

Santiago, veinticinco de mayo de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 2.182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio "Bernardo Lejderman", por sentencia de primera instancia dictada por el Ministro de fuero señor Joaquín Billard Acuña, de catorce de julio de dos mil seis, que se lee de fojas 906 a 934, ambas inclusive, se acogió la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la defensa de los acusados, decidiendo en consecuencia absolver a Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Polanco Gallardo, Héctor Omar Vallejos Birtiola y a Luis Humberto Fernández Monjes, de los cargos señalados en el auto acusatorio que rola a fojas 529, en cuanto a ser considerados autores del delito de homicidio calificado cometido en las personas de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, ilícitos acaecidos el 8 de diciembre de 1973, en la localidad de Quebrada de Gualliguaica, al interior del Valle del Elqui, IV Región de Coquimbo.

Por su fracción civil, se rechazó, sin costas, la demanda de perjuicios dirigida en contra del Fisco de Chile, y que aparece desarrollada en el primer otrosí del escrito de fojas 536, patrocinada por el abogado don Héctor Salazar Ardiles, en representación del querellante de autos Ernesto Lejderman Avalos.

Apelado el anterior veredicto por la defensa del sentenciado Lapostol Orrego, a fojas 937; por el querellante particular, a fojas 949 y por el Programa Continuación de la Ley 19.123, a fojas 958 se evacuó el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 971, que fue de opinión de revocarla respecto de tres de los acusados, para en su lugar ser condenados como autores de los homicidios investigados, confirmando en lo demás apelado la misma sentencia. Mas adelante, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de dieciocho de diciembre de dos mil siete, que corre de fojas 990 a 1.010, ambas inclusive, reprodujo la del a quo, eliminando cuatro de sus motivos, para tener en su lugar y, además, presente, otros doce, decidiendo *confirmarla* en la parte que absolvió a Lapostol Orrego, con declaración que su absolución es por no haberse arribado a la convicción de que le asistió responsabilidad penal en los hechos en los términos que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal. Luego, *revocó* la referida sentencia, en aquella parte que absolvió a Polanco Garrido, Fernández Monjes y Vallejos Birtiola, por haberse acogido la excepción de prescripción de la acción penal, y en su lugar se resolvió *condenarlos* a sufrir cada uno, la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes, y al pago proporcional de las costas de la causa, por ser autores de los delitos de homicidio calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, cometidos en las personas de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, perpetrados el día 8 de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región, sin otorgarles ninguno de los beneficios que contempla la ley N° 18.216. En lo civil, se acogió la acción indemnizatoria intentada por el querellante en contra del Fisco de Chile, debiendo éste último pagar al demandante de autos, la suma única y total que, a título de daño moral, se reguló en \$300.000.000.- (trescientos millones de pesos), con los reajustes e intereses que el mismo fallo regula, sin costas.

En contra de la anterior decisión, los abogados Miguel Angel Cerda Vetter, Luis Hernán Núñez Muñoz y María Teresa Muñoz Ortúzar a fojas 1.012, 1.016 y 1.032, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo.

A fojas 1.051 aparece que el primero de los medios de impugnación procesal señalados precedentemente fue declarado inadmisibles, y sólo se trajeron los autos en relación para conocer de los dos restantes, dirigiéndose el primero en contra de la decisión penal en relación a los acusados

representados Vallejos Birtiola y Fernández Monjes, asilado en el numeral 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; en tanto que el segundo se materializó por el Fisco de Chile, cuestionando sólo lo que dice relación con la parte civil del veredicto, en base al inciso final del artículo 546 del mismo ordenamiento.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, por el primer recurso intentado, se cita como causal la del numeral quinto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2.°, 4.°, 5.°, 6.°, 7.° y 8.° del artículo 433; o al aceptar o rechazar la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434. Lo anterior se vincula con el hecho que en el presente caso no se aplicó como norma de extinción de la responsabilidad, la prevista en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, correspondiente a la prescripción de la acción penal, en relación a los artículos 94 y 101 y siguientes del Código Penal, y los artículos 107, 108 y 434 del de Procedimiento Penal.

SEGUNDO: Que en sustento de lo anterior se sostiene que el instituto de la prescripción fue alegado tanto como excepción de previo y especial pronunciamiento, cuanto como defensa de fondo, resolviendo acertadamente el juez a quo, quien la acogió en todas sus partes. Sin embargo, los de alzada procedieron a revocar esa decisión, infraccionando la legislación interna que rige la materia como la internacional humanitaria, que en ningún caso impide la aplicación de la prescripción o la amnistía, lo que resulta plenamente compatible con la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto las pruebas de autos apuntan a la consumación del delito en las fechas que allí se consignan, respecto de las muertes ocasionadas a las víctimas de la presente investigación.

TERCERO: Que destaca el primer recurrente el hecho de que hayan transcurrido más de treinta años de ocurridos los acontecimientos, lo que se encuentra en franca divergencia con lo que ordenan los artículos 107 y 108 del Código Penal, y el 101 en relación al 93 N° 6 del Penal, habiendo transcurrido con creces el plazo máximo de prescripción de quince años que contempla nuestra normativa al respecto. Lo anterior se estima igualmente aplicable aunque se trate de violaciones a los derechos humanos, toda vez que Chile no es parte de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, el que sólo obliga a sus signatarios, y a que esa normativa tampoco pertenece al Derecho Internacional Consuetudinario, al no haber sido ratificada por la mayoría de los países del planeta.

En el mismo sentido invoca el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas vigente desde 1989, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1990, los que en todo caso no contemplan normas que prohíban la prescripción de los crímenes contra la humanidad.

CUARTO: Que, mas adelante, se señala en el recurso que, a la fecha de ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo, no teniendo aplicación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, por cuanto no se acreditó ni estableció que a la fecha indicada, existiera en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas, o bien ésta y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera, que hubiera estado bajo el mando de autoridad responsable que

ejerciera dominio o control sobre una parte del territorio chileno; ni había una rebelión militarizada capaz de provocar un estado de guerra interno

QUINTO: Que, en síntesis, y por lo anteriormente anotado, se reconoce como acertado el voto del Ministro Sr. Muñoz Pardo en el veredicto revocatorio de alzada, en el que niega aplicación al artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949, el que reproduce, y respalda tal parecer con sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y uno de esta Corte Suprema, en donde se aplicó la prescripción de la acción penal, siendo muy similares - resalta-, los argumentos allí señalados con los invocados en la presente causa.

Finalmente, solicita que se acoja su recurso, anulando el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, y dictando en su reemplazo otro, por el que absuelva a sus defendidos Vallejos Birtiola y Fernández Monjes.

SEXTO: Que, en tanto, el segundo recurso en análisis, interpuesto por el Fisco de Chile y dirigido únicamente respecto de la decisión civil del fallo de alzada, se basa en el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto acoge la acción intentada por el querellante de autos.

Los errores de derecho los agrupa en tres aspectos, siendo el primero de ellos constitutivo de la infracción de los artículos 41 y 130 bis del Código de Procedimiento Penal y 2332 y 2497 del Código Civil, todos por falta de aplicación. Al respecto expresa que no existe fuente nacional o extranjera que fije la modalidad de cómputo de un plazo en la forma en que lo hicieron los sentenciadores, o que suspenda o interrumpa los términos de la prescripción de la responsabilidad civil extracontractual del Estado de Chile, por violaciones a los derechos humanos.

SÉPTIMO: Que - explica - se ha desatendido el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, el que se remite para estos efectos al artículo 2.332 del Código Civil, conforme al cual las acciones de autos prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, sin exigir el pronunciamiento de un auto acusatorio. En cuanto al artículo 2.497, las reglas anteriores son aplicables igualmente a favor o en contra del Estado, entre ellas el propio artículo 2.332, ambos del Código Civil.

Se remarca que, en el antiguo sistema, se contemplaba un mecanismo para evitar que una investigación prolongada obstaculizara el ejercicio de las acciones civiles, estableciendo el artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal que el ejercicio de ellas durante el sumario interrumpe la prescripción, y en el caso de autos la querrela criminal recién se interpuso el 4 de diciembre del año 2004. No altera lo dicho el argumento de que la prescripción liberatoria estuvo suspendida durante el régimen militar, el que finalizó en marzo del año 1990, por lo que el plazo que contempla el artículo 2.332 se encontraba ya entonces largamente vencido.

OCTAVO: Que, como segundo grupo de infracciones legales, se cita la vulneración de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación a los artículos 9 y 19 del Código Civil, al pretender resolver hechos acaecidos antes de su entrada en vigencia y darles un alcance que jamás han tenido, y, por último, al extender retroactivamente su alcance y desatender su tenor literal. Las únicas normas que el fallo cita como respaldo -se arguye- son los artículos ya citados de la Convención. Sin embargo, ninguno era aplicable a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, citando al efecto la jurisprudencia "Martínez con Fisco", Rol 4.067-2006, y otros once fallos en el mismo sentido.

NOVENO: Que, como tercer y último grupo de normas, se denuncian como vulnerados los artículos 17, 23 y 24 de la Ley N° 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 de Código Civil, los que habrían sido aplicados erróneamente, al entender compatibles los beneficios de la ley citada con las reparaciones que se cobran en autos. El propio fallo establecería como hecho que el demandante recibió los beneficios contenidos en la ley indicada a partir del 1° de julio de

1991 hasta el 31 diciembre de 1996, estimándolo insuficiente. Sin embargo, de la lectura del artículo 25 de la ley se colige que sólo son compatibles sus beneficios con otras pensiones, pero no con una nueva reparación solicitada por vía judicial.

Más adelante, se cita el Mensaje del Presidente de la República, en donde se explicita que lo que se buscaba era reparar el daño moral y patrimonial. Por otro lado –continúa el recurso- el artículo 17 habla de pensión mensual de “reparación”, y que la palabra “reparar” es sinónimo de indemnizar, lo que no puede ocurrir dos veces. En igual predicamento se sitúan el artículo 23, que otorgó una bonificación compensatoria, equivalente a abonar y compensar, a dar algo o hacer algo en beneficio del resarcimiento del perjuicio o disgusto que se ha causado, y el artículo 19, inciso primero, que permite renunciar a la pensión de reparación como mecanismo de opción, lo que reafirma la idea de que es excluyente de otras reparaciones.

DÉCIMO: Que, finalmente, se citan los artículos 19 y 22 del Código Civil, referidos al tenor literal de las disposiciones y el contexto de las mismas de tal forma que permita la debida correspondencia y armonía que impide una doble indemnización del mismo perjuicio.

En su parte petitoria, la casación fiscal solicita acoger su reclamo, anulando la parte civil de la sentencia atacada, y en su lugar dictar otra, por la que se resuelva confirmar la de primer grado y rechazar la demanda civil en todas sus partes, con costas.

UNDÉCIMO: Que, sin perjuicio de lo ya reseñado, sólo en el curso del proceso de estudio de esta causa, se advirtió la existencia del vicio procesal de invalidación formal, consultado en el numeral noveno del artículo 541 del Código de enjuiciamiento criminal, no resultando consecuentemente posible invitar a los señores abogados que concurrieron a estrados para que efectuaren alegaciones al respecto.

DUODÉCIMO: Que la causal de casación de forma enunciada precedentemente dice relación, en la especie, con los requisitos que el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal exige contengan las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, en cuanto, acorde a su *numeral cuarto*, 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 5º*, 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.”.

DÉCIMO TERCERO: Que, luego de describir los hechos acreditados en autos, lo que ocurre en el razonamiento décimo quinto del fallo de primer grado, debidamente reproducido por el de alzada, ellos fueron calificados jurídicamente como constitutivos del delito de homicidio calificado, descrito y sancionado “en el artículo 391 del Código Penal”. A su tiempo, el fallo de segundo grado, en su motivo quinto, los reafirmó, al expresar que: “...en cuanto a la existencia del hecho punible y a la participación de los procesados, aspectos circunstancialmente tratados en los motivos décimo tercero a décimo noveno del fallo en alzada, estos sentenciadores comparten lo allí expresado en el sentido de que se encuentra debidamente acreditada la existencia del hecho punible constitutivo de los delitos de homicidio calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 del Código Penal,...”, lo que se reitera en lo resolutorio del veredicto, agregando que la norma en referencia sería la del artículo 391 N° 1 del código punitivo nacional.

DÉCIMO CUARTO: Que, en nuestro derecho, el Código Penal chileno en su Libro II, Título VIII, párrafos 1° y 2°, cuyos encabezamientos son “Del Homicidio” y “Del infanticidio”, respectivamente, describe diversas figuras que corresponden a formas del homicidio, en donde aparecen con claridad las dos primeras, que están constituidas por el homicidio simple y el calificado. Si bien se tratan en el mismo artículo -391-, se diferencian por el numeral en que están ubicados ambos ilícitos. Así, el agravado se configura en su numeral 1°, y consiste en dar muerte a otro, sin que concurren los grados de parentesco o afinidad que describe el artículo 390, pero siempre y cuando se ejecute mediante la realización de alguna de las condiciones que enumera el artículo 391 N° 1 del Código Penal, el que describe un total de cinco “*circunstancias*”, que son las únicas que permiten adecuar una muerte causada voluntaria y dolosamente respecto de otro, como constitutiva de un homicidio calificado o agravado, y que son: la alevosía, el premio o promesa remuneratoria, el veneno, el ensañamiento y la premeditación conocida.

DÉCIMO QUINTO: Que, como se aprecia del solo contraste de lo dicho y resuelto en las instancias respectivas, fluye de manifiesto que no se ha efectuado una correcta calificación jurídica de los hechos asentados de autos, desde que, si bien se expresa en ambos pronunciamientos, que se está en presencia de un homicidio calificado, ello no se condice con la cita genérica del artículo 391, que contiene dos formas de dar muerte a otro, conforme se señaló precedentemente. Menos aún basta con citar el numeral primero del artículo 391, porque si bien allí se describe este tipo de ilícitos, se omite un aspecto fundamental, cual es que para poder catalogar de esa forma la conducta, debe acreditarse que se hizo con la concurrencia de alguna de las cinco circunstancias mencionadas en el mismo, desarrollando los fundamentos fácticos como jurídicos para considerar concurrentes una u otras, y recién allí determinar la calificación. Lo anterior, permite reproducir y comprobar los razonamientos y motivaciones que tuvieron los jurisdiscuentes para resolver de una u otra forma y efectuar el control de legalidad consecuente, evitando que una decisión tan trascendental quede entregada al mero arbitrio de los jueces del fondo, lo que está absolutamente prohibido.

DÉCIMO SEXTO: Que, por lo que se viene diciendo, el veredicto de segundo grado, que se limitó a reproducir en este aspecto el fallo apelado, hizo suyo el vicio detectado, consistente en dejar sin la debida calificación jurídica los hechos acreditados de autos, omitiendo la descripción de aquellos fundantes de esa determinación delictiva.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, la señalada omisión constituye un defecto sancionado con la invalidación del fallo en el ordinal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, desde que ello significa la falta de uno de los requisitos de la sentencia, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 500 Nos. 4 y 5 de ese mismo cuerpo normativo, razón por la cual esta Corte está facultada para proceder de oficio, como lo hará.

DÉCIMO OCTAVO: Que la existencia del vicio denunciado llevará a esta Corte a la invalidación de oficio de la sentencia dictada en alzada, por lo que por razones de economía procesal y evitar repeticiones inficidas, no se emitirá pronunciamiento respecto de los recursos de casación en el fondo, deducidos por las defensas de los acusados Fernández y Vallejos, como respecto de libelo del Consejo de Defensa del Estado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535; 500 N° 4; 541 N° 9 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765 y 775 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia fechada en Santiago el dieciocho de diciembre de dos mil siete, escrita de fojas 990 y siguientes, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, pero sin nueva vista.

Regístrese.
Redacción del Abogado Integrante señor Domingo Hernández
Emparanza.
Rol N° 696-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veinticinco de mayo 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.