

SENTENCIA DE REEMPLAZO

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia precedente de esta misma fecha y lo mandatado por el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, cuatro de agosto de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo final de su considerando 10°, que comienza con "Finalmente.." y concluye con "precedentemente"; como también de los motivos 12° y 15°, que se eliminan.

Se reproducen, asimismo, los fundamentos 8° al 14°, ambos inclusive, de la sentencia de segunda instancia invalidada con esta fecha.

Y se tiene en su lugar, y además, presente:

PRIMERO: Que sin perjuicio de lo que ya se ha expresado acerca de la calificación que corresponde asignar a los homicidios de los hermanos Eduardo y Rafael Vergara Toledo, como delitos de lesa humanidad, se hace necesario agregar que si bien no existía un manifiesto estado de guerra interna o de conflicto armado al interior del país cuando se produjeron esos asesinatos, el estado de sitio que se encontraba vigente y que había sido prorrogado por Decreto Supremo N° 138 de 31 de enero de 1985, fue dispuesto precisamente por la existencia de una "situación de conmoción interior", siendo de advertir en primer término, que la expresión "conmoción interior" alude a un "tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo", cuestión que si bien no responde al concepto de guerra o conflicto armado, constituye un nivel que puede considerarse previo a alguno de esos últimos, sin perjuicio que de acuerdo a lo expresado en el artículo 40 de la Constitución Política de 1980, vigente a la fecha de los hechos, el estado de sitio procedía "en caso de guerra interna o conmoción interior", de modo que las restricciones impuestas a las garantías y libertades individuales en ese período, eran las mismas que para el caso de una guerra interna.

En efecto, ha de recordarse, porque fue un hecho público y notorio, que se trató de un tiempo convulsionado, en que la fuerza pública estaba presente constantemente en las calles y provista de elementos idóneos para reprimir cualquier tipo de manifestación que la autoridad calificase como proveniente de la disidencia política. Se levantaban barricadas en las calles, que eran sofocadas con carros lanza aguas y de otro tipo, junto con bombas lacrimógenas y balines de goma, además del accionar cuerpo a cuerpo entre los funcionarios de la policía -e incluso del ejército- y los manifestantes. Se vivían constantes cortes de la energía eléctrica y de calles en que no podía haber circulación normal, precisamente por la represión que se hacía de los grupos que querían formular protestas contra el régimen imperante.

Ese estado de "tumulto, alteración o levantamiento" como lo denomina el diccionario de la RAE, permitía al entonces presidente de la República, decretar estado de sitio, que era en su gravedad y restricción de garantías, el que seguía al de asamblea (sólo procedente en caso de guerra externa). Es así como, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 41 de la Constitución Política de la República, la declaración de estado de sitio permitía a la autoridad pública "trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes y expulsarlas del territorio nacional". Lo facultaba, además, para restringir la libertad de locomoción y

prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Asimismo, para suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el ejercicio de los derechos de asociación y de sindicalización e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones. En esta última parte, valga precisar que por el mismo Decreto Supremo N° 138 antes citado, se había mantenido la vigencia de las medidas adoptadas por los Decretos Supremos 1216 y 1217, que habían sujetado toda clase de reuniones (con excepción de las reuniones familiares en lugares cerrados y los espectáculos en lugares que habitualmente se dedicaran a ello) a la exigencia de autorización previa que debía solicitarse al Intendente Regional o el Ministro del Interior en ciertos casos; y que, además, habían suspendido la edición de las revistas Cauce, Análisis, Apsi, Fortín Mapocho, La Bicicleta, Pluma y Pincel, en tanto se sometió a censura previa la edición de la revista Hoy; y, se había ordenado a todo medio de comunicación que debían abstenerse de difundir información, entrevistas, comentarios, declaraciones, inserciones, reportajes, fotografías o imágenes y cualquiera otra forma de expresión referidos a hechos que directa o indirectamente pudieran provocar alarma en la población, alterar la tranquilidad ciudadana, el normal funcionamiento o que versaren sobre actos calificados de terroristas. A los mismos medios se les restringió la posibilidad de informar sobre cuestiones de relevancia política, sin la autorización previa del Ministerio Secretaría General de Gobierno, con excepción de los comunicados oficiales del Gobierno. No estaba permitido el recurso de amparo, que se declaró improcedente en estos casos, respecto de las medidas adoptadas por la autoridad, como tampoco el recurso de protección, indicándose de modo expreso que los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades.?

Por último y no menos importante, es preciso recordar que en esa época se encontraba vigente el artículo 8° de la Constitución que declaró contrarios a esa Carta Fundamental a los partidos políticos que tenían ciertas tendencias, lo que se interpretó como la proscripción expresa de la ideología marxista, cuestión que se tradujo en la persecución de un cierto grupo de personas por su militancia política.

SEGUNDO: Que, en este escenario, a este nivel de restricción de las garantías individuales, decretado un estado de excepción constitucional por una situación equiparable a la de guerra interna, resulta imperativo reconocer la plena aplicación de los tratados internacionales de carácter humanitario, como asimismo, la calificación del asesinato de los hermanos Eduardo y Rafael Vergara Toledo como delito de lesa humanidad.

En esta parte, es necesario detenerse en el hecho indesmentible que el derecho internacional se encuentra también evolucionando en base a los principios que lo inspiran y que lo llevan a reconocer la existencia de cada vez mayores y más complejos escenarios en los que se cometen delitos contra la humanidad y que exceden a los conflictos armados o de guerras declaradas, precisamente, porque tales enfrentamientos ya no son lo que fueron al nacimiento de los conceptos de crimen de guerra y delitos de lesa humanidad, fraguados hacia la década del cuarenta, en plena segunda guerra mundial y usado en sentido no técnico desde antes, en 1915.

Esta evolución, marcada por las innumerables formas que han ido adquiriendo

los delitos que atentan contra el ser humano, ha llevado a diversos autores a precisar que los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz, como expresamente se ha reconocido en el artículo 1 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968; y, más tarde en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda de 1994 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, así como el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998. (En ese sentido, María Dolores Bollo Arocena en su *¿Derecho Internacional Penal?*).

A propósito del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, ya entonces se concedió autonomía al delito de lesa humanidad, desvinculándolo del contexto bélico. Para esa fecha, había sido conceptualizado como *los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia?*. El relator especial de ese proyecto, al precisar que se trata de un ataque contra la especie humana, agregó que *¿podría concebirse en el triple sentido: de crueldad para con la existencia humana; de envilecimiento de la dignidad humana; de destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en `crimen contra el género humano`?. (Artículo *¿Crimen de lesa humanidad ¿Aspectos histórico jurídicos?*. Javier Giraldo M. Noviembre de 2004).*

Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser *¿parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque?*, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los antecedentes si se tiene en cuenta que el gobierno militar llevó adelante una persecución sin tregua contra todos aquellos que eran militantes del Partido Comunista, del Movimiento de Izquierda Revolucionario y varios otros más, decisión explicitada en el mismo artículo 8° de la Constitución y al que antes se aludió.

TERCERO: Que los motivos esgrimidos son suficientes para mantener la decisión de la instancia, en orden a calificar el delito objeto de esta investigación como de lesa humanidad y por consiguiente, hacerles aplicables todas las disposiciones de la legislación internacional, entre las que se cuentan las Convenciones de Ginebra y los principios de *ius cogens*, que han sido objeto de repetidos análisis en diversos fallos de esta Corte.

CUARTO: Que, en lo que atañe a la excepción de cosa juzgada, este Tribunal en reiteradas oportunidades *¿números de rol 2626-2001, 1134-2002, 2505-2002, 4622-2002, 5673-2004, 5131-2005, 6212-2007 y 985-2008-*, ha declarado que a la institución de la cosa juzgada en materia criminal no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

¿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, a saber: la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o 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 llevó 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, pp. 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, no es necesario acudir a la tesis de las tres identidades del art. 1.251 del Código Civil que es sólo de aplicación al proceso civil, pues sólo exige la concurrencia de dos identidades, la del sujeto activo 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 pp. 242).

QUINTO: Que los principios anteriores han sido recogidos precisamente por el N° 7 del artículo 408 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", resultando claro que en materia penal puede aplicarse la cosa juzgada cuando se ha producido la doble identidad: del hecho punible y del actual procesado, con lo cual este mismo tribunal ha declarado que "si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo, pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio. Con mayor razón si en la primera causa no hubo reo" (sentencia de 12 de mayo 2003, causa 2.626-01).

SEXTO: Que, se puede agregar, además, que según se evidencia del atento estudio de la causa N° 220-92 que fue acumulada a la rol 351-85 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, en ella no se investigó con rigor el hecho denunciado por los padres de los hermanos Vergara Toledo, que entonces se consideró constitutivo de violencias innecesarias causando muerte, lo que más tarde, en una investigación completa y exhaustiva del hecho, derivó en el establecimiento del homicidio simple de Eduardo Vergara y homicidio calificado de Rafael Vergara.

Lo evidenciado demuestra que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el sobreseimiento sólo puede decretarse cuando se encuentre agotada la investigación, máxime si en este caso, como ya se estableció, por tratarse de un delito de lesa humanidad, no era procedente la declaración de prescripción de la acción.

SÉPTIMO: Que, sobre este tópico, resulta pertinente agregar que, como se ha establecido en los tratados internacionales sobre la materia, como lo es el IV Convenio de Ginebra, los Estados se comprometieron a tomar todas las

oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra ese Convenio, asumiendo asimismo, la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves que señala el aludido Convenio, a las que debe hacer comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. De la manera señalada y como ya ha sido resuelto por tribunales internacionales, constituye violación de una obligación de ese carácter, permitir el efecto de cosa juzgada o de la prescripción derivada de la realización de un simulacro de investigación, o de una que ha sido deficiente, o incluso, realizada por un tribunal de fuera que no ofrece garantías sobre la imparcialidad del juzgamiento. Ello fue precisamente el fundamento que tuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el denominado caso Almonacid, para declarar el impedimento de favorecer a los autores de un delito de lesa humanidad con la amnistía, señalándose que la protección de los derechos humanos prohíbe la aplicación de medidas legales que impidan la investigación, procesamiento y eventual sanción por violaciones a los derechos humanos.

OCTAVO: Que respecto de la prescripción gradual, ha de tenerse en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, la señalada institución penal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos, en cuanto al transcurso del tiempo, y consecuencias jurídicas, son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarsele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

NOVENO: Que sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí ?y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una ?idea afortunada de la CR ?la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora).

DÉCIMO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la ?media prescripción? se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados- generalmente en votación dividida- esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

UNDÉCIMO: Que, por otra parte, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, ejerciendo en definitiva a su arbitrio la facultad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

DUODÉCIMO: Que aceptada la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

En lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: ?Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.?

DÉCIMO TERCERO: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del

código punitivo, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en el plazo de quince años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito . En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción total, por lo que, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación resulta ser de siete años y medio.

DÉCIMO CUARTO: Que en el procedimiento tendiente a la investigación de los homicidios en estudio, se ha establecido que los delitos se cometieron el 29 de marzo de 1985, y aparece de ello también que se dictó auto de procesamiento en contra de los acusados con fecha 31 de julio de 2006, de lo que se desprende, para los efectos legales que interesan, esto es, determinar el cumplimiento del requisito temporal exigido por el artículo 103 del Código Penal que, contado el plazo desde la comisión del hecho punible y hasta el de suspensión, transcurrió sobradamente el exigido para dar aplicación a la prescripción gradual de que se trata.

DÉCIMO QUINTO: Que, por otra parte, favorece a los tres enjuiciados la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, de su irreprochable conducta anterior, acreditada suficientemente con el mérito de sus respectivos extractos de filiación y antecedentes, que se encuentran libres de anotaciones prontuariales pretéritas, circunstancia que, sin embargo, no se tendrá como muy calificada, como se ha pedido por la defensa, por no existir antecedentes en el proceso que revelen la existencia de una especial condición de vida que la hagan procedente.

DÉCIMO SEXTO: Que la pena asignada al delito de homicidio calificado por el cual se condena a los encausados Alex Vicent Ambler Hinojosa y Francisco Nelson Toledo Puente es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, sanción que, por aplicación de la minorante del artículo 103 del Código Penal, se rebajará en un grado e impondrá, en definitiva, en su parte menor, en reconocimiento de su irreprochable conducta anterior, por lo que ésta queda en presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte, respecto de Marín Jiménez, que es responsable de un delito de homicidio calificado y uno de homicidio simple, se hará la misma rebaja, pero por aplicación del artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, su sanción queda en presidio mayor en su grado medio.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de la forma señalada, esta Corte comparte parcialmente la opinión del Sr. Fiscal Judicial manifestada en su dictamen de fs. 2616, desde que éste solicita aprobar y confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 533 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. 2562 y siguientes, **con declaración** que **Alex Vicent Ambler Hinojosa y Francisco Nelson Toledo Puente** quedan condenados como **autores del homicidio calificado de Rafael Vergara Toledo**, ocurrido el **29 de marzo de 1985**, a cumplir cada uno de ellos, sendas penas de **siete años de presidio mayor en su grado mínimo**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago proporcional de las costas del juicio. Por su parte, **Jorge Segundo Marín Jiménez**, queda

condenado como **autor** del homicidio calificado del referido Rafael Vergara Toledo y del homicidio simple del hermano de éste, Eduardo Vergara Toledo, ocurridos en la fecha señalada, a cumplir la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago proporcional de las costas del juicio.

Para el cumplimiento de las condenas impuestas, no se reconoce a los encausados beneficio alternativo alguno, atendida la extensión de aquéllas, sirviéndoles de abono a su satisfacción efectiva, los días que estuvieron privados de libertad con ocasión de esta causa y que señala el fallo de primera instancia en revisión.

Se previene que el Ministro Sr. Nibaldo Segura coincide con los fundamentos cuarto y quinto apartado primero, para concurrir a la confirmación y aprobación de la sentencia en la parte que niega lugar a reconocer vigencia de cosa juzgada en el caso de autos.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia de primer grado y absolver a los acusados porqu e, a su juicio, la acción penal ejercida en este proceso se encontraría prescrita. Para lo anterior, tuvieron en consideración, en primer lugar, que el delito investigado no tiene el carácter de lesa humanidad y, por tanto, para estos efectos, esta institución se rige por las reglas generales y, desde esa perspectiva, es evidente que entre la fecha en que ocurrió el hecho punible investigado -29 de marzo de 1985- y la del auto de procesamiento -31 de julio de 2006- transcurrió con creces el plazo máximo de quince años a que se refiere el artículo 94 del Código Penal. Lo mismo ocurre, además, si se quisiera entender que el curso de la prescripción se ha suspendido con el ejercicio de la acción penal por parte de los familiares afectados, desde que de los antecedentes aparece que la querrela criminal en contra de los responsables se interpuso el 4 de febrero de 2005.

En cuanto se afirma que los hechos del proceso no pueden ser calificados de lesa humanidad, encuentra fundamento en las mismas afirmaciones de los jueces de mayoría en el sentido que, cuando fueron perpetrados, ¿no existía en el país un manifiesto estado de guerra interna o conflicto armado en el interior del país?, como, asimismo, el hecho que el estado de sitio decretado por la autoridad de la época, motivado por una situación de conmoción interior, es ¿cuestión que no corresponde al concepto de guerra o conflicto armado?. Para estos disidentes, el solo ejercicio por la autoridad responsable del manejo del Estado de las facultades que la propia Constitución Política de la República le otorga para salvaguardar la tranquilidad social del momento, no puede interpretarse, por sí sola, como constitutiva de un acto de agresión de naturaleza tal que haga posible encuadrar las figuras penales contra las personas conforme al derecho internacional. Ni aún así, tampoco la entidad de las acciones punibles.

No pueden estos disidentes dejar de reconocer la gravedad y contexto de las agresiones de que fueron víctimas los hermanos Vergara, pero ni aún ello es suficiente para desconocer la vigencia de la norma general del artículo 23 del Código Civil en cuanto señala que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. Menos para no reconocer el efecto que al transcurso del tiempo le asigna el legislador a través

de la institución de la prescripción. Este elemento, más la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no persista en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley. Con esto no se desconoce tampoco la existencia de los delitos: existieron, y en ellos les cupo a los imputados, responsabilidad de autores ?en lo cual estos discrepantes coinciden e hicieron votación unánime- sólo que el devenir del tiempo impide sancionar por disponerlo de este modo particularmente los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República y 93, 94, 95, 96 y 101 del Código Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch; y la disidencia, sus autores.

Rol N° 7089-09.

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

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

En Santiago, a cuatro de agosto de dos mil diez, 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.