

C.A. de Temuco

Temuco, veinticinco de junio de dos mil diez.

VISTOS:

Se modifican los siguientes considerandos en la forma que se señala: se elimina todo el fundamento cuarto y quinto, décimo y undécimo. En el décimo quinto se elimina toda la segunda parte a partir de la línea 7 final que comienza “de manera legal y arbitraria” hasta “justicia” y se sustituye para luego realizar con ellos los apremios ilegítimos que da cuenta el motivo noveno. Y en los cuales como se ha señalado en el motivo decimo cuarto les cipo participación a los acusados Burgos Dejean y Fritz Vega. Se elimina el décimo octavo y décimo noveno. En el vigésimo segundo, en el primer párrafo se elimina partir de manera ilegal y arbitraria hasta justicia y se sustituye por para luego participar en los apremios ilegítimos que da cuenta el motivo décimo séptimo. En el mismo considerando se elimina la frase final que comienza “a llevar a cabo la detención y posterior traslado” por “a llevar a cabo los apremios ilegítimos señalados”. Se elimina el vigésimo quinto y vigésimo sexto. En el vigésimo noveno, en el párrafo primero se elimina desde la frase “tal privación de libertad” hasta “privar de ella” por “para luego realizar los apremios ilegítimos que da cuenta el considerando vigésimo cuarto n°3. Y en su párrafo segundo del mismo considerando se cambia la frase “lo vinculen con sus detenciones” por “lo vinculen con los delitos de apremios ilegítimos señalados en el motivo vigésimo cuarto. En el motivo cuadragésimo sexto se elimina la frase “con la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado mínimos a medio” por la frase “con la pena de presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados”. En el motivo cuadragésimo séptimo se elimina la frase “con la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado mínimos a medio” por la frase “con la pena de presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados. En el motivo cuadragésimo octavo se elimina la frase “con la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado mínimos a medio” por la frase “con la pena de presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados. En el motivo cuadragésimo noveno se elimina la frase “con la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado máximo” por la frase “con la pena de presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados.

Y TENIENDO EN SU LUGAR ADEMÁS PRESENTE:

1) Que en la sentencia dictada por el Ministro Instructor Fernando Carreño Ortega que rola de fs. 1559 a fs. 1617, tomo V, de fecha 30 de septiembre de 2009, en su motivo trigésimo tercero a fs. 1603 el sentenciador hace alusión al artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Política en cuanto impone como límite a la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y obliga a los órganos del Estado a respetar y promover tales derechos, los que pueden tener como fuente tanto la Constitución Política como los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; a lo que habría que agregar el Ius Cogens, esto es, principios imperativos de Derecho Internacional que son cimientos de civilidad y humanidad que obligan a los Estados a respetarlos y cumplirlos. En el mismo fundamento hace un detallado examen de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que se encuentran en vigencia en nuestro país desde 1951 y en el artículo 148 (131 del Convenio

Tercero) prohíbe a los Estados contratantes exonerarse a así mismos de las responsabilidades en que hubieren incurrido y que emanen de las infracciones que los Convenios consagran. Fundamento éste que el propio fallo señala fue ratificado por la Corte Suprema en rol ingreso 469-98. Asimismo, dicho fundamento concluye que los delitos investigados en autos (detenciones ilegales, pero para esta Corte como se razonará, constituyen el delito de tortura esto es apremios ilegítimos) perpetrados por agentes del Estado no tiene lugar ni la amnistía ni la prescripción por constituir crímenes contra la humanidad.

2) Que el término crímenes de lesa humanidad ya fue usado en un sentido no técnico en la Declaración de 28 de mayo de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia en la que denunciaron las masacres a los armenios por parte del Imperio Otomano como crímenes de lesa humanidad. Hay que precisar que el criminal contra la humanidad excede con mucho en su conducta el contenido ilícito de cualquier otro delito. Asimismo, el Derecho Penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos y si lo hiciere sufriría un grave desmedro ético: no hay argumento jurídico ni ético que le permita invocar la prescripción (profesor Eugenio Raúl Zaffaroni). El crimen de lesa humanidad es aquel injusto que no sólo contraviene los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, esto es, se mira al individuo como cosa. La característica principal es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados. Es un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes. Con anterioridad a 1945, crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, según el Estatuto de Nuremberg, artículo 6° literal c) comprendía el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil. Fue en 1945 a través de la ley 10 del Consejo de Control que estableció como delitos de lesa humanidad todos los dichos anteriormente y agregó encarcelamiento, **tortura** y violación. Desde esa fecha, 1945, se ha considerado en forma clara y precisa en el contexto del Derecho Humano Internacional y de Derechos Humanos, que la tortura es un delito de lesa humanidad, delito de tortura que en la actualidad es ratificado en el artículo 7 del Tratado de Roma y entiende como el causar intencionalmente, dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. Por su lado, en la revista de Derecho Penal contemporáneo, Tomo XIV, el profesor Jean Paul Akayesu señala que el Derecho Internacional humanitario define como tortura infligir intencionalmente dolor físico o mental severo o sufrimiento a la víctima por un funcionario o alguien que actúe por instigación, o la aquiescencia o consentimiento de un funcionario o persona que actúe como servidor público con uno de los siguientes propósitos: obtener información o confesión de la víctima o de una tercera persona, castigar a la víctima o a una tercera persona, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona o por cualquier razón basada en discriminación de cualquier tipo.

3) Que razonado lo anterior, lo que corresponde realizar es dar cuenta de lo sucedido en términos de justicia, hacer el mejor esfuerzo intelectual y de racionalidad jurídica tendiente a proteger al hombre y dar una respuesta sustantiva a su aflicción. Un Estado siempre debe ser un Estado de Derecho, más específicamente, un Estado de Derecho Democrático y social, pero jamás un Estado de tortura en el cual permita espacios para que a las personas se le infrinjan dolores o sufrimientos severos, ni menos por agentes del Estado bajo ninguna circunstancia. A partir de esta reflexión esta Corte de Justicia no comparte la reflexión realizada por el sentenciador de primera instancia, quien no obstante que en la acusación de fs. 1284 del Tomo

IV calificó los hechos investigados como los sancionados en el artículo 150 n°1 del Código Penal vigente a la época de su perpetración, los recalifica en la sentencia en análisis en el motivo cuarto, quinto, décimo, undécimo, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo quinto y vigésimo sexto por el delito contemplado en el artículo 148 inciso primero del Código Penal por estimar que el tipo penal del artículo 150 n°1 del Código Penal utiliza la voz reo por cuanto los vejámenes o apremios que se ejecutan sobre la persona deben tener una calidad especial, esto es, debe estar sometido a proceso por un Tribunal de la República, desde el momento que el legislador empleó el vocablo reo. En el caso de autos, no se puede sancionar como responsable de tales ilícitos, expresa el sentenciador de primera instancia, cuando tales acciones han recaído sobre personas que no revisten dicha condición procesal, por ejemplo, detenidos, sospechosos o inculpados, como serían las víctimas de autos. Finaliza su argumentación, el Ministro Instructor indicando que la ley 19.567 de 1998 modificó el texto primitivo del artículo 150 del Código Penal para poder sancionar otros tipo de conductas atentatorias contra las garantías procesales, como es, la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales a quienes se encontraren privados de libertad sin distinguir la calidad procesal que revistieren las víctimas. Los argumentos esgrimidos anteriormente son rebatibles por lo siguiente: 1.- Por lo expuesto en los considerandos anteriores en relación al significado que tiene para la comunidad jurídica internacional y para la vigencia de los Convenios de Ginebra el concepto de delito de lesa humanidad. 2.- De la misma forma, la importancia que tiene como delito de lesa humanidad el concepto de tortura. 3.- tal como se expuso, asimismo, anteriormente el Convenio tercero de Ginebra artículo 131 prohíbe a los Estados contratante exonerarse a sí mismos de las responsabilidades en que hubieren incurrido y que emanen de las infracciones que los Convenios consagran. 4.- El Derecho Penal no tiene fundamento jurídico ni ético para aceptar cualquiera modificación o prescripción que derogue o haga desaparecer un delito de lesa humanidad como es el caso de la tortura y como es la citada ley 19.567. 5.- De la misma forma, por mucha modificación que se haya hecho, al vocablo reo o encargatoria de reo o autoencargatoria de reo, como son las leyes 19.047 de 14 de febrero de 1991, ley 19.114 de 4 de enero de 1992 y ley 19.158 de 31 de agosto de 1992, no cambian en absoluto la gravedad de los hechos cometidos y a las circunstancias que a la época de comisión de los hechos perpetrados en Chile (apremios ilegítimos, tortura) el delito estaba previsto y sancionado en el artículo 150 n°1 del Código Penal. Siendo delito de lesa humanidad consagrado positivamente y aceptado por toda la comunidad internacional por lo menos desde 1945 como se ha dicho, el Estado, los Tribunales, el legislador no pueden, en modo alguno, modificar, derogar, dicho delito de tortura en su beneficio o interés. Lo único que cabe es averiguar los hechos y sancionar a los responsables.

4) Finalmente, en la misma línea anterior, tampoco se acepta el razonamiento del Ministro Instructor, por cuanto de la lectura del Código Penal, en el párrafo 4° del libro 2°, Título 3°, artículos 148 a 161 denominado “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”, se desprende que la voz reo debe entenderse unívocamente como procesado u otra calidad procesal, más aún, si el propio artículo 150 n°1 inciso 2° señala la voz paciente. En consecuencia, una cosa es el Derecho Penal sustantivo que en materia de crímenes de lesa humanidad es inmodificable y otra cosa es, el Derecho Penal adjetivo o procesal. Del mismo modo, como lo han expuesto los abogados defensores de las víctimas, si se acepta la tesis del Ministro Instructor, quiere decir que no obstante existir el delito de apremios ilegítimos (tortura) se está permitiendo al Estado efectuar vejámenes a libre paciencia de la comunidad y el ordenamiento jurídico, cosa que la comunidad jurídica nacional e internacional no puede aceptar.

5) Que de acuerdo a lo cavilado, entonces, los hechos reseñados en el motivo tercero de la sentencia citada corresponden al delito tipificado en el artículo 150 n°1 del Código Penal, esto es, apremios ilegítimos en la persona de Fernando Nambrard Rodríguez, Ramón Apablaza Figueroa y Víctor Pérez Rubio.

6) Que de acuerdo a lo analizado, entonces, los hechos reseñados en el motivo noveno de la sentencia citada corresponden al delito tipificado en el artículo 150 n°1 del Código Penal, esto es, apremios ilegítimos en la persona de Joaquín Rifo Muñoz, Guillermo Enrique Carrasco Vera, Javier Arnoldo Figueroa Guerrero.

7) Que de acuerdo a lo razonado, entonces, los hechos reseñados en el motivo décimo séptimo de la sentencia citada corresponden al delito tipificado en el artículo 150 n°1 del Código Penal, esto es, apremios ilegítimos en la persona de Pedro Carrillo González, Augusto Leal Ruiz, José Dagoberto Iturra Bastías, Germán Bustos Bravo.

8) Que de acuerdo a lo razonado, entonces, los hechos reseñados en el motivo vigésimo cuarto de la sentencia citada corresponden al delito tipificado en el artículo 150 n°1 del Código Penal, esto es, apremios ilegítimos en la persona de Germán Carrasco Paul, Ramón Humberto Ríos Salgado y Pedro Eugenio Escalona Ferrer.

9) Que en consecuencia a los acusados según se ha razonado en la sentencia ya citada y por los motivos expuesto en este análisis corresponde aplicarles la pena indicada en el artículo 150 n° 1 del Código Penal. Panas que obviamente no pueden ser aplicadas por la gravedad de los hechos en la parte más baja de su grado mínimo sino que deben ser aumentadas como se dirá en lo resolutivo.

10) Que atendido lo ponderado anteriormente, esta Corte de Justicia comparte parcialmente lo dictaminado por el Fiscal Judicial a fojas 1694 y 1695 de estos autos, puesto que como ya se ha dicho, la tipificación que corresponde aplicar a los hechos es la del artículo 150 N° 1 del Código Penal, como se ha razonado latamente.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 526 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, 22, 25 y 150 n°1 del Código Penal se declara:

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

I.- Que **SE CONFIRMA** la sentencia dictada el treinta de septiembre de dos mil nueve, escrita de fojas 1559 a 1617, con la siguiente DECLARACIÓN: a) Que se condena a Jorge Nibaldo Del Rio del Río, ya individualizado como autor de los delitos de apremio ilegítimo, en las personas de: Pedro Segundo Carrillo González, Augusto Leal Ruiz, José Dagoberto Iturra Bastías y Germán Bustos Bravo, previstos y sancionados en el artículo 150 n°1 del Código Penal de la época, perpetrados en Septiembre de 1973 en la comuna de Carahue a cuatro penas de 100 días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público si alguno ejerciere por igual periodo. b) Que se condena a Omar Burgos Dejean, ya individualizado como autor de los delitos de apremio ilegítimo, en la persona de Joaquín Rifo Muñoz y Javier Arnoldo Figueroa Rivero, previstos y sancionados en el artículo 150 n°1 del Código Penal de la época, perpetrados en Septiembre de 1973 y octubre de 1975 respectivamente en la comuna de Temuco, a dos penas de 80 días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público si alguno ejerciere por igual periodo. c) Que se condena a Juan de Dios Fritz Vega, ya individualizado como autor de los delitos de apremio ilegítimo, en la persona de Joaquín Rifo Muñoz, Guillermo Enrique Carrasco Vera y Javier Arnoldo Figueroa Rivero, previstos y sancionados en el artículo 150 n°1 del Código Penal de la época, perpetrados en Septiembre de 1973 y octubre de 1975 respectivamente en la

comuna de Temuco, a tres penas de 80 días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público si alguno ejerciere por igual periodo. Que respecto del beneficio alternativo de la reclusión nocturna, se le fija un cómputo de 240 días. d) Que se condena a Orlando Moreno Vásquez, ya individualizado como autor del delito de apremio ilegítimo, en la persona de Pedro Eugenio Escalona Ferrer, previsto y sancionado en el artículo 150 n°1 del Código Penal de la época, perpetrados en Mayo de 1974 en la comuna de Temuco a la pena de 200 días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público si alguno ejerciere por igual periodo.

II.- Que en lo demás **SE CONFIRMA** la sentencia apelada y se aprueba en lo consultado.

III.- Que asimismo se aprueban los sobreseimientos definitivos escritos a fojas 1086, 1168 y 1558 de autos.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

I.- SE CONFIRMA en todas sus partes la sentencia antes individualizada.

Redactada por el Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre

Regístrese y devuélvase.

Criminal-120-2009.(crl.)

R. MESA

SR. LOYOLA

Pronunciada por la Segunda Sala

Presidente Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, Ministro Sr. Archibaldo Loyola López y Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco. Se deja constancia que el Ministro Sr. Toro, no firmó, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y su respectivo acuerdo, por encontrarse con licencia médica.

En Temuco, veinticinco de junio de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

En Temuco, veinticinco de junio de dos mil diez, notifiqué la resolución precedente la Fiscal judicial, quien no firmó.