

Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En los autos **Rol N° 495-2010**, del 34° Juzgado del Crimen de esta ciudad, por sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 2.827, se condenó a **Edgar Benjamín Cevallos Jones** y a **Ramón Pedro Cáceres Jorquera**, como coautores del **delito reiterado de aplicación de tormentos en la persona del detenido Alberto Bachelet Martínez**, tipificado en el N° 1 del artículo 150 del Código Penal en su redacción vigente a la época de los hechos, perpetrado durante el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 12 de marzo de 1974, en la ciudad de Santiago, el primero, a dos años de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y, el segundo, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta de marzo de dos mil dieciséis, a fojas 3.116, la confirmó con declaración que se elevan las penas impuestas a cada enjuiciado a cuatro años de presidio menor en su grado máximo y las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras duren sus condenas, ordenando la ejecución efectiva de las penas privativas de libertad.

Contra ese fallo la defensa del sentenciado Cáceres Jorquera dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 3.126, en tanto que por el condenado Cevallos Jones, a fojas 3.141, únicamente se formalizó recurso de casación en el fondo.

Por decreto de fojas 3.158 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido en representación de Cáceres Jorquera se funda en la causal contemplada en el N° 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal.

Se reclama por el compareciente que los hechos materia del presente juzgamiento fueron ventilados en un proceso anterior, que concluyó sobreseído definitivamente por la causal del artículo 408 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, fundado en que la muerte de la presunta víctima del delito pesquisado se produjo a consecuencia de patologías graves y naturales, sin intervención de terceros, antecedentes que el fallo atacado pretirió, no solo manteniendo la actual decisión de condena, sino que aumentando la sanción impuesta, privándole de los beneficios de la Ley N° 18.216.

Explica que estas circunstancias fueron puestas en conocimiento del tribunal, dando cuenta que la muerte de don Alberto Bachelet Martínez se investigó en el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, bajo el Rol N° 115870/1974, siendo titular a esa fecha la jueza doña María Antonieta Gutiérrez Forno, quien el 12 de marzo de 1974 se constituyó en dependencias de la Cárcel Pública de Santiago, dejando constancia del fallecimiento del señor Bachelet, dispuso el levantamiento del cadáver y su conducción

al Instituto Médico Legal para la autopsia de rigor, diligencia en que se concluyó “muerte por enfermedad, dilatación aguda del corazón”.

En esa investigación penal, afirma el recurso, se dictó el sobreseimiento definitivo antes señalado, el que fue aprobado por la Corte de Apelaciones de Santiago, ordenándose el archivo de la causa, todo lo que consta a fojas 595 y 596 de estos autos.

Sin embargo, dada la desaparición de dichos antecedentes, denunció los hechos al Ministerio Público y dedujo querrela criminal, la que se acogió a tramitación por el 7° Juzgado de Garantía, lo que dio origen a la causa RIT 4409-2016, RUC N° 1500713074-8.

A pesar de lo antes relacionado, se reclama que en las instancias no se investigó la existencia de ese proceso, terminado por sentencia firme, y que causa la cosa juzgada que se reclama en esta sede, pues en la actual indagación existen testimonios que colisionan con los prestados en un proceso ya afinado.

Por último se afirma que la inactividad reclamada a los jueces los haría responsables del vicio de nulidad de que adolece el fallo, pues ellos debían inhibirse del conocimiento de las querellas deducidas en estos autos y proceder en la forma que dispone el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia de alzada y se dicte la correspondiente de reemplazo que absuelva a su mandante.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo promovido por la misma parte se funda únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dado el error de derecho en que habría incurrido el fallo al desconocer circunstancias atenuantes de responsabilidad que favorecerían a su mandante, cuales son las contempladas en los artículos 103 del Código Penal y 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

En relación a la primera de estas normas, que contempla la llamada prescripción gradual o incompleta, se reclama del fallo la decisión de rechazarla como consecuencia de haberse desestimado la concurrencia de la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción total, a pesar de que se trata de instituciones distintas, con supuestos y efectos diversos y cuyo reconocimiento descansa, en último término, en la aplicación de los principios del derecho humanitario al derecho penal. El error cometido se extiende a la falta de aplicación del artículo 68 inciso tercero del Código Penal, pues con la indicada atenuante el tribunal debió rebajar el castigo en uno, dos o tres grados a partir del mínimo legal, particularmente si se atiende a la fecha de los hechos que se pretenden sancionar.

En lo que concierne a las disposiciones del Código de Justicia Militar que se dicen infringidas, explica el recurso que a la fecha de los hechos Cáceres Jorquera se desempeñaba como Oficial de la Fuerza Aérea sujeto al mando militar, como aparece de los artículos 334 y siguientes del citado código y a las penas de su artículo 337, por lo que los apremios ilegítimos que se le atribuyen siendo actuario del fiscal Otaíza necesariamente tuvieron que verificarse en los interrogatorios que se llevaban a cabo en dependencias militares y en cumplimiento de órdenes judiciales.

El error cometido, en el caso del artículo 211 del Código de Justicia Militar, es suponer que la norma exige que la orden del superior no sea manifiestamente antijurídica, cuando lo que se persigue es aminorar la pena del subalterno cuya voluntad

está influenciada por la del superior, lo cual no precisa, además, la confesión o el señalamiento del superior que impartió la orden.

El caso del artículo 214 inciso 2° es más categórico, pues solo exige una orden del servicio ilegítima que no haya sido representada por el subordinado, el exceso de ejecución y la falta de concierto previo.

En la especie, explica, Cáceres Jorquera estaba sometido al Fiscal Oteíza, en razón de mando y de grado, por lo que la correcta aplicación de las normas antes señaladas, en concordancia con lo que disponen los artículos 51, 68 inciso 3° y 150 del Código Penal, conducía sin duda a la imposición de una pena menor.

Solicita en la conclusión que, considerando la concurrencia de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y la minorante genérica del artículo 11 N° 6 del Código Penal, reconocida por el fallo, se imponga una sanción que no exceda de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Tercero: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del condenado Edgar Cevallos Jones se funda en las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Se reclama por esta parte la existencia de un error de derecho al no calificar correctamente hechos demostrados que constituirían circunstancias eximentes de responsabilidad, lo que sería consecuencia de la contravención a los artículos 10 N° 1 del Código Penal en relación con los artículos 472, 475, 477, 478 del Código de Procedimiento Penal.

Según afirma, Cevallos Jones sufre de demencia comprobada. Así obran en el proceso el Informe Médico 1697/2014 del Servicio Médico Legal realizado por el doctor Roberto Araya, psiquiatra forense, que certifica la existencia de un deterioro psicorgánico progresivo. En igual sentido, el Complemento de Informe N° 2394/2014 del mismo Servicio, no objetado, da cuenta que el enjuiciado es portador de un daño orgánico cerebral progresivo que se traduce en un cuadro demencial de origen vascular y el Peritaje Neurológico N° 268, que diagnostica clara demencia severa y en progresión temporal.

Para llegar a estas conclusiones, explica el impugnante, los distintos informes analizaron más de 7 test de exámenes mentales aplicados, sin ninguna posibilidad de simulación, cuyos resultados son concordantes con una demencia senil mixta tipo Alzheimer vascular coherente con exámenes radiológicos que arrojaron como resultado una demencia severa de predominio sub cortical vascular isquémica y micro hemorrágica.

Sin embargo, a pesar de tales antecedentes, el tribunal razonó en torno a una aparente simulación, reconociendo en su favor únicamente la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1 del Código Penal.

A partir de esos hechos se reclama la vulneración a los artículos 472 y 478 del Código de Procedimiento Penal, porque las pericias médicas establecieron que el sentenciado presenta demencia. También se esgrime la infracción a los artículos 475 y 476 de la misma normativa, pues el tribunal se constituyó en el lugar de residencia del condenado constatando que necesitaba de alguien que lo acompañara para poder notificarlo y su estado de demencia. Enseguida se sostiene la contravención al artículo

477 del aludido código porque de haberse considerado los informes del Servicio Médico Legal como instrumentos públicos, ellos hacen plena prueba del estado de demencia de su mandante.

Se sostiene asimismo que, de existir dudas acerca del estado del deterioro cognitivo del acusado, cualquier interpretación sobre la materia debe favorecer al reo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y los que integran el *ius cogens*, ninguno de los cuales prohíbe la aplicación de circunstancias eximentes de responsabilidad para delitos de lesa humanidad.

Por último, evidentes razones de justicia y el tiempo transcurrido a partir de la fecha de los hechos, según postula la defensa, hacen aplicable el principio de humanidad en materia penal, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 5°, párrafo segundo, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia impugnada y en su reemplazo se resuelva absolver a su mandante.

Cuarto: Que en cuanto a la petición de invalidación formal planteada por la defensa de Cáceres Jorquera cabe tener en cuenta que, en materia penal, la cosa juzgada que emerge de las resoluciones judiciales señaladas por la ley permite la real vigencia del derecho, impidiendo una nueva persecución penal por los mismos hechos, constituyéndose en un obstáculo para un nuevo enjuiciamiento al entender resuelto el conflicto que motivó el ejercicio de la jurisdicción.

La cosa juzgada por una parte posibilita el cumplimiento de lo decidido y, por la otra, impide que el asunto sea revisado en otro juicio, en pos del mantenimiento del orden y la tranquilidad social.

Quinto: Que ante las distintas modalidades de la cosa juzgada civil y penal, las reglas de la primera no resultan del todo aplicables a la segunda. En efecto, las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona del responsable; de este modo, al no exhibir la segunda una reglamentación clara, como la tiene en materia civil, la doctrina unánime -compartida en reiterados fallos por este tribunal- sostiene que no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, postulando como únicas exigencias la identidad de los hechos punibles investigados e identidad de sujetos activos del delito, en función de aquello que constituye lo central del proceso penal, a saber, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o las personas responsables del mismo, extremos sobre los cuales, en consecuencia, versa el juzgamiento, cuya repetición se impide en virtud de la cosa juzgada.

Sexto: Que las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fundamentales en el juicio penal, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de las personas responsables del mismo. Sobre ello fuerza la ley la atención investigativa y probatoria del tribunal y sólo cuando se logra permite el sometimiento a proceso.

El estudio particular de estos aspectos ha llevado a don Rafael Fontecilla Riquelme a afirmar que surgen “dos elementos relevantes, que constituyen la médula de

la decisión que el juez debe hacer en la sentencia: el hecho punible y la persona a quien se atribuye la ejecución o participación de ese hecho”, y “sobre estos extremos versa el juzgamiento y determinan, por ende, la cosa juzgada”, y concluye: “Por lo tanto, el concepto de identidad, del cual no podemos desprendernos, porque es de la esencia de la institución de la cosa juzgada que tiene por objeto evitar la repetición procesal, de lo que es idéntico, sólo puede surgir de la comparación del hecho y de la persona del procesado en el enfrentamiento de dos procesos.” De modo que “la excepción de cosa juzgada puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) identidad de hechos punibles, técnicamente tipos; b) identidad entre los sujetos activos del delito.” (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, pág. 231-232 Editorial Jurídica 1978).

Del mismo modo, el catedrático español Fernando Gómez de Liaño afirma que “para que se produzca la cosa juzgada penal ... sólo exige la concurrencia de dos identidades, la del sujeto pasivo y de los hechos, no influyendo en este sentido las partes acusadoras, por su carácter instrumental, y eventual en muchos casos.” (El Proceso Penal, Editorial Forum S.A. Oviedo, 5ª. Edición pág. 242).

Séptimo: Que las reflexiones anteriores aparecen recogidas por el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, de lo que es posible desprender que para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del actual procesado, alcanzando sólo a quienes han sido partes en el proceso anterior, lo que viene a significar -en sede procesal penal- que el actual procesado debe haberlo sido también en la anterior causa.

Octavo: Que respecto de la investigación penal Rol 115870/74 del ex Tercer Juzgado del Crimen de Santiago que motiva la cosa juzgada esgrimida en esta causa, solo existen dos antecedentes, la copia del lomo del que sería el Libro de Estados 11 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, Nros. 115660-117387, y la copia de una hoja que señala “Alberto Bachelet Martínez. Muerte. 12-3-74. S.D.C. 9-4-74 (408 N°2). Aprob. Arch. 25-6-74.”

De tales elementos no es posible concluir la doble identidad requerida por la cosa juzgada, pues incluso conviniendo que esas copias darían cuenta de la sustanciación de un proceso por la muerte del señor Bachelet Martínez, concluido por sobreseimiento definitivo, nada indica que se haya indagado la posible responsabilidad de terceros en su deceso, más aun si se tiene en cuenta que esas copias revelan que tal investigación, de haber existido, se extendió solo por 28 días.

Noveno: Que es efectivo que el Estado puede reaccionar sólo una vez por un hecho con el objeto de aplicar una sanción penal a su responsable, lo que supone para el inculpado la garantía de que no puede ser sometido a un doble juzgamiento por unos mismos acontecimientos, situación que en este caso no se evidencia, porque solo existe un pronunciamiento judicial respecto de la posible responsabilidad de Cáceres Jorquera en la muerte del señor Bachelet Martínez. De haber sido efectivamente juzgado con anterioridad, su extracto de filiación y antecedentes daría cuenta de ese hecho.

Décimo: Que, en consecuencia, al no configurarse la doble identidad que el proceso penal exige para que haya cosa juzgada, el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de fojas 3.126 será desestimado.

Undécimo: Que previo al análisis de los recursos de casación en el fondo deducidos es conveniente recordar los hechos que el tribunal de la instancia ha tenido por demostrados.

Tales son los contenidos en los considerandos sexto, séptimo y octavo del pronunciamiento de primer grado, que señala:

1.- A partir del 11 de septiembre de 1973, los servicios de inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile iniciaron acciones militares con la finalidad de investigar a Oficiales y Suboficiales de la Institución, a quienes se imputó la comisión de delitos contemplados en el Código de Justicia Militar, y su origen eran acciones favorables al depuesto gobierno del Presidente Salvador Allende Gossens;

2.- Bajo este fundamento y objetivo la Fuerza Aérea de Chile procedió a nombrar un Fiscal Especial a cargo de la investigación, quien actuó amparado en el procedimiento de los Tribunales en Tiempos de Guerra, con absoluta prescindencia de principios fundamentales del debido proceso, apoyado por agentes de inteligencia de la institución y decide ordenar la detención de estos militares, quienes luego de ser aprehendidos son trasladados a instalaciones dispuestas para su reclusión e incomunicación, sometiéndoseles a interrogatorios bajo tortura para obtener sus confesiones y llevarles a juicio ante un Consejo de Guerra, bajo el cargo de cooperar con elementos enemigos, dirigido principalmente a quienes formaban parte de los Partidos Comunista, Socialista, MAPU o movimientos como el de Izquierda Revolucionaria (MIR) y en general a todos los partidarios de la llamada Unidad Popular, lo que constituía un acoso ideológico;

3.- Uno de los oficiales que se encontraba en esa situación era Alberto Arturo Miguel Bachelet Martínez, General de Brigada de la Fuerza Aérea de Chile y Director, a la fecha del pronunciamiento militar, de la Secretaría Nacional de Distribución del Gobierno derrocado, a quien se le detiene por primera vez cerca de las 09:00 horas del 11 de septiembre de 1973, en su oficina del Ministerio de Defensa, por camaradas y subalternos, que aducen orden del Comandante en Jefe de la Institución. Luego proceden a despojarle de su arma de servicio, lo encañonan con un arma de fuego para intimarle la detención y finalmente le incomunican bajo custodia militar, en una de las oficinas del lugar, donde horas más tarde se le informa que queda en libertad por no haber cargos en su contra. Bachelet considerablemente afectado en su honorabilidad, decide presentar su renuncia a la Fuerza Aérea de Chile;

4.- No obstante la resolución de no haber cargos en su contra, el 14 de septiembre se le vuelve a requerir, esta vez en su domicilio por personal de la Institución, quienes le trasladan a dependencias de la Fiscalía de Aviación, donde un Fiscal al interrogarle le imputa haber asistido a reuniones en el Banco del Estado, donde él y otros Oficiales estuvieron con personajes políticos de izquierda, también de poseer depósitos en el Banco del Estado en una cuenta corriente de su propiedad y proporcionar información reservada de la Institución a civiles. Por último, se le inculpa del hecho de haberse detectado movimientos de armas al interior del Banco del Estado. Una vez que la diligencia se cumple, junto a otros oficiales, son trasladados al

Regimiento de Artillería Antiaérea de Colina, donde quedan en calidad de detenidos hasta el día 20 de septiembre, fecha en que son trasladados a la Academia de Guerra Aérea, donde se les mantiene detenidos y se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes por oficiales y personal de la Fuerza Aérea, quienes desempeñando funciones de interrogadores bajo el mando de la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra, les torturaban.

Estas torturas que tendían a obtener confesión en sus delitos, consistían en mantenerles con la vista vendada o encapuchados por varios días, atarlos de las manos por la espalda obligándoles a mantenerse de pie por tiempo indefinido, sin hablar, bajo amenaza de dispararles, como también los despojaban de sus pertenencias para hacerlos sentir desamparados. No les proporcionaban agua ni los llevaban al baño, pero con el fin de aumentar su angustia les hacían escuchar como corría el agua en el lavabo, y también oír el ruido de la cadena del sifón.

Los sometían a constantes presiones y amenazas de causarles daño, todo lo cual se prolongaba hasta el momento en que eran conducidos a las dependencias de la Fiscalía de Aviación, donde el general Orlando Gutiérrez Bravo, quien oficiaba de fiscal, les volvía a interrogar una y otra vez;

5.- Estos tratos desalmados, inhumanos e indignos, referidos por la víctima como “ablandamientos”, le provocaron isquemias, particularmente por los antecedentes cardíacos que le precedían y que a esa fecha eran conocidos por los oficiales que se encontraban cumpliendo funciones en la Fiscalía de Aviación y que finalmente en esa ocasión obligan a su hospitalización en el hospital institucional desde el 22 de septiembre de 1973 hasta los primeros días de octubre de ese año, diagnosticándole una afección cardíaca provocada por el estado de tensión y presión psicológica a la cual se le había sometido.

Con posterioridad a esa fecha, su privación de libertad la cumple bajo arresto domiciliario, que perdura hasta el 18 de diciembre de 1973, fecha en la cual le vuelven a detener, esta vez para trasladarlo a la Cárcel Pública, donde lo mantienen recluido junto a otros oficiales en una celda.

En el intertanto y en virtud de la constante presión a que se encontraba sometido, vuelve a sufrir nuevas descompensaciones y debe reiteradamente ser llevado al hospital institucional, donde de acuerdo a lo expresado por su esposa Ángela Margarita Jeria Gómez, continuaban los hostigamientos y amenazas a través de la guardia que se había dispuesto;

6.- Finalmente, el 11 de marzo de 1974, el General Bachelet es retirado desde la Cárcel Pública por una patrulla formada por un Oficial y dos conscriptos de la Fiscalía de Aviación, en cumplimiento de órdenes superiores, quienes le trasladan a dependencias de la Academia de Guerra para someterlo a un interrogatorio y obligarlo a escuchar los quejidos por torturas a una mujer, lo que se prolongó por varias horas, regresando solo en horas de la noche, llegando a su celda en estado de extenuación, lo que posteriormente confirma su esposa, quien logra acceder a una nota que el General Bachelet habría logrado ocultar en una de las camisas que semanalmente le entregaban a ella para el lavado.

En la misiva le revelaba cómo en los interrogatorios era sometido a sesiones de ablandamiento por oficiales de la institución, presiones que también son confirmadas

por sus compañeros de celda quienes ratifican en su mayoría el estado de salud en que regresa y confirman que las visitas a la Academia de Guerra de la Fuerza Aérea tenían como única finalidad someter a los detenidos a torturas y presiones indebidas para obtener declaraciones y continuar con los operativos y detenciones de personas relacionadas con una supuesta infiltración de la institución;

7.- Al día siguiente, en horas de la mañana la víctima se siente mal y decae, siendo atendido por el doctor Yáñez, compañero de reclusión, quien comprueba que el General Alberto Bachelet sufre de una dilatación cardíaca aguda, la que finalmente sería la causa de su muerte en dependencias de la Cárcel Pública, donde no se le pudo brindar oportunamente los cuidados que la urgencia requería, dada la complejidad del cuadro cardíaco y los escasos medios para asistirlo

8.- El día anterior Bachelet comentó haber sido sometido a intensa sesión de interrogatorio con apremios psicológicos y exigencias físicas que no se condicen con su estado de salud, condición que no era desconocida al interior de la institución y en especial por sus custodios, existiendo una evidente y directa relación entre la muerte de la víctima y su último interrogatorio, lo que desencadena la descompensación.

9.- También quedó acreditado a través de las declaraciones de testigos que fueron detenidos e interrogados en la Academia de Guerra Aérea y de las sentencias ejecutoriadas dictadas en procesos donde se investigó su estructura y las acciones cometidas, que al interior de dicha unidad militar se constituyó entre los años 1973, 1974 y principios de 1975, un centro de detención de miembros de la institución y de civiles encarcelados bajo el cargo de “infiltración marxista”, es decir todas las personas que se manifestaban contrarias al régimen político militar que gobernaba en esa época, donde los internos eran infatigablemente sometidos a sesiones de torturas y apremios físicos y psicológicos por funcionarios de la Fuerza Aérea que los tenían a su cargo, con el propósito de obtener de ellos sus confesiones de culpabilidad y poder así condenarlos en Consejo de Guerra, como finalmente ocurrió con el denominado Caso Bachelet y otros, conocido con el Rol n° 1-73 del Juzgado de Aviación, proceso que ha demostrado ser falaz y espurio.

Tales son los sucesos demostrados que fueron calificados como constitutivos del delito de aplicación de tormentos con resultado de muerte.

Para efectos de tener por acreditada la participación de los acusados en los hechos la sentencia tuvo por demostrado que éstos, ostentado cargos de empleados públicos, como lo eran sus condiciones de Comandantes de la Fuerza Aérea y jefes directos del grupo de funcionarios que bajo sus órdenes custodiaban a los prisioneros mantenidos en la Academia de Guerra, participaron de manera inmediata y directa en sus interrogatorios y en la aplicación de apremios físicos y mentales que provocan a la víctima dolores y sufrimientos graves, e inducen intencionalmente a que se desencadene su dolencia cardíaca.

Duodécimo: Que la causal de invalidación esgrimida por el libelo de casación en el fondo del sentenciado Cáceres Jorquera -546 N°1 del Código de Procedimiento Penal- descansa en el supuesto error de derecho cometido por el fallo impugnado al desconocer circunstancias atenuantes de responsabilidad cuyos supuestos fácticos estarían debidamente asentados en la sentencia.

Décimo tercero: Que la alegación relativa a la errónea falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal debe ser desestimada, pues es correcto el razonamiento del fallo en el sentido que la media prescripción está relacionada con el transcurso incompleto del tiempo y que, siendo un delito imprescriptible, no es posible iniciar el cómputo del plazo requerido por la prescripción gradual.

Décimo cuarto: Que, además, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo declara expresamente, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

Décimo quinto: Que en relación a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, la sentencia declara que el acusado negó siempre su participación en los hechos, por lo que no es posible sostener que obró en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico.

Sin perjuicio de lo señalado por el fallo, el recurso funda esta alegación en un supuesto de hecho que la sentencia no establece como probado, cual es que el enjuiciado, en el desempeño del cargo de actuario en interrogatorios, se encontraba subordinado a las órdenes del Fiscal Oteiza.

De esta manera, dada la inexistencia de prueba tendiente a demostrar el juicio de valoración que, como subalterno, habría efectuado Cáceres Jorquera respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, la reclamación de la defensa no ha podido ser atendida.

En todo caso, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar).

Las mismas consideraciones impiden atender la alegación de la defensa fundada en la contravención del artículo 214 del Código de Justicia Militar.

Décimo sexto: Que por estas consideraciones el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado Cáceres Jorquera será desestimado.

Décimo séptimo: Que, por último, el recurso de casación en el fondo formalizado por el condenado Cevallos Jones persigue su absolución dada la concurrencia de una causal de exención de responsabilidad penal, cual es la contemplada en el artículo 10 N° 1 del Código Penal.

Una alegación de esta naturaleza supone que la sentencia declare la existencia de la locura o demencia de la que deriva la inimputabilidad del enjuiciado. Sin embargo, lo

único que el fallo afirma a este respecto es que los informes agregados a los autos no demuestran que el acusado esté privado de razón.

Décimo octavo: Que sin perjuicio de lo antes reseñado, la inimputabilidad contemplada en el artículo 10 N° 1 del Código Penal debe presentarse al momento de cometer el delito, es decir se trata de padecimientos expresamente señalados en la ley que supongan un compromiso profundo y grave de las facultades mentales presente al cometer el delito, en términos que, en ese momento, el agente está incapacitado para comprender lo antijurídico de su actuar y autodeterminarse conforme a derecho, en cuyo caso el procedimiento ha de ajustarse a los artículos 682 y 683 del Código de Procedimiento Penal.

Décimo noveno: Que el caso del procesado que cae en enajenación mental difiere del anterior y se halla regulado en los artículos 684 y siguientes del aludido cuerpo legal. Se trata de un estado de enajenación mental e inimputabilidad sobreviniente comprobado a través de un informe psiquiátrico decretado en la causa que deberá contener precisas conclusiones referentes a la salud mental del procesado e indicar concretamente si éste debe o no ser considerado un enajenado mental, si la enfermedad es o no curable, si su libertad representa un peligro en términos que pueda atentar contra sí mismo o contra otras personas, según pronóstico médico legal, y, en general, deberá contener las modalidades del tratamiento a que deba ser sometido.

Vigésimo: Que como se aprecia de los antecedentes de autos, la enfermedad que padecería el procesado y que conduce a su defensa a calificarlo de loco o demente habría sobrevenido en fecha muy posterior a la de los sucesos indagados, los que datan de septiembre de 1973 a marzo de 1974, condiciones en las que no aparece que los sentenciadores hayan incurrido en el error de derecho que se les reprueba, pues los hechos que sostienen su decisión no configuran la eximente de responsabilidad penal que establece el artículo 10 N° 1 del Código Punitivo, es decir el trastorno que actualmente le aquejaría no supone que se encontraba totalmente privado de razón a la época del ilícito.

La denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba tampoco sirven a los fines pretendidos, pues las que se reclaman como infringidas además de no imponer limitaciones a los jueces del fondo en la labor privativa y soberana que les compete en la valoración de las probanzas, tampoco se esgrimen para efectos de demostrar que la enajenación mental, de existir, se hallaba presente en los años 1973 y 1974, condiciones en las que el recurso no puede ser atendido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 103 del Código Penal; 535, 541 N° 11, 546 Nros 1° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el condenado Ramón Cáceres Jorquera a fojas 3.126 y el de casación en el fondo formalizado en representación del sentenciado Edgar Benjamín Cevallos Jones, a fojas 3.141, en contra de la sentencia de treinta de marzo de dos mil dieciséis, que corre a 3.116, la que, en consecuencia, no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo de los arbitrios, en lo tocante a la circunstancia especial de atenuación prevista en el artículo 103 del Código Penal, teniendo especialmente en cuenta que, a su juicio, no procede ejercer la facultad otorgada por los artículos 65 y siguientes del Código Penal, a los

cuales se refiere el artículo 103 citado, atendidas las particularmente reprochables circunstancias de comisión del ilícito penal establecido, perpetrado por inferiores jerárquicos de la víctima, con grave ofensa a la dignidad del ofendido, además de su integridad corporal.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado Cáceres Jorquera, **con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas**, quien estuvo por acogerlo, respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar al sentenciado Cevallos Jones, aun cuando no la haya alegado formalmente por esta vía. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, dada la fecha de consumación del delito indagado.

4° Que del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la disidencia y prevención, sus autores.

Nº 28.650-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.