

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, ocho de julio de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada con las siguientes modificaciones:

a) En el capítulo VI), considerando 4º), párrafo cuarto, se suprime la frase escrita entre los vocablos “Finalmente ...” y “actividades...”.-

b) Se eliminan el motivo 84º), los párrafos segundos de las reflexiones 88º) y 89º), respectivamente; y los basamentos 91º), 100º), 101º), 103º) , 104º) y 105º).

c) En el razonamiento 70º) se reemplaza el párrafo primero por el siguiente: “Que merece la calificación de ilícita toda asociación cuyos fines sean la perpetración de hechos calificados de delitos por las leyes, cualquiera que sea el número de sus componentes y la duración fijada a la asociación”. (Gustavo Labatut Glenda, Derecho Penal, Tomo II, Actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 109); en el apartado segundo se reemplazan los vocablos “entre otras acciones” por “entre otros elementos”;

d) En el fundamento 71º), acápite XIII, letra e), se sustituyen las expresiones “Sin que parezca” por “No parece necesario”;

e) En el motivo 73º), a continuación del punto con que finaliza la consideración y antes de la cita de texto, se intercala la siguiente frase: “En todo caso, debe tenerse presente que la ley no requiere un número determinado de participantes en la asociación criminal, bastan dos o más.”;

f) En el raciocinio 74º), se reemplaza su sección cuarta por la siguiente: “En este proceso se encuentra acreditado que miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional, pertenecientes al Departamento Exterior de ese organismo, comandados por los jefes Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Pedro Espinoza Bravo, elaboraron en común un proyecto delictivo con la finalidad de cometer delitos contra personas consideradas enemigas del régimen militar chileno, cuya ejecución posterior se tradujo en los homicidios de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiaerleoni, perpetrados en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 30 de septiembre de 1974 ”;

g) En el motivo 77º), párrafo 11º), se sustituye la oración “sería un acto preparatorio punible de los otros”, por “es un acto cuya finalidad ha sido la perpetración de delitos contra las personas.”;

h) En el motivo 81º) se reemplaza su párrafo 3º por el siguiente: “Esta circunstancia eximente es absolutamente incompatible con el proceder de los acusados, ya que no ejecutaron un acto lícito, sino delictivo y lo perpetraron dolosamente.”;

i) En los fundamentos 83º), párrafo segundo y 93º), párrafo segundo, se sustituye el apellido “Astroza” por “Astrosa”;

Asimismo, se mantienen los basamentos 4º.-, 5º.-, 7º.-, 8º.-, 10º.- y 11º.- del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, con las siguientes modificaciones:

a) en el razonamiento 4º.- , párrafo tercero, se reemplaza lo escrito entre las expresiones “de los enjuiciados...” y “ antes expresados “ por “ del enjuiciado

Juan Manuel Contreras Sepúlveda, condenado como autor del delito de asociación ilícita, en calidad de jefe de la misma, y como autor de los dos delitos de homicidio calificado antes mencionados;”;

b) en el fundamento 10º); se elimina su último apartado.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

En cuanto al recurso de casación en la forma instaurado en lo principal del escrito de fojas 7.451.

PRIMERO: Que la defensa del condenado Cristoph George Willeke Flöel entabló recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de treinta de junio de dos mil ocho, escrita de fojas 6.834 a 7.338, sustentado en el artículo 541, N° 2°, del Código de Procedimiento Penal, esto es, por no haber sido recibida la causa a prueba, o no haberse permitido a alguna de las partes rendir la suya o evacuar diligencias probatorias que tengan importancia para la resolución del negocio, que hace consistir -si bien no lo precisa adecuadamente- en que el juez de primera instancia negó lugar a la diligencia de absolución de posiciones solicitada por su parte, por resolución de dieciocho de junio de dos mil ocho, cuyo tenor es:

“Visto lo resuelto a fojas 6651 en cuanto se tuvo por no presentada la petición de absolución de posiciones señalada en el octavo otrosí de fojas 5672 y teniendo presente, además, que el escrito acompañando los sobres que contienen las absoluciones de posiciones fue presentado el último día del probatorio, haciendo imposible la práctica de dicha diligencia dentro del término establecido en el artículo 490 del Código de Procedimiento Penal, no ha lugar.

Sin perjuicio de lo resuelto, custódiense los sobres acompañados a la presentación en la caja de fondos del despacho de esta magistratura”.

Sostiene que la norma del artículo 450 del estatuto procedimental del ramo no impone al señalar los medios de prueba que se harán valer por los litigantes, la carga de acompañar el pliego de posiciones respectivo.

Finaliza instando que se declare admisible el arbitrio interpuesto, “ordenando que se eleven los autos ante el tribunal superior, para que conozca de dicho recurso”.

SEGUNDO: Que la simple lectura del libelo impugnatorio revela que el recurrente no precisa en qué consistirían los perjuicios que el vicio reclamado le ocasionaría, ni el modo en que el error habría influido sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, así como tampoco contiene una petición concreta que se formule a esta Corte, de tal modo que, en el supuesto de ser efectiva la causal invocada, este tribunal no estaría en condiciones de resolver el estado y curso que debería seguir el proceso.

TERCERO: Que, por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 769, inciso primero, del Código de Enjuiciamiento Civil, para la procedencia del arbitrio de nulidad formal es necesario que el compareciente lo haya preparado, denunciando oportunamente del vicio alegado mediante la interposición de los recursos que la ley procesal le concede.

Al respecto, los especialistas se explayan sobre este tópico, señalando que consiste en la carga que tienen los intervinientes de evitar la nulidad de la sentencia, para lo cual deben reclamar del vicio oportunamente y en todos sus grados para que, una vez agotados, se abra la puerta de la nulidad. Si no se cumple con esta actividad del agraviado, la petición de nulidad por casación resulta inadmisibles (Juan Colombo Campbell: “Los Actos Procesales”, Tomo II,

Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 484). Ratifica esta doctrina la abundante jurisprudencia a propósito del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “es inaceptable el recurso si el recurrente no reclamó oportunamente de la falta en que lo funda” (Repertorio del Código de Procedimiento Civil, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, pp. 80 y 81).

En el presente caso, tal requerimiento no fue acatado por el compareciente, pues del estudio de los antecedentes aparece que se limitó en su oportunidad a solicitar reposición de la resolución indicada, pero sin que recurriera de apelación en su contra.

CUARTO: Que siendo el recurso de casación en la forma de derecho estricto, y no habiéndose dado cumplimiento en su interposición a las exigencias contempladas en el artículo 769 del código citado, aplicable en la especie por la remisión que hace el artículo 535 del Código de Enjuiciamiento Penal, el que se ha entablado en autos no puede prosperar y, en consecuencia, será rechazado.

En cuanto a las apelaciones:

QUINTO: Que en lo atinente al delito de asociación ilícita establecido en la sentencia que se revisa, corresponde tener en consideración que el artículo 292 del Código Penal describe el hecho que debe tenerse por tal.

La Comisión Redactora del mencionado cuerpo legal, en la sesión 157, de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta y tres, a propósito de la sugerencia del comisionado señor Gandarillas, en torno a suprimir la palabra “partida” con que concluía la norma original del proyecto (artículo 285), aceptó sus conclusiones y acordó suprimir la expresión indicada, en mérito a los siguientes fundamentos: a) el sentido y alcance de la norma es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable; b) se diferencia la asociación ilícita de las meras conspiraciones para cometer delitos determinados que se castigan de manera independiente; c) no basta que se forme una partida de criminales para que tenga aplicación el artículo 395 (s.i.c.); d) es necesario que constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias; e) la pena sólo se impone a las asociaciones destinadas a cometer delitos, que importan verdaderos ataques contra los derechos reconocidos y amparados por la ley.

SEXTO: Que, en esta perspectiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado nítidamente la co-participación de la asociación ilícita, precisando que lo sancionado por esta última, es diverso de otros injustos, requiriendo una acción y dolo propio. En efecto, la configuración de la asociación ilícita requiere el construir una estructura con ciertas particularidades objetivas, las que se pueden concretar en la concurrencia de pluralidad de sujetos activos que formen cuerpos permanentes organizados jerárquicamente, con reglas propias, que tienen por fin la comisión de ilícitos establecidos por la ley.

Se trata, entonces, de una colectividad delictiva, cuyo método es penalmente antijurídico, en el que las relaciones entre los componentes del sistema, en particular las personas, se hallan funcionalmente vinculadas para fines criminales, y como mecanismo de injusto tienen una dimensión institucional de ser antisocial, lo que hace de ella no sólo algo más que la adición de sus partes, sino también algo independiente de esa sumatoria, y es en ese plano donde radica su diferencia específica con respecto a las meras

agrupaciones coyunturales para delinquir, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la diferencia de otros regímenes sociales. Así, la asociación criminal comprende todos los supuestos en que dos o más sujetos elaboran en común un proyecto delictivo, conforme con un programa criminal o medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades.

En lo que se refiere a la culpabilidad, se requiere la conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo, de acuerdo a su papel en el organismo. A lo anterior es posible agregar el elemento esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual por sus componentes, aspecto que genera la sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes. En esta perspectiva, la asociación es el centro que reúne las manifestaciones de voluntad de sus autores, lo que se grafica en el deseo coincidente con el acuerdo de unirse, ya sea desde el inicio, al constituirse, o en uno sucesivo, pero en ambos el resultado consiste en quedar asociados manteniendo la intención en su resultado típico, la que debe prolongarse sin determinación temporal por obra de los propios agentes hasta extinguirse por disolución total, sea forzada o espontánea, o con el abandono individual de uno de sus miembros, mediando permanencia en el resultado.

SÉPTIMO: Que la ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, independiente de los injustos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, por lo que el comportamiento a sancionar del miembro activo del organismo debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del derecho penal, es posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier persona que realice una conducta funcional a aquel método.

OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo argumentado por el juez *a quo* y las consideraciones generales precedentes, es conveniente traer a colación mayores reflexiones en torno a la existencia, en este caso, del delito de asociación ilícita imputado a la mayoría de los enjuiciados, claramente diferenciable de los supuestos de co-delincuencia.

NOVENO: Que a través de varios pronunciamientos de esta Corte, entre otros, los recaídos en los ingresos Rol N° 5576 – 07, de siete de agosto de dos mil ocho; Rol N° 2747 - 09, de once de marzo de dos mil diez; y Rol N° 7712 - 08, de quince de marzo de dos mil diez, la jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para llenar de contenido el tipo delictivo en análisis, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del injusto; concertación, reparto de tareas -lo que hace que un miembro con un cometido específico pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo- y una cierta estabilidad temporal, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria según las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.

La asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización, empleo de medios materiales, continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional convergencia para el delito o mera co-delincuencia. La conducta del autor -asociado para delinquir- deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos” (Patricia Ziffer, “El Delito de Asociación Ilícita”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 2005, p. 72). Esta misma autora expresa que: “ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la ‘voluntad social’; aún cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal, es requisito la aceptación común de esas reglas”.

DÉCIMO: Que en relación a estas consideraciones, es pertinente reproducir de la sentencia de esta Corte, dictada el dos de diciembre de dos mil dos, mediante la cual se revocó el fallo de primer grado, que había denegado el pedido de extradición formulado por la República Argentina respecto a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, José Octavio Zara Holger y Jorge Enrique Iturriaga Neumann y se accedió a la extradición solicitada, los siguientes fundamentos:

“Vigésimo sexto: Que de los mismos antecedentes que se explican pormenorizadamente en el procesamiento de fojas 243, se debe coincidir con la conclusión que dicha resolución expresa en cuanto a esos homicidios no pudieron ser el fruto de la acción de una sola persona, sino que éstos se configuraron en el marco del accionar de una asociación criminal debidamente conformada en lo material y dentro de una jerarquía de funciones para el logro del propósito antijurídico de eliminar a una persona de manera segura y premeditada sobre la base de inconfesados designios. Para ello era evidente que dicha asociación delictiva contaba con documentación falsa, apoyo logísticos de armas, explosivos y recursos necesarios para la ejecución de un plan trazado para neutralizar cualquiera actividad o persona que pudiera ser peligrosa para la seguridad de Chile, en el pensamiento del organismo de inteligencia denominado Dirección de Inteligencia Nacional a cargo del coronel Manuel Contreras Sepúlveda, institución que comenzó a operar poco tiempo después del golpe militar en Chile de manera inorgánica en su gestión, pero regularizada luego a través del D.L. 527 de junio de 1.974.”

“Vigésimo séptimo: Que de lo latamente referido en los considerandos precedentes aparece que los antecedentes de juicio que allí se resaltan como piezas probatorias importantes en la instrucción criminal que se está desarrollando en la causa B-1.316-93, son bastantes para demostrar la existencia de hechos constitutivos de los delitos de asociación ilícita y homicidio agravado o calificado del General de Ejército en retiro don Carlos Prats González y de su cónyuge señora Sofía Cuthbert, pero además resulta demostrado para estos fines procesales que en la República Argentina operaron miembros de una asociación ilícita que formaron parte de la Dirección de Inteligencia Nacional (D.I.N.A.) creada formalmente en el mes de junio de

1.974, que ya había operado de hecho desde fines de 1.973, cuya autoridad máxima era su director Juan Manuel Contreras Sepúlveda, la cual poseía una amplia estructura operativa de carácter clandestina, con una cadena de mando jerarquizada, pero compartimentada en sus operaciones, organización que de manera ilegítima planeó la eliminación física del General Prats porque resultaba peligroso según su visión para la permanencia del Gobierno Militar en Chile. De este modo, vigilaron su casa, le hicieron seguimientos, le impidieron que pudiera abandonar el territorio argentino y luego de colocar un artefacto explosivo en su vehículo, en una situación de absoluta sorpresa, lo hicieron estallar, provocando la muerte instantánea de dicho oficial de ejército junto con su cónyuge. De inmediato los causantes directos del suceso ilícito abandonaron el país transandino dando cuenta de su misión a los jefes respectivos.”

UNDÉCIMO: Que a las conclusiones precedentes arribó el tribunal en la tarea de determinar la concurrencia de los requisitos del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, en conexión a lo dispuesto en el artículo 647 del mismo cuerpo legal.

Los elementos de juicio que se estimaron suficientes para el cumplimiento de las exigencias conducentes a dictar la resolución provisional que somete a proceso a un individuo, se han visto reforzados en su cantidad y mérito por las múltiples probanzas reunidas en la indagación materia de estos autos, todas las cuales permiten arribar a la convicción de que en la especie concurren todos los elementos configurativos del tipo penal de asociación ilícita atribuido a determinados encausados, sea en carácter de jefes, sea en carácter de miembros.

DUODÉCIMO: Que el delito en comento se encuentra descrito y sancionado en el Título VI del Libro Segundo del Código Penal, que lleva por título “DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN Y LA SEGURIDAD PÚBLICOS COMETIDOS POR PARTICULARES”.

Con respecto al bien jurídico cuyo amparo se ha buscado a través de la punibilidad de la conducta consistente en asociarse con el fin de cometer delitos, un sector de la doctrina lo radica en el propio poder del Estado, esto es, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera ‘existencia’ de una pluralidad de personas que, de forma ‘organizada’ (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado..... de todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dalbora: “Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Número 2 (1998), pp. 158 y 159). Parte de la doctrina identifica al objeto jurídico del delito con el “orden público”, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del hecho criminoso. “La existencia de una asociación cuyo

objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Carlos Creus: “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, p. 106).

En la especie, más allá de la discusión doctrinaria, resulta indubitable que la asociación ilícita concibió, diseñó y aplicó un plan a desarrollar de acuerdo a requisitos o estándares como son los de una organización criminal, lesionando intereses vitales, individuales y colectivos, que todo legislador ha querido proteger jurídicamente, dada su alta significación social.

DÉCIMO TERCERO: Que, tratándose de la sentenciada Mariana Callejas Honores, a juicio de estos sentenciadores los antecedentes enumerados en el motivo 23º) del fallo del juez *a quo*, mantenido por el de alzada, no son idóneos para llevar, por la vía de las presunciones judiciales, a la convicción íntima requerida por la ley, de que la acusada Mariana Callejas Honores participó en calidad de autora en los delitos de homicidio calificado.

Los elementos de juicio tenidos en consideración en el procedimiento criminal tramitado en Argentina por la magistrado Servini de Cubría y en el procedimiento de extradición pasiva sustanciado en Chile, fueron estimados suficientes en su momento como para disponer el procesamiento de Mariana Callejas en calidad de coautora de los homicidios perpetrados en la ciudad de Buenos Aires.

Ese mérito, que conforme a la legislación nacional, sirve para abrir proceso en contra de un inculpado y tenerlo como parte del mismo, es de inferior jerarquía al que debe existir para fundamentar una sentencia condenatoria, pronunciada una vez terminado el proceso en todas las fases constitutivas de la primera instancia, sumario y plenario y donde el tribunal debe estar en condiciones de arribar al convencimiento exento de dudas o vacilaciones -surgido de los medios legales de prueba- respecto a la culpabilidad del encausado. Por ende, la existencia de un auto de procesamiento y una acusación por determinado delito y grado de participación en el mismo, no es óbice para que posteriormente, en otra etapa procesal más avanzada, se pronuncie o una sentencia absolutoria o una en que se modifiquen los cargos formulados en la acusación, sea en cuanto al cuerpo del delito, sea en cuanto a la concreta forma de intervención en el hecho punible establecido.

En cuanto a los dichos de Michael Vernon Townley, cónyuge de la encausada, reproducidos en el numeral 8) del motivo 23º), sus expresiones no conducen a deducir que ella estaba junto a él en Buenos Aires, cuando perpetró el atentado que le había sido encomendado; sus dichos son los que a continuación se reproducen y han de ser apreciados en contexto con las preguntas formuladas por el señor Ministro Instructor:

Se le consulta si en ese primer viaje ¿viajó solo o acompañado?. Contesta: “Nuevamente deseo ejercer mi privilegio o como se llame con respecto a mi esposa”. “Está bien. Sin mencionar a su esposa ¿alguien más?”. “No”.

Preguntado “ y cuando viajó ¿quién lo acompañó?. Responde: “Dejando de lado a un individuo, nadie...”.

Preguntado qué ocurrió después que hizo detonar el artefacto, explica: “Vuelvo al hotel y paso el resto de la noche, devuelvo mi auto a la agencia de arriendos...Y tomé un taxi al aeropuerto, tomé un vuelo a Montevideo, al día siguiente viajé de vuelta a Santiago...”.

Se le pregunta “¿por qué eligió Montevideo, luego del asesinato?”. Contesta: “Bueno, solamente fuimos al aeropuerto y había un vuelo a Montevideo y nos fuimos ...”.

De esas declaraciones no cabe extraer una presunción de autoría de Callejas en el atentado, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 15 del Código Punitivo.

En lo referente a los dichos del acusado Reginaldo Valdés Alarcón, de que da cuenta el cuaderno reservado Nro. 22, en ellos el declarante informa lo que le habría oído a Townley contar a un abogado de apellido Acuña, de acuerdo al siguiente relato: “en cuanto a haber escuchado a Townley contarle al abogado Acuña sobre el atentado a Prats, ello ocurrió de la siguiente forma: Townley le contó que él había viajado con Mariana Callejas a Buenos Aires y que llevaban los explosivos y que parte de éstos los llevaban en una radio dentro de su equipaje, en esta parte desmiente a Townley en cuanto manifestó en su interrogatorio en Washington que yo le habría proporcionado esos materiales. Él contaba que se quedó en un hotel, armó la bomba, posteriormente en un día en la noche la instaló en el vehículo que transportaba al general Prats, contaba que pasó un susto, ya que se acercó un cuidador, esto era en un edificio donde vivía Prats, por lo que Townley debió quedarse debajo del vehículo, posteriormente quedó encerrado en el garage del edificio y debió esconderse en unas calderas que habían en el lugar y después de un largo rato salió. Contó que la bomba estuvo instalada en el vehículo durante dos o tres días, que posteriormente un día a las 5 de la madrugada, Mariana Callejas había tratado de hacer funcionar un botón para hacer explotar la bomba, cosa que no había funcionado, por lo que había tenido que hacerlo él, dijo que en ese momento se encontraba frente al vehículo y que ese mismo día salieron a Paraguay. En cuanto a lo que se me pregunta, yo no era una persona de mucha confianza de Townley, por eso ante lo que se me pregunta de cómo es posible que hubiera hecho ese relato puedo decir que por lo que he sabido Townley se lo contaba cualquiera (sic), sin embargo yo solamente se lo escuché contar a Acuña.”

Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, es menester señalar que en la declaración no se indican -sin razón que lo explique- las circunstancias de tiempo, lugar y otras esenciales, en que el deponente habría percibido por sus sentidos los dichos de Townley.

Estamos en presencia de un testimonio de oídas, proveniente de un testigo inhábil, de acuerdo al artículo 460 Nro.2 del Código de Instrucción Penal, el que conforme al artículo 465 inciso 2º del mismo texto, puede constituir una presunción judicial; no obstante, la calidad de reales y probados que deben tener los hechos por disposición del artículo 488 de dicho cuerpo legal, se satisface si esos acontecimientos han sido probados por otros medios legales diferentes de la presunción, o sea, que hayan sido legalmente comprobados en el proceso, excluyendo como medio de acreditación las presunciones de cualquier naturaleza (Graciela Latorre Ceballos, “Las presunciones en el proceso penal”, Memoria para optar al Grado de Licenciado

en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., 1964, p.178, cit. en SCS, 06.04.2010, Rol 5231-08). Los hechos generadores deben hallarse probados en la causa y esta prueba debe constar por otros medios, vale decir, no por otras inferencias (Mauricio Silva Cancino, “Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1989, p. 58, cit. en SCS, 06.04.2010, Rol 5231-08).

En consecuencia, lo repetido por Valdés, conforme a lo que dice haber escuchado contar a Townley, no satisface los requerimientos señalados, ya que el hecho percibido y relatado a otra persona distinta del declarante, no puede entenderse probado en la causa por medios diversos de una presunción.

Si bien existen en los autos sospechas e incluso conjeturas acerca de la intervención de autora de la encausada Callejas, ese recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho y ese juicio probable que se genera de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones (Joaquín Escriche, “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, París, Garnier Hnos., p. 1545), no pueden sustentar una condena, a la luz del mandato contenido en el artículo 456 bis del código del ramo.

Descartada la existencia de pruebas suficientes en calidad y cantidad para convencer de la participación de Callejas en carácter de autora de los homicidios, estos falladores estiman que los elementos de juicio existentes, en particular sus propios dichos de fojas 47 del Cuaderno Secreto N° 30, de treinta de enero de dos mil tres, donde dice: “Respecto del denominado ‘Caso Prats’, Michael había comenzado a viajar a Argentina para adquirir artículos electrónicos y a veces yo lo acompañaba ...” y de fojas 440 del Cuaderno Secreto N° 30, Tomo II, de diez de junio de dos mil cinco, en que expresa: “En cuanto a que Townley se hubiera acogido ante la Fiscalía al privilegio de no mencionarme en sus declaraciones como consta de fojas 310, fojas 311, 313, 324, debo decir que fui con él a Buenos Aires más de dos veces y creo que volví sola, en cuanto a las fechas no las recuerdo, aunque fue en 1974; ...” apreciados en conformidad a las atribuciones de que están revestidos, les permiten concluir con certeza que dicha enjuiciada ha tenido una participación propia de la complicidad, ya que cooperó dolosamente a la ejecución del hecho ajeno por actos anteriores a su ejecución.

Como corolario de lo anterior, corresponde disminuir en un grado la pena legalmente prescrita al mínimo legal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 51 del Código Punitivo, como se dirá más adelante.

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a la amnistía, circunstancia extintiva de la responsabilidad penal desestimada por el juez de primer grado, es conveniente tener presente que, a mayor abundamiento de las reflexiones contenidas en la sentencia apelada y reproducidas por la decisión de alzada, según la doctrina reiterada de esta Corte Suprema, nuestro país, al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves defendidas en ese instrumento internacional; también se obligan los Estados Partes a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las

disposiciones del Acuerdo. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente en cuenta que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

En ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar los delitos que se cometan y estén sometidos a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, no puede sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de este modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados Convenios, que mediante su suscripción y ratificación, adquirieron efectos plenamente vinculantes. Queda, por tanto, excluido el incumplimiento de las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos, resultando inadmisibles que contraídas tales obligaciones de persecución penal y juzgamiento, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley Nro. 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos -entre ellas, el homicidio en todas sus formas- puesto que se dictó con posterioridad al compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa autoexoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa citada.

Por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos por la indagación, es pertinente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar "delitos contra la humanidad." Estos actos constituyen 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, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales relacionados.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

El legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y, si bien podría dictar una ley en tal sentido, prescribiendo

disposiciones contrarias a ese compromiso o que hiciesen imposible su cumplimiento, tal acto del órgano legislativo importaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto a los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados Partes sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona, constituyendo este reconocimiento una autolimitación de la soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, Nros. 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre 1993, p. 887).

DÉCIMO QUINTO: Que, a partir de la consideración de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional contrae la obligación de juzgar y castigar a sus responsables, en tanto agresores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, por su incompatibilidad con instrumentos internacionales que obstan a la dictación de una normativa que pretenda impedir la investigación de violación a los derechos humanos fundamentales y la sanción de los responsables de tales ilícitos, textos legales como el Decreto Ley 2.191 carecen de efectos jurídicos. (entre otros fallos, SCS, 13.08.2009, Rol N° 921-09; SCS, 24.09.2009, Rol N° 8113-08; SCS, 29.09.2009, Rol N° 3378-09; SCS, 20.02.2010, Rol N° 1369-09; SCS, 14.04.2009, Rol N° 5279-09)

DÉCIMO SEXTO: Que en cuanto a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, invocada oportunamente por los inculcados Raúl Iturriaga, Jorge Iturriaga, Juan Contreras, Christoph Willeke, Juan Morales y José Zara, es dable tener en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal extintiva de la responsabilidad, en los delitos de lesa humanidad, no alcanza sin más a la media prescripción o prescripción gradual, parcial o incompleta, como también se la denomina, cuyo efecto es una mera disminución de la cuantía de la pena.

En efecto, el señalado instituto penal constituye -de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103- un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación en términos imperativos (“deberá el tribunal”), que inciden en la determinación del *quantum* de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias 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 totalmente distintos, porque 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 asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 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. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 3ª edición, 2005, p. 402).

Sin embargo, y como 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 persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluída, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación de la pena, las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, reguladas minuciosamente en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal.

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 raro (“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 Dalbora, pp. 483 y 484).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, ha llevado a esta Corte a darle aplicación en los casos en que concurren los requisitos legales, aún cuando no hubiere sido formalmente alegada como defensa.

DÉCIMO OCTAVO: Que, la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se halla consagrada en nuestro código desde la época de su dictación, en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla sobre la base de dos parámetros esenciales: el tiempo transcurrido y el mérito del proceso. En consecuencia, no se divisan antecedentes indiscutibles que permitan concluir *de jure*, que el Estado, en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de reconocer la imprescriptibilidad para los crímenes

que ofenden gravemente la conciencia jurídica de la humanidad, tuviere que rechazar *a priori* la aplicación de la atenuante en comento; en todo caso, el juez respectivo decidirá soberanamente lo concerniente al ejercicio de la *facultad* que le confieren los artículos 65 y siguientes del Código Penal, a los que se remite expresamente el citado artículo 103, es decir, si efectuará o no alguna rebaja, y en este último evento, la cuantía de la misma.

DÉCIMO NOVENO: Que aceptada en abstracto la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad penal, procede ahora analizar si en este caso concurren los requisitos necesarios para su aceptación en beneficio de los acusados y, a continuación, resolver si se hará o no uso de la potestad conferida por el artículo 68 del Código Punitivo.

VIGÉSIMO: Que, 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".

VIGÉSIMO PRIMERO: Que conforme a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, la acción prescribe, en el caso de los crímenes en el plazo de quince o diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el ilícito y en el caso de simples delitos, en cinco años a partir de esa data. Tratándose de los delitos sancionados -entre otras penas- con la de presidio perpetuo, el lapso exigido es de quince años y en el evento de estar ante una pena compuesta, como ocurre en la especie, debe estarse a la más grave, que es precisamente, el presidio de por vida y se requiere el término de quince años para que se extinga la responsabilidad criminal por prescripción de la acción penal.

Tratándose del delito de asociación ilícita, que para los jefes tenía asignada, al momento de perpetrarse el delito, la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el término requerido para la prescripción de que se trata, es de diez años; para las penas aplicables a los miembros de la asociación, la sanción es de simple delito, de manera que el plazo de prescripción de la acción penal es de cinco años.

En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103, dicho plazo debe haber transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción, esto es, en los homicidios calificados, siete años y medio, y en el caso de la asociación ilícita, el término exigible es de cinco años para los jefes y de dos años y medio para los autores miembros.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en relación al razonamiento precedente, cabe consignar que el procedimiento tendiente a la investigación de los ilícitos indagados comenzó en nuestro país el siete de enero de dos mil tres, según aparece de fojas 1167, habiéndose perpetrado el delito de asociación ilícita durante 1974 y los homicidios el día treinta de septiembre de ese mismo año.

Conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal, para el recuento del término requerido y configurar así la morigerante de responsabilidad penal en estudio, ha de considerarse que transcurrieron más

de veintiocho años entre la fecha de comisión de los delitos y el ejercicio de la acción penal en nuestro país, cumpliéndose, de este modo, la hipótesis temporal a la que alude el artículo 103 del Código Punitivo.

VIGÉSIMO TERCERO: Que de lo expresado resulta que los condenados Raúl Iturriaga, Jorge Iturriaga, Juan Manuel Contreras, Cristoph Willeke, Juan Morales y José Zara, pueden ser beneficiados con la causal de mitigación en análisis, invocada por sus defensas, la que también ha de reconocerse a los demás acusados, aunque no la hayan alegado expresamente, desde que, tratándose de una norma favorable a ellos, el tribunal no puede restarse a revisar su aplicación al caso concreto, en la forma requerida por el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, conviene reiterar lo que ya se advirtió, en el sentido que el inciso 3º del artículo 68, que sería aplicable en este caso dada la remisión hecha por el artículo 103, ambos del Código Penal, contiene una mera potestad de los jueces de la instancia que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal y, por ende, dentro de sus atribuciones privativas pueden o no usar dicho mecanismo, aplicando la punición sin rebaja alguna o disminuyéndola en algunos de los tramos que la ley autoriza (SCS, 28.09.2005, Rol N° 1254 -03; SCS, 26.08.2009, Rol N° 7228-08). Sobre este criterio existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia y no se divisa cómo puede haber sido modificado por lo prescrito en el artículo 103 del Código Penal (SCS, 14.05.2002, Rol N° 922-2002). Novoa señala al respecto que las rebajas de pena que contemplan los artículos 67 y siguientes, son puramente facultativas para el tribunal y cita la sentencia de esta Corte Suprema, de 20.12.1949, publicada en la Gaceta del mismo año, 2º semestre, p. 348 (“Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 414). También resalta lo facultativo de las rebajas de pena autorizadas por los artículos 65 y siguientes del Código Penal, Yussef, quien desarrolla varios argumentos, más allá del claro tenor literal de las disposiciones.

Estos sentenciadores estiman particularmente decisivos los siguientes antecedentes:

a) Al comparar el artículo 68 del texto penal hispano, que sirvió de modelo, queda de manifiesto la diferencia de criterio de los redactores de nuestro Código con el sistema español. Decía éste, en la parte pertinente: “los tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, según el número y la entidad de dichas circunstancias”.

b) La historia fidedigna de la ley corrobora en forma total estas conclusiones. En efecto, en la sesión 19 se acordó mantener en el artículo 68 la expresión “impondrán”. Sin embargo, en la sesión 135, y con ocasión de algunas observaciones formuladas en el seno de la Comisión, en el sentido que las reglas anteriormente fijadas “restringen la facultad del juez más de lo necesario”, se encomendó al señor Rengifo la redacción de las modificaciones, de lo que dio cuenta en la sesión siguiente, en cuya acta se expresa: “En el artículo 65 se limitó la facultad del juez para bajar sólo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas, y se dejó como facultativa esta reducción, en vez de establecer la reducción en todo caso.” (Gonzalo Yuseff Sotomayor, “La Prescripción Penal”, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 131 y 132).

VIGÉSIMO QUINTO: Que esta Corte no hará uso de la facultad aludida en el caso de los autores de los delitos reiterados de homicidio, atendida la motivación de los culpables, su contribución directa, a través del desempeño de distintos roles, a la materialización segura y sin riesgo propio del plan criminal acordado, las particularmente repudiabiles circunstancias de comisión aceptadas por todos, las estrechas relaciones jerárquicas que ligaban a la mayoría de los responsables con quien fuera el Comandante en Jefe del Ejército -existiendo además en el caso de uno de ellos incluso vínculos de familiaridad-, la magnitud del daño causado y la proporcionalidad que con este gravísimo resultado ilícito se alcanza -a juicio de este tribunal- mediante la imposición de las penas que se detallan en lo resolutivo.

En cambio, tratándose de los cómplices de aquellos ilícitos, dado que la aplicación del citado artículo 103 debe resolverse caso a caso, como asimismo la correlativa rebaja de pena, y atendida su menor participación en los hechos delictivos, esta Corte los beneficiará con la atenuante en comento.

En el caso del delito de asociación ilícita, acorde a los razonamientos precedentes, también se ajustará la sanción de acuerdo a la facultad que otorga a los jueces el citado artículo 103.

VIGÉSIMO SEXTO: Que con respecto a las eximentes de responsabilidad penal contenidas en los artículos 10 Nro.10 del Código Penal y 214 del Código de Justicia Militar, alegada, la primera de ellas, por la defensa de Contreras y ambas por la defensa de Willeke, en sus contestaciones a la acusación, rolantes a fojas 5616 y 5672, respectivamente, por haber actuado en cumplimiento de un deber ordenado por sus superiores, procede desestimarlas, atendida la circunstancia de que ambos niegan toda participación en los hechos punibles imputados. En efecto, la primera de ellas supone actuar en cumplimiento de un deber y la segunda, cometer el delito por la ejecución de una orden del servicio. Pese a lo expresado en las contestaciones, ninguno de los acusados ha insinuado siquiera, ni menos demostrado en el proceso, que incurrió en las conductas que se les atribuyen con el fin de dar cumplimiento a un mandato recibido a través de un superior jerárquico – cuya identidad no proporcionan- quien ha impartido una orden lícita, ni que hayan cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, entendiéndose por tal, al tenor del artículo 421 del Código de Justicia Militar, aquella que tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en lo concerniente a la circunstancia eximente del artículo 334 del Código de Justicia Militar, denominada “obediencia debida”, ésta no puede ser acogida, por los siguientes razonamientos:

A.- De acuerdo al texto legal, “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obligación ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

B.- De dicha norma y de lo prescrito en los artículos 214 y 335, todos del cuerpo legal mencionado, que complementan al primero de ellos, se desprende que los requisitos que debe cumplir una orden del superior para que ella

imponga el deber de obediencia al inferior, son: “a) que la orden provenga de un superior; b) que sea relativa al servicio; c) que haya sido dada en uso de atribuciones legítimas, y d) que si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, haya sido representada por el inferior e insistida por el superior” (Renato Astrosa, “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1985, p. 481).

Tales requisitos copulativos no han sido establecidos de manera alguna en el proceso, teniendo particularmente en cuenta que ambos procesados han negado toda participación en los hechos, omitiendo demostrar a través de los medios de prueba legales, que recibieron una orden de algún superior jerárquico para cometer los delitos que se dieron por acreditados.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en lo que atañe a la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 Nro.1 del Código Penal, en relación con la circunstancia eximente del artículo 10 Nro.10 del mismo cuerpo legal, alegada por las defensas de los acusados Raúl Iturriaga, Jorge Iturriaga, Juan Manuel Contreras, Cristoph Willeke, José Zara y Reginaldo Valdés, procede rechazarla, en atención al siguiente fundamento:

Si bien la doctrina y jurisprudencia dominantes en la actualidad, entienden que la atenuante no rige solamente en el caso de eximentes que contemplan requisitos copulativos -limitación propuesta por la Comisión Redactora- sino que también se aplica a eximentes moralmente graduables, en caso que no llegue a operar con toda su intensidad la calidad que determina la exención, este predicamento está supeditado a que concurra el requisito esencial o básico de la circunstancia, que en el caso del artículo 11 Nro.10, es la existencia del deber (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, Tercera Edición Revisada y Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 17; “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero - Parte General, Obra Colectiva dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, Editorial Jurídica de Chile 2002, pp. 169-170).

En la especie, los encausados no han reconocido participación en los hechos delictivos que se les han imputado, por lo que no han demostrado que les afectara el deber que, como elemento esencial, requiere la ley.

Como corolario de lo razonado, resulta inadmisibles la calificación que la defensa de Raúl y Jorge Iturriaga Neumann pretende conferir a la atenuante en comento.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en lo tocante a la minorante consagrada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, que la defensa de Valdés Alarcón solicita se tenga como muy calificada, basta para rechazar esta petición, estarse a lo argumentado por el Ministro Instructor para desestimarla como atenuante simple.

TRIGÉSIMO: Que favorece al procesado Raúl Iturriaga Neumann la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, pues a pesar de la anotación que registra su extracto de filiación y antecedentes, agregado a fojas 1608, la sentencia condenatoria que allí figura no había sido dictada con anterioridad a la ejecución de los hechos delictivos materia de esta causa.

Aunque las defensas de los acusados Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo y Cristoph Willeke Flöel no solicitaron la aplicación de la referida atenuante para el evento de ser condenados, ella se puede colegir de sus extractos de filiación, agregados a fojas 1605, 1609 y

2738 respectivamente, puesto que en tales instrumentos no se registran condenas previas a la perpetración de los delitos materia de estos autos, de manera que se tendrá por concurrente la circunstancia modificatoria en cuestión.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, han de tenerse presente para la determinación definitiva de las sanciones penales, los siguientes factores, además de los ya expresados:

DELITO DE ASOCIACION ILICITA.-

La penalidad asignada a los jefes, en el caso del artículo 293 inciso primero del Código Penal, aplicable en la especie, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados y la asignada a cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación, es la de presidio menor en su grado medio.

En tal virtud, la disminución de la cuantía de la pena, en razón de concurrir la circunstancia atenuante genérica del artículo 11 Nro.6 del Código Penal y la especial del artículo 103 de esa compilación, debe efectuarse a partir del mínimo grado de la sanción y precisarse de conformidad al artículo 68 del Código del ramo. Para estos efectos, se reducirá la pena asignada a los jefes en un grado, llegándose de este modo a la de presidio menor en su grado máximo; tratándose de los autores miembros, la disminución en un grado determina que la sanción aplicable es la de presidio menor en su grado mínimo.

DELITOS DE HOMICIDIO CALIFICADO.-

a) La modalidad del hecho delictivo -accionando un mecanismo explosivo y provocando simultáneamente dos muertes- encuadra en la figura del denominado concurso ideal *homogéneo*, reglamentado en el artículo 75 del Código Punitivo, que concurre “cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal, como, por ejemplo, si con un mismo disparo se da muerte a dos personas.” (Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General.” Séptima Edición, 2005, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 665) Refiriéndose al mismo supuesto de hecho, Juan Bustos afirma que “no hay duda que estamos, tanto en doctrina como en el artículo 75, ante un concurso ideal de segunda clase” (“Concurso Ideal de Delitos”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1962, p.p. 94-95); Mario Garrido pone como ejemplo “cuando se mata a más de una persona con una granada.” (“Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1997, p. 348).

b) En tal caso, por tratarse de un hecho que constituye dos delitos, procedería la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave, es decir, la pena única a aplicar será la más alta que esté determinada por la ley para el delito más grave. Si los delitos son de la misma gravedad, se aplica la pena mayor de cualquiera de ellos (Etcheberry, cit., Tomo II, pp.121-122).

c) La doctrina apunta que la ley otorga al concurso ideal un tratamiento más benigno que el concedido en la generalidad de los casos al concurso real, ya que el castigo se aplica conforme al sistema de absorción de las penas (Cury, cit., p. 666). Obviamente, esta circunstancia deberá ser analizada y corroborada o desechada, según las circunstancias del caso concreto.

d) En el caso de autos, ambos delitos de homicidio calificado tienen asignada la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, de manera que siendo ambos ilícitos de igual gravedad, no cabe determinar la pena que sea más severa, sino que ha de tomarse la mayor de cualquiera de ellas. Por tanto, es la sanción de presidio perpetuo que comparten ambos delitos, instaurada como grado máximo de la pena compuesta asignada, la mayor de cada delito, siendo ésta precisamente la que cabe considerar -en abstracto- de conformidad al citado artículo 75.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: No obstante lo acotado precedentemente, como el sentenciador debe elegir el mecanismo de regulación de pena que sea más favorable para el acusado, según cada caso concreto, en la especie se recurrirá al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por ser precisamente más beneficioso en los casos que se dirá, que el sistema del citado artículo 75 y el consignado en el artículo 74 del Código punitivo, que lleva a imponer penas que deben sumarse para su imposición (acumulación aritmética).

TRIGÉSIMO TERCERO: Que como se trata de dos delitos de homicidio que están contemplados en un mismo título del Código Penal y, atendida su naturaleza, pueden ser considerados como uno sólo y castigados con una pena única, de acuerdo al mencionado artículo 509, debe partirse de una pena base desde la cual se efectúa el aumento. En el caso de todos los sentenciados, concurriendo los efectos de una atenuante genérica, la sanción no puede ser aplicada en el grado máximo, de manera que la pena base a incrementar en un grado por la reiteración, es la de presidio mayor en su grado medio. En su obra "Reglas para la Aplicación de Las Penas", Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 21, René Pica Urrutia, expone que eliminado el presidio perpetuo por la concurrencia de una atenuante, queda limitada la penalidad al presidio mayor en su grado máximo (de 15 años y un día a 20) y al mismo en su grado medio (de 10 años y un día a 15 años).

En el evento de darse aplicación al artículo 74 ya mencionado, procederían dos penas, siendo la inferior 10 años y un día y la superior 20 años. En cambio, siguiendo el criterio delineado, la pena única a alcanzar corresponde a la de presidio mayor en su grado máximo, como consecuencia del incremento de un grado a partir de la pena base, cual es la de presidio mayor en su grado medio.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, los acusados Jorge Iturriaga Neumann y Mariana Callejas Honores, son responsables en calidad de cómplices de los delitos de homicidio calificado indagados, de manera que corresponde disminuir la pena en un grado al mínimo legal, acorde lo preceptuado en el artículo 51 del Código punitivo y rebajarla en dos grados por la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, lo que conduce a la sanción de presidio menor en su grado medio; y ésta debe incrementarse en un grado por la reiteración delictiva, de acuerdo al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, determinándose finalmente en presidio menor en su grado máximo.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que en el caso de Reginaldo Valdés, también condenado en calidad de cómplice de los delitos reiterados de homicidio calificado, corresponde la rebaja en un grado según el artículo 51 del Código Penal, la que a su turno se disminuirá en dos grados por la circunstancia

atenuante del artículo 103 del mismo cuerpo de leyes, reducción en cuya entidad se tomaron en consideración las dos atenuantes reconocidas por el juez de primer grado, respecto de cada uno de los delitos en que ha tenido intervención. Atento a lo anterior y siendo más favorable el sistema estatuido en el artículo 74 del citado código, se mantendrán, a su respecto, las penas impuestas por el señor Ministro Instructor.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que en relación a los autores de los delitos de homicidio calificado, no se hará uso de la facultad que confiere a este tribunal el artículo 103 del Código Penal por lo que para los efectos de la determinación de la extensión de los castigos, se considerará la única minorante de responsabilidad penal que les beneficia y la regla de imposición de la sanción del artículo 509 ya citado, de acuerdo a lo razonado en el considerando Trigésimo Segundo.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que los argumentos esgrimidos en las apelaciones deducidas, no revisten mérito suficiente como para desvirtuar los razonamientos que han conducido a estos jueces a condenar a todos los encausados.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 7.479 disintiendo del mismo en cuanto propone mantener el quantum de las sanciones de los condenados Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Raúl Iturriaga Neumann, Jorge Iturriaga Neumann, Cristoph Willeke Flöel, Juan Morales Salgado, Mariana Callejas y José Zara, y elevar a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, el castigo impuesto a Valdés Alarcón.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Enjuiciamiento Criminal, **SE DECLARA** que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación en la forma instaurado en lo principal de fojas 7.451 por la defensa del condenado Cristoph George Willeke Flöel.

Acordada la decisión de avocarse a la resolución del recurso de casación formulado en contra del fallo de primer grado con el voto en contra del Ministro señor Brito, porque en su criterio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil aplicable en la especie por previsión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, esta cuestión no se encuentra comprendida en la competencia de esta Corte que sólo conoce de esta clase de recursos cuando han sido deducidos en contra de sentencias de segunda instancia. Por otra parte, el recurso ya fue decidido en el fallo de casación de la Corte de Apelaciones de Santiago, el que no obstante la nulidad de la sentencia de segundo grado antes decidida mantiene toda su eficacia, porque su particular naturaleza jurídica hace improcedente los recursos.

II.- SE CONFIRMA la sentencia apelada de treinta de junio de dos mil ocho, escrita de fojas 6.834 a 7.338, con las siguientes declaraciones:

A.- Que el sentenciado **PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO**, queda condenado a la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO**, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como **autor jefe** del delito de **asociación ilícita**,

perpetrado en el año 1974 y a la pena única de **DIECISIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÁXIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio calificado cometidos en las personas de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiarleoni, el 30 de septiembre de 1974, en la ciudad de Buenos Aires.

B.- Que los sentenciados **RAÚL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN, CRISTOPH GEORGE WILLEKE FLÖEL, JOSÉ OCTAVIO ZARA HOLGER Y JUAN HERNÁN MORALES SALGADO**, quedan condenados, cada uno, a la pena de **CIENT DÍAS de PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, accesoria de suspensión de cargo u oficio durante el tiempo de sus condenas y al pago de las costas de la causa, como autores miembros del delito de asociación ilícita, perpetrado en el año 1974.

C.- Que se condena a **RAUL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN, CRISTOPH GEORGE WILLEKE FLÖEL, JOSÉ OCTAVIO ZARA HOLGER Y JUAN HERNÁN MORALES SALGADO**, a sufrir cada uno, la pena única de **QUINCE AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÁXIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas y al pago de las costas de la causa, como autores de los delitos de homicidio calificado cometidos en las personas de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiarleoni, el 30 de septiembre de 1974, en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina.

D.- Que se condena a **MARIANA CALLEJAS HONORES y a JORGE ITURRIAGA NEUMMAN**, a sufrir cada uno, la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, en su calidad de cómplices de los delitos de homicidio calificado en las personas de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiarleoni, perpetrados el 30 de septiembre de 1974, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.

Concurriendo los requisitos legales, y si bien no consta en el proceso un informe de Gendarmería de Chile, éste, en caso de existir, es sólo un antecedente, mas no vinculante para el tribunal, se les otorga la medida alternativa de **Libertad Vigilada**, debiendo los condenados someterse a un plazo de tratamiento y observación equivalente a la duración de la pena y cumplir los restantes requisitos del artículo 17 de la Ley N° 18.216.

III.- SE CONFIRMA, la decisión del tribunal de primer grado en lo relativo a las condenas impuestas a **Reginaldo Valdés Alarcón** en los apartados XIX y XX de lo resolutivo del fallo que se revisa, esto es, **dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio** y las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de las condenas, más el pago de las costas de la causa, como cómplice de los delitos de homicidio calificado cometidos en las personas de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiarleoni, el 30 de septiembre de 1974, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.

IV.- SE APRUEBA, en lo consultado, el pronunciamiento de primera instancia, con declaración que **JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPULVEDA** queda condenado a la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor jefe del delito de asociación ilícita; y a la pena única de **DIECISIETE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÁXIMO**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor de los homicidios cometidos en las personas de Carlos Prats González y Sofría Cuthbert Chiarleoni, el 30 de septiembre de 1974, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina.

V.- SE APRUEBA el sobreseimiento parcial y definitivo de primero de abril de dos mil cinco, escrita a fojas 4198 (Tomo XI).

A los sentenciados **JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPULVEDA, PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, RAUL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN, CRISTOPH GEORGE WILLEKE FLOEL, JOSE OCTAVIO ZARA HOLGER y JUAN HERNAN MORALES SALGADO**, no se les concede beneficio alguno de cumplimiento alternativo de las penas impuestas atendida la naturaleza de los delitos y la cuantía total de las sanciones, por lo que, en consecuencia, deberán cumplirlas efectivamente y en orden sucesivo, comenzando por la más grave, esto es, la de presidio mayor, debiendo tenerse en cuenta, en el caso de Contreras Sepúlveda, Espinoza Bravo y Raúl Iturriaga Neumann, lo establecido en el párrafo primero del Capítulo XXVIII de la parte decisoria del fallo en alzada. Les servirán de abono los períodos de privación de libertad determinados en el dictamen de primera instancia, y el tiempo que éstos permanecieron privados de libertad con ocasión del procedimiento de extradición Rol No. 20-2000, de esta Corte Suprema: Contreras Sepúlveda, desde el 10 de octubre de 2001 al 31 de julio de 2002, según consta a fojas 411 y 1111; Espinoza Bravo, desde el 10 de octubre de 2001 al 20 de diciembre de 2001, según consta de fojas 399 y 755; Raúl Iturriaga Neumann, desde el 10 de octubre de 2001 al 20 de diciembre de 2001, de acuerdo a lo establecido a fojas 409 y 755; Zara Holger, desde el 10 de octubre de 2001 al 13 de noviembre de 2001, como aparece de fojas 410 y 629; y Jorge Iturriaga Neumann, desde el 12 de octubre de 2001 hasta el 19 de noviembre de 2001, según consta a fojas 407 y 669.

Respecto de los sentenciados a quienes se concedió beneficio alternativo para el cumplimiento de las penas corporales impuestas y para el evento de revocárseles éste por cualquier motivo, les servirá de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad en esta causa y a que se refiere la sentencia de primer grado.

Acordada la aplicación de la norma del artículo 103 del Código Penal contra el voto del Ministro señor Brito, quien estuvo por desestimarla en atención a que la rebaja del castigo que previene también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos

porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, el disidente no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo. De esta manera, en concepto del disidente, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los encausados sólo se debe tener en cuenta la atenuante del artículo 11 N° 6, del cuerpo legal citado, y el sistema de determinación de pena reglado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, si ello resulta más beneficioso. Así, el disidente estuvo por condenar a los autores jefes del delito de asociación ilícita a una pena de presidio mayor en su grado mínimo; a los autores miembros de la misma conducta punible, a la pena de presidio menor en su grado medio; a los autores de los homicidios calificados reiterados la pena única de presidio mayor en su grado medio; y, finalmente a los cómplices de los referidos ilícitos, la pena de presidio mayor en su grado medio; con excepción del caso de Valdés Alarcón, en que comparte la decisión del juez a quo, habida consideración de las dos minorantes que él le reconoce.

Acordada la decisión de condena con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por acoger la prescripción de la acción penal y absolver a los acusados, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito, no ha sido oportunamente objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, 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 permanezcan 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 la vigencia plena de la ley.

Se encuentra establecida en el Libro I, Título V, artículos 93 y siguientes del Código Penal, y obedece su existencia, además, de las razones ya expresadas, a la circunstancia que ha regido como institución indispensable

para los fines ya expuestos en gran parte de la vigencia del código, que se inicia el 1° de marzo de 1875.

2°.- Que no obstante, que la institución de la prescripción no se encuentra afectada por la legislación internacional que se invoca con frecuencia, especialmente si los hechos motivo de la presente causa no tienen carácter de delitos de lesa humanidad, es preciso fijar los argumentos que este disidente, ha sostenido en fallos por delitos cometidos durante el gobierno militar, y de que se hace responsable a agentes de dicha administración.

3°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, el disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos, y consignado en abono de su tesis los argumentos y consideraciones que se vierten en los apartados que siguen.

4°.- Que los Convenios de Ginebra de 1949, fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, publicado en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose estos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

El destacado jurista Jean Pictet, ya fallecido, a quien se considera es el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo I) y del artículo 3° de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoció que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar en ellos ninguna definición del estado o situación de “conflicto armado no internacional”, ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo enumeró una lista de condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes, o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerantes o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas

armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, edición de la Academia de Humanismo Cristiano, de 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”.

El II Protocolo adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional, aprobado por D.S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1° del Protocolo, se expresa que no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2 letra d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por el Congreso Nacional recién el 1° de agosto de 2008, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N°5, de 1973,

que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa, el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere, que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D.L. N° 5, fue publicado en el Diario Oficial de 12 de agosto de 1973, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado, que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia N° 5, de 1973, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile, a la data de los hechos, existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a si misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente

cometió la infracción y, que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones en los tratados de paz que suscriban”(Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N°559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente, en los autos Rol N° 2079-06, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición .Memoria de una época, 1990-1998” Grijalbo, 1999, refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna”, de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (página 44).

5°.- Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

6°.- Que, en el caso de Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

7°.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, inserto en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el

establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

Si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial, con fecha 1° de agosto pasado, según ya se expresó, no existía a la época de comisión de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su perpetración, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8°.- La ley N° 20.357, publicada en el Diario Oficial de 18 de julio de 2009, que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes y Delitos de Guerra, contiene un concepto de crímenes de lesa humanidad, aplicable en la materia de este proceso criminal, disponiendo en su artículo 1°, que constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en su párrafo 1°, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias: 1° Que, el acto se ha cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (define la ley en el artículo 17 letra c) en los términos siguientes: "Población civil: conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera del combate); y, 2° Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política de Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

El texto en referencia, que introduce en los términos señalados en nuestra legislación los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes cometidos en caso de conflicto armado y crímenes cometidos en caso de conflicto armado de carácter internacional, además, de que debiera ya ejercer trascendente influencia en causas en tramitación y falladas sobre crímenes que se califican de "lesa humanidad", como lo son el secuestro y homicidio calificado en procesos de derechos humanos, a virtud de la aplicación de la ley más favorable, en esta causa determina que, claramente, los delitos que se han investigado y se encuentran en vía de sanción definitiva, no son de lesa humanidad, y no les resulta aplicable la legislación internacional, por consiguiente, no se ve obstáculo para aplicar la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción.

9°.- Que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 94 del Código Penal, la acción penal prescribe tratándose de crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años; respecto de los demás crímenes, a los que la ley impone pena de presidio, reclusión, relegación, confinamiento y extrañamiento mayor, en diez años, espacio de tiempo que debe transcurrir, como sucede en la especie, en que no hay antecedentes producto de la investigación, ni alegado o invocado,

íntegramente, entre la fecha de comisión del delito (artículo 95 del Código Penal) y aquella en que la acción se dirige en contra del culpable, en las formas y modalidades que la doctrina y jurisprudencia ha ido estableciendo, sin que en el tiempo intermedio ocurran hechos que interrumpen y/o suspendan el cómputo, con las consecuencias diferentes de ambas instituciones, y que impidan el transcurso del plazo establecido en la ley.

El delito de homicidio calificado merece según la ley (artículo 391 N°1° del Código Penal) pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y requieren del transcurso de quince años, y respecto del delito de asociación ilícita, el artículo 293 del texto legal citado, contempla pena de crimen para quienes hayan ejercido mando y sus provocadores, y el tiempo de prescripción será de diez años, y en cuanto a los otros individuos que hubieren tomado parte en la organización y no tuvieran las calidades antes mencionadas, el plazo de prescripción será de cinco años por cuanto la pena establecida para ellos, es de presidio menor en cualquiera de sus grados.

De los antecedentes consta que los delitos, tanto los de homicidio calificado, como el de asociación ilícita, se perpetraron durante el año 1974, y el inicio de la investigación e inculpación directa en contra de los sentenciados se produjo el 7 de Enero de 2003, habiendo transcurrido entonces más de veintiocho años, encontrándose, por tanto, extinguida la responsabilidad criminal de los enjuiciados.

Se deja constancia que, respecto de los cómplices Mariana Callejas y Jorge Iturriaga y para los efectos del quantum de la pena que en definitiva se les ha impuesto, se produjo dispersión de votos y no se obtuvo acuerdo. En efecto, los ministros de mayoría señores Dolmestch, Künsemüller, Brito y Silva comparten la decisión de condena, la calificación jurídica del hecho punible, y el grado de participación que a los inculpados correspondió en el delito por el que se los acusó, pero al momento de determinar las penas que a cada cual corresponde, los ministros señores Dolmestch y Silva, dando aplicación al artículo 103 del Código Penal, estuvieron por rebajarles dos grados y aplicarles a cada uno cinco años de presidio menor en su grado máximo, mientras que los ministros señores Künsemüller y Brito disienten de ello, el primero, porque estima que aplicando el artículo 103, debería rebajárseles sólo un grado; y el segundo, el ministro señor Brito no comparte la institución de la media prescripción, razón por la que se llamó a una nueva votación sobre el punto, conforme al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, determinándose la pena del modo que se razona a continuación.

Allí, el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si bien estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, ello no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena en dos grados por la disposición favorable antes citada. Con lo anterior se logró mayoría absoluta de votos entre los Ministros señores Ballesteros, Dolmestch, y Silva, para aplicar en este caso el artículo 103 del Código Penal y estimar los delitos de homicidio calificado, respecto de los cómplices, como revestidos de dos atenuantes calificadas y de ninguna agravante; circunstancias que, unidas a la irreprochable conducta pretérita, como lo dispone el artículo 68 del mismo

cuerpo de leyes, concluyó con la condena en la forma, cuantía y condiciones estipuladas en lo decisorio de este fallo.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller, como ya se señaló en el párrafo precedente, relativo al quantum de la pena, si bien comparte la aplicación del artículo 103 del Código Penal respecto de los enjuiciados como cómplices de los delitos de homicidio, fue de opinión de rebajar con su mérito sólo en un grado la pena aplicable a los sentenciados Mariana Callejas y Jorge Iturriaga y elevarla en otro por la reiteración, resultando a su respecto la pena única de presidio mayor en su grado mínimo, para cada uno.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Carlos Künsemüller y de las prevenciones, y disidencias sus respectivos autores.

Rol N° 2596-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Guillermo Silva G.

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

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