en uno de los principios inspiradores del nuevo sistema procesal penal y que se encuentra plasmado en el artículo 1 del código del ramo que regula el “Juicio previo y única persecución” y señala, en lo pertinente, que “La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por un mismo hecho”.

Redacción del voto de mayoría, el abogado integrante don Nelson Pozo Silva, y el de minoría, su autor.

**Regístrese y devuélvase, con sus tomos y agregados, según consta a fojas 2.614 vuelta.**

**N° 2.538-2008**

No firma el abogado integrante señor Pozo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse en funciones.

**N° 2.538-2008.-**

Dictada por la **Sexta Sala de esta Iltma. Corte de apelaciones de Santiago**, conformada por los ministros Sr. Jorge Dahm Oyarzún, Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar y abogado integrante Sr. Nelson Pozo Silva.