

Santiago, nueve de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

a) en el considerando tercero, se reemplaza “se su único”, por “y cuyo único acto era”; b) en el motivo octavo, se sustituye el infinitivo “avisar”, por la forma verbal “avisen”; c) en el fundamento noveno, se agrega al final “sin perjuicio de su propia responsabilidad”, reemplazando el punto y como por una coma que la anteceda; d) se sustituye en el numeral décimo, el “Nº1” relativo al artículo 15 del Código Penal, por el “Nº2” del mismo precepto; e) en el considerando undécimo, acápite segundo, se reemplaza la oración que comienza con las expresiones “y en el caso de haberse prevalido de su carácter de funcionario público...”, hasta su término, por la frase “porque sin ese carácter no habrían podido los miembros del batallón o unidades actuantes en el cierre del perímetro de la casa universitaria y movilización del caso, estar en situación de perpetrar estos delitos; f) en el considerando décimo quinto, se modifica la frase “debe primar al respeto”, por “deben primar”; g) se eliminan los considerandos vigésimo y vigesimotercero; h) en el considerando vigesimoprimer, se suprime el vocablo “también” que antecede a la frase “se acogerá”; i) en el motivo vigesimosegundo, se trueca el guarismo “1” del artículo 15 del Código Penal, por su número “2”; j) en el considerando vigesimoquinto, letra B), párrafo final, se elimina el adjetivo “civiles” que sigue al sustantivo “acciones”; k) en el considerando vigesimoséptimo, se suprime, en el párrafo primero desde donde dice “al estimarse que los términos de las responsabilidades extracontractual y ordinaria de cuatro y cinco años...”, hasta su término; asimismo, sus párrafo segundo, tercero y cuarto”; y se tiene en su lugar y demás presente:

1º) Que en esta causa seguida para investigar las muertes de Hugo Araya González y Marta Ana de Monserrat Vallejo Buschmann, ocurridas presumiblemente el 12 de septiembre de 1973 en el interior de distintas dependencias de la entonces Universidad Técnica del Estado, se han presentado apelaciones por parte del condenado Donato Alejandro López Almarza, la querellante Programa Continuación Ley Nº19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del Fisco de Chile y de la querellante Alejandra Tatiana Vallejo Buschmann. En esta causa es parte querellante también la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), a la cual se tuvo por adherida a la apelación en segunda instancia;

2º) Que, la apelación del sentenciado, condenado a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de los homicidios calificados de Hugo Araya González y de Marta Ana de Monserrat Vallejo Buschmann, en calidad de autor, se fundamenta en que el juzgador hace primar en el fallo los tratados internacionales que menciona, en desmedro de la aplicación de la Ley de Amnistía del derecho interno, como también de la institución de la prescripción, por cuanto trataríase de delitos de lesa humanidad, lo que contraviene el principio de irretroactividad de la ley penal si se considera que sólo el 18 de julio de 2009 se dictó la ley Nº 20.357. La apelación del Programa se funda en que es inaplicable el artículo 103 del Código Penal en la especie, por cuyo respecto se rebajó sustancialmente la pena al condenado, y porque el fallo no contiene un pronunciamiento sobre las agravantes de los números 8 y 11 del artículo 12 del Código Penal, solicitando en definitiva la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo, en tanto la atenuante reconocida se compensaría con una de las agravantes que se solicita declarar como concurrentes, y aumentando en dos grados la sanción base. El Fisco de Chile, por su parte, apela la parte

civil de la sentencia, por el rechazo de sus excepciones, por haber sido ya indemnizada la querellante y actor civil de esta causa, con arreglo a la Ley N°19.123, pues consta que percibió la cantidad de \$10.000.000 a fojas 1578, lo que implicaría un pago dada la finalidad reparatoria de dicha ley, incluida la reparación satisfactiva; y por rechazar la prescripción extintiva de la acción civil que, en su concepto, citando al efecto la sentencia de unificación de jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de 21 de enero de 2013, en la materia. Además, dice agraviarle la condena en costas, alegando motivo plausible para litigar.

El recurso interpuesto en representación de la hija de la fallecida doña Marta (Martha) Ana de Monserrat Vallejo Buschmann –Alejandra Tatiana Fedrica Vallejo-, busca revocar lo relativo a la media prescripción que el otorga en el fallo al sentenciado, haciendo presente, dada la naturaleza de los delitos de esta causa y la aplicabilidad de las normas del derecho internacional, incluidas las de *ius cogens*. Por otro lado, pide aumentar la sanción en dos grados, porque estima que la facultad establecida en la ley al respecto, es reglada y al efecto consigna como fundamentos que deben ser atendidos, la extensión del mal causado –aplicable también en casos de reiteración-, y el fin de prevención general de la pena, sobre todo en delitos de esta naturaleza. Solicita la imposición de una pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo;

3°) Que, en lo que concierne a las alegaciones fundamento de la apelación del sentenciado López Almarza, explicado está por el señor Ministro en Visita Extraordinaria a cargo de esta causa, en los considerandos decimocuarto y decimoquinto, las razones de derecho en virtud de las cuales no resulta aplicable la amnistía dictada en tiempos del gobierno militar, así como en el decimosexto aquellas en cuyo mérito se desestima la excepción de prescripción de la acción penal respecto de los dos delitos de homicidio calificado que se han tenido por acreditados y que corresponden a delitos de lesa humanidad o delitos de guerra que no admiten el cese del derecho de persecución.

Sin perjuicio de lo anterior no está demás consignar que Los Convenios de Ginebra a que se refiere el fallo de primera instancia, en el artículo 3° común a los cuatro Convenios hace obligatorio en el evento de conflicto armado sin carácter internacional y que surja al interior de una de las Altas Partes Contratantes, aplicar a lo menos ciertas disposiciones que prohíben en cualquier tiempo y lugar los atentados contra la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y suplicios, a quienes no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. Como infracción grave se contempla en el artículo 147 del Convenio IV y 130 del III, el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, la detención ilegítima; y el artículo 148 del IV declara: “Ninguna parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma, u otra Parte contratante, respecto de las infracciones previstas en el artículo anterior”.

Esto permite concluir que ninguna validez tiene la auto exoneración de la amnistía invocada, estando Chile obligado a respetar dichas Convenciones y Tratados. Así lo ha fallado la Excma. Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias (vgr. Roles 517-2004, 2666-2004).

Y en lo que dice con la situación que torna aplicable estas Convenciones de 1949 - que rigen desde 1951- cabe precisar que la situación de conmoción interna que se vivió en Chile desde el 11 de septiembre de 1973, fue considerada por el Decreto Ley N°3 de la

misma fecha, junto a lo normado por el artículo 72 N°17 de la Constitución Política del Estado, de 1925, el cual declaró el estado de sitio en todo el territorio. La situación de conmoción interior por disposición del Decreto Ley N°5 se entiende “Estado de Tiempo de Guerra”, no sólo para efectos de la penalidad de tiempo de guerra establecida en el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, sino como expresa “para todos los demás efectos de dicha legislación” (Art.1°). Esta frase se ha interpretado en términos amplios, incluyendo las normas jurídicas penales de carácter internacional que resulten aplicables, lo que es de suma importancia en la aplicación de los Convenios de Ginebra a estos casos. El Decreto Ley N°641, de 11 de septiembre de 1974, declaró al territorio en Estado de Sitio, en grado de Defensa Interna, lo que se extendió hasta septiembre de 1975 en virtud del Decreto Ley N° 922. A su vez, el Decreto Ley N°640, de 10 de septiembre de 1974, señaló que la declaración de Estado de Sitio en grado de Defensa Interna procedería cuando la Conmoción sea provocada “por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, lo que sin duda hace aplicables estos convenios internacionales;

4°) Que, en lo referente a la prescripción, el juez alude a que la paz social y la seguridad jurídica no se logran a través de la extinción de responsabilidad en delitos de esta naturaleza, citando al efecto la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra o Lesa Humanidad. Al respecto conviene recordar que este instrumento internacional que data de 1968 y entró a regir el 8 de noviembre de 1970, en su artículo 1° incluye los crímenes de guerra, los contemplados en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945 y las “infracciones graves” enumeradas precisamente en los Convenios de Ginebra. La Excma. Corte Suprema recogió lo expresado en ella en el rol 2664-04, reputándola norma ius cogens. La normativa no ha sido ratificada por Chile, estando actualmente en Segundo Trámite Constitucional de la Cámara de Diputados desde el 1 de julio de 2014. (última anotación de octubre de 2.014).

5°) Que, corresponde hacer lugar a la pretensión de la apelación de la querellante Alejandra Tatiana Vallejo Buschmann y del Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, en lo relativo a la improcedencia de la aplicación de la media prescripción o prescripción gradual contenida en el artículo 103 del Código Penal, accedida en primera instancia. Desde luego, porque la naturaleza jurídica de la prescripción gradual no es distinta de la prescripción extintiva, la cual conforme a la preceptiva internacional en la materia, no es admisible tratándose de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra. El artículo 103 del Código Penal sólo regula los efectos de que haya transcurrido más de la mitad del tiempo necesario para prescribir, sea la acción penal o la pena, sin que se haya completado, pues evidentemente no puede tener el mismo efecto de la prescripción completa o completada (totalizada) y al igual que ésta depende únicamente del tiempo transcurrido hasta que sea habido o se presente el imputado. En otras palabras, intrínsecamente no difieren, por eso admitido que los tratados y convenciones internacionales prohíben la prescripción en esta clase de delitos contra la humanidad, no puede sufrir merma la persecución penal cuando aun el tiempo transcurrido es menor. Se ha dicho que la prohibición de una contiene a la otra, porque la finalidad de estas normas de origen internacional, es que en razón de la naturaleza del delito el transcurso del tiempo no pueda producir efectos, lo que no es sólo respecto del acto de persecución, sino respecto de la sanción que debe ser proporcional a la gravedad del delito independientemente del tiempo transcurrido, esto es, cualquiera sea el tiempo transcurrido. En igual sentido convergen los autores nacionales Sergio Politoff y Humberto Nogueira Alcalá;

6°) Que, en cuanto a la forma de autoría del acusado, ésta corresponde a la de autor mediato. Los problemas entre autoría y participación o entre autor mediato e inducción, son diversos y no menos complejos, pero, no obstante, no sólo se ha estimado en doctrina que tenga lugar en los distintos casos en que una persona (“el hombre de atrás”) puede usar o valerse de un instrumento (persona distinta que ejecute el hecho), sino que no está limitada a una “acción defectuosa” del instrumento y que ella perfectamente puede darse aun frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario (Derecho Penal, Parte General 2, Maurach, pág., 354, traducción de Jorge Bofill Genzsch). En la hipótesis en que los hechos punibles del “hombre de atrás” son controlados o dominados mediante aparatos delictivos de poder, organizados estatalmente (KGB en la Unión Soviética o delitos violentos del régimen nacionalsocialista o de otro modo), conforme se señala en este texto (Ob. Cit, pág 355), se da una situación o una forma de autoría mediata.

Este tipo de autoría, en nuestra legislación es pasible de ser contenida en el número 2 del artículo 15 del Código Penal, que prescribe: “Art. 15. Se consideran autores: 2.° Los que fuerzan o inducen directamente u otro a ejecutarlo”. Generalmente será en una modalidad de inducción, que por las consideraciones expuestas en torno al comentario de esta forma de autoría en relación a los grupos organizados jerárquicamente, implican el ejercicio de dirección en la transmisión de la orden a los eslabones propiamente de ejecución. Sin perjuicio de considerar, como en todas estas materias se ha abordado con antelación, que, por las particularidades propias de estos grupos y la ausencia absoluta de representación de órdenes que estén fuera de lo que se entiende por acto de servicio, se esté en presencia también de la coautoría del numeral 3 del citado artículo, situación que en este caso al no haberse determinado a los precisos ejecutores (sujetos determinados, sino sólo al contingente de que formaban parte) carece de consecuencia;

7°) Que, en lo que hace a la apelación del Fisco de Chile, las razones para rechazar la excepción de pago que ofrece la sentencia recurrida, son suficientes para mantenerla a este respecto. Sobre la prescripción extintiva de la acción civil también alegada, esta Sala comparte la posición del apelante en cuanto a la prescriptibilidad de la misma, pues no existe norma en el derecho internacional que, aun tratándose de estos delitos tan graves, consulte la imprescriptibilidad en esta materia específica, sin perjuicio del deber de reparación de los Estados, porque las acciones deberán deducirse para obtener su acogimiento, pero dentro de un término que de acuerdo con resoluciones de las Naciones Unidas ha de ser suficiente y no excesivamente restrictivo.

Sin embargo, como se ha estimado en otros fallos de esta Corte de Apelaciones y como lo ha declarado la Excma. Corte Suprema, entre otros, en el fallo de Unificación de Jurisprudencia del Pleno del Tribunal, de 21 de enero de 2013, en autos rol N° 10.665-2011, que el Consejo de Defensa del Estado cita en su recurso de reforma, reconociendo como principio general el de la prescriptibilidad de la acción civil y la ausencia de norma vigente que imponga la prescripción, que es posible matizar la aplicación de las normas de derecho interno, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la sola literalidad del artículo 2332 del Código Civil. Dice así, que es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los

tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce;

8°) Que se podría, *prima facie*, considerar que el regreso de la democracia en Chile marcara el respectivo hito para iniciar dicho cómputo, o como hace la Corte Suprema en ese fallo, contarlos desde el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pero obviamente nada de esto es definitivo y debe buscarse la solución caso a caso, teniendo en cuenta el mérito de todos los antecedentes y la experiencia habida en la materia, que justamente es la que permite efectuar de modo distinto el cómputo a la mera literalidad de la norma. No debe olvidarse que en ese fallo, el Tribunal Supremo, expuso que en la situación planteada en ese proceso, debía entenderse que ése debía ser el momento de inicio del cómputo del plazo de cuatro años, no que en cada caso, fuera éste el momento para iniciar el respectivo cómputo.

Ahora bien, en este caso, la querrela de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, por la muerte de la víctima Hugo Araya González, se presentó el 3 de junio de 2010; la de la Subsecretaría del Interior se presentó por este mismo caso el 5 de enero de 2011. No hubo querrela y acción civil de parte de familiares, pero es digno de destacarse que a esa fecha y con posterioridad no existían antecedentes de quienes habrían intervenido en los hechos. Así, la Policía de Investigaciones de Chile, su Brigada de Investigación de Delitos contra los Derechos Humanos, pidió requerir de la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, antecedentes que obren en sus archivos para determinar si hubo proceso (fojas 50). Antecedente que no se envió. Luego la PDI tuvo que analizar la causa en que se indagaba la muerte de Víctor Jara, detenido también dentro de dependencias de la Universidad Técnica del Estado (ex) para poder avanzar en la investigación (fojas 134). La misma policía pidió nuevos decretos para continuar las diligencias. Por otra parte, los oficios dirigidos al Estado Mayor del Ejército si bien fueron respondidos, no contenían antecedentes (Vgr. fojas 139, 141, 159). Por antecedentes que el ministro instructor halló en otra causa (77/2011) se ofició nuevamente al Estado Mayor pidiendo la dotación completa de efectivos a cargo del oficial Moren Brito (que también fue procesado, aunque se determinara finalmente que los disparos –no otras actuaciones violentas- emanaron de un batallón de un regimiento a cargo de otro oficial.

En el caso de la víctima Marta o Martha Vallejo, en que la querellante es su hija Tatiana, su querrela es de 12 de marzo de 2015, contra los dos procesados (fojas 1295), pero las querellas por su muerte violenta se interpusieron el 18 de marzo de 2011 y el 30 de diciembre de 2011, por parte de la AFEP y la Subsecretaría del Interior, respectivamente, contra quienes resultaren responsables, lo mismo que una querrela presentada por una hermana de la víctima el 30 de julio de 1991, en que se pedía recabar antecedentes desde la Secretaría General de la Presidencia. En todo caso, debe dejarse claramente establecido que hubo múltiples oficios igualmente sin resultado y que recién el 22 de mayo de 2012 se remitió informe relativo al personal del regimiento de Arica, de la Serena, en septiembre de 1973, y que estaban al mando de Moren Brito. A petición de la querellante Ministerio del Interior (El Programa Continuación Ley N° 19.123), debía indagarse a la Compañía de Cazadores del Regimiento Yungay (que también marcó presencia la noche del 11 de septiembre de 1973), lo que se decidió recién el 12 de marzo de 2013, pues hasta allí se indagaba el batallón que dirigía Moren Brito. Se comenzó a saber quien dirigió el operativo a través de consultas al archivo de la Jefatura Nacional de la Brigada a cargo de la investigación, antecedentes en Internet obtenidos de libro que se menciona en la diligencia de fojas 834 y del examen del proceso 59.954-1 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago

(20 de junio de 2013), de manera que se fueron recopilando antecedentes dispersos que se fueron organizando y ordenando. Allí aparecía una declaración del encausado López Almarza, quien sólo prestó declaración en la causa el 20 de diciembre de 2014, siendo sometido a proceso el 8 de enero de 2015 (junto a Moren Brito);

9°) Que, de esta forma, el cómputo de la prescripción no se ha podido contar siquiera desde la entrega del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) porque la solidez y certidumbre acerca de los hechos con miras a la demanda requería de un mayor desarrollo de la investigación judicial y de una posibilidad real de avance en el esclarecimiento de los mismos y de las responsabilidades consiguientes, lo que sólo vino a pasar con posterioridad a la primera mitad del año 2013, conforme los antecedentes comentados.

Al respecto no debe olvidarse que la prescripción es también una sanción para el litigante negligente, situación que no aparece predicable acerca de la actora de autos, y que nuestra legislación procesal deja a criterio del titular de la acción ejercitarla en sede penal o en sede civil, tratándose de una de carácter indemnizatorio, y que cuando se emplea la vía civil, la ley consulta que se puede suspender el pronunciamiento del fallo civil desde que en la sede penal se pase a plenario (Artículo 167 del Código de Procedimiento Civil y 5° del Código de Procedimiento Penal). Por lo mismo ha podido elegir la sede penal, dada la falta de antecedentes que no permitía la viabilidad de la sola demanda civil.

De acuerdo con el certificado de fojas 216 la causa incoada ante el ex Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago, se remitió a la Segunda Fiscalía Militar de Santiago el 22 de octubre de 1991, pero al margen de que se ignora que ocurrió con dicha causa, en el fuero militar sólo existe la figura de parte perjudicada que no puede deducir otra acción civil que aquella para obtener la mera restitución de alguna cosa que hubiere sido objeto de un delito o su valor en caso de pérdida (Artículos 133 y siguientes, 178 y 179 del Código de Justicia Militar);

10°) Que, habiéndose acusado el 15 de mayo de 2015 (fojas 1399), deducido demanda civil y adhesión a la acusación el 10 de junio de 2015 (fojas 1423), la notificación al Fisco fue efectuada el 18 de junio de 2015 (fojas 1451), en las condiciones antes anotadas, no es posible entender que a esta última fecha hubiese transcurrido el cuadrienio necesario para la prescripción de la acción civil acogida en estos autos;

11°) Que, a efectos de determinar la pena a imponerse al sentenciado, debe considerarse que en la especie se trata de dos delitos de homicidio calificado contemplados en el artículo 391 N°1 del Código Penal, sancionados, cada uno, con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, a la época de los hechos, por lo que favoreciéndole una atenuante, sin que concurran agravantes, conforme lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, inciso segundo, no cabe aplicar la pena de cada delito en su grado máximo, de manera que sí se la puede imponer en el grado medio o en el grado máximo del presidio mayor.

Existiendo reiteración de delitos de la misma especie -dos homicidios calificados- resulta más favorable o menos perjudicial al sentenciado, aplicar la regla de la acumulación jurídica de las penas contemplada en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, considerando la infracción que tenga asignada pena mayor atendidas las circunstancias del caso, aumentándola en uno, dos o tres grados, según el número de delitos.

Se aumentará en un grado la pena, por lo que la sanción se aplicará en el grado máximo del presidio mayor, esto es, quince años y un día a veinte años;

12º) Que, en las consideraciones que anteceden este Tribunal se ha hecho cargo de las observaciones del informe del señor fiscal judicial, en particular de aquella en que manifiesta su desacuerdo con el fallo en cuanto concede la media prescripción al sentenciado.

Por estos fundamentos y lo previsto, además, en los artículos 414, 509, 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apelada de doce de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 1638 y siguientes, con declaración que se eleva a diecisiete años de presidio mayor en su grado máximo, la pena corporal que por ella se impone al sentenciado Donato Alejandro López Almarza, como autor de los delitos de homicidio calificado de Hugo Araya González y de Marta Ana de Monserrat Vallejo Buschmann.

Se previene que el Ministro señor Gómez Montoya estuvo por no conceder la atenuante de la irreprochable conducta anterior al sentenciado López Almarza, en atención a que presenta condena en 2007 a diversas penas en el rol 2182-98, está sometido a proceso en otro episodio de la misma causa y en la rol 925-2011, y dada la entidad de los delitos materia de este proceso.

Asimismo, se previene que el ministro señor Astudillo concurre a la decisión con las salvedades siguientes:

I.- Respecto de la prescripción gradual

1.- Quien suscribe esta prevención hace constar que en un anterior pronunciamiento, recaído en otro proceso, estuvo por aplicar la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal. De este modo, surge como ineludible la justificación del cambio de criterio;

2.- En la ocasión a que se alude (que data del año 2007) quien previene tuvo en consideración que no podía resultar indiferente el transcurso del tiempo (más de 30 años de verificación de los hechos, en ese caso) a los fines de atenuar el castigo correspondiente. Empero, un nuevo análisis del asunto lleva a reexaminar esa posición. Por lo pronto, la condición de delitos de *lesa humanidad*, que es dable predicar de acontecimientos luctuosos como los acreditados en autos, los sitúa en un estatuto especial y deben recibir entonces un tratamiento diverso del que cabe asignar a los *delitos comunes*. De ello se sigue como incontestable que la prescripción no tiene cabida, porque así lo dispone el ordenamiento internacional aplicable. Luego, si en esta clase de atentados a la dignidad humana está prohibida la prescripción, no resulta jurídicamente posible asumir que haya de “completarse” algún plazo de prescripción del delito o que pueda transcurrir “*la mitad del que se exige*” para esa prescripción, porque tal plazo no existe;

3.- De otra parte, la morigeración del castigo por causas temporales tiene como premisa implícita que la pena resultaría menos necesaria, lo que ha sido suficientemente refutado por la doctrina y jurisprudencia, enfatizándose que el punto es precisamente inverso: De lo que se trata es que el castigo de las personas culpables de los crímenes de lesa humanidad tiene que ser “*un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales*” (Resolución 2583 (XXIV), de 15 de diciembre de 1969, de la Asamblea General de las Naciones Unidas), evitándose de ese modo sanciones que generen una *apariencia de justicia* que, como tales, devienen en carentes de adecuación a la gravedad de los hechos.

Todo esto ha llevado a revisar y cambiar la posición inicialmente adoptada por quien emite esta justificación;

II.- Respecto a la regulación de la pena concreta

4.- El ministro señor Astudillo fue de opinión de fijar la pena privativa de libertad en 15 años de presidio mayor en su grado máximo, apoyado en las siguientes reflexiones:

Dentro del tramo de la penalidad que se obtiene tras la aplicación de las normas de determinación legal de la pena (quince años y un día a veinte años), el artículo 69 del Código Penal dispone que para la fijación de la cuantía exacta del castigo debe considerarse (nuevamente) “*el número y entidad*” de las circunstancias atenuantes y agravantes, con el añadido que -esta vez-, tiene que ser tomada en cuenta “*la mayor o menor extensión del mal producido con el delito*”. Pudiera pensarse que la extensión del mal causado es incontrarrestable en los delitos de homicidio. Sin embargo, si así fuera, en tales casos siempre habría que intensificar el castigo, lo que no es correcto, porque el sustrato del artículo 69 del Código Penal es propiciar el fin preventivo de la pena, de manera que su duración concreta tiene que transmitir a la sociedad en general, un mensaje de abstención de conductas semejantes. Con todo, el primer destinatario de la pena es el propio condenado, de manera que el castigo ha de propender a que ese hechor sea disuadido de cometer nuevos delitos; y en este último aspecto cobra particular relevancia que se trata de una persona que frisa en los 80 años. Enseguida, todo esto supone un ejercicio de ponderación de las circunstancias del caso. Desde esa óptica, ha de tomarse en consideración que no existen circunstancias agravantes, que concurre una atenuante y que una sanción privativa de libertad de 15 años de presidio mayor en su grado máximo parece proporcionada a los delitos y satisface suficientemente el propósito de prevención.

Se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de veintitrés de septiembre de dos mil quince, escrito a fojas 1620.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Silva C y de la prevención respectiva, el ministro Astudillo.

No firma el ministro señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por haber cesado su suplencia en esta Corte.

N° 2143-2015.

Pronunciada por la *Cuarta Sala de Febrero*, presidida por el ministro señor Mario Gómez Montoya e integrada por los ministros señor Mauricio Silva Cancino y señor Omar Astudillo Contreras.

Autoriza el/la ministro de fe de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, a nueve de marzo de dos mil dieciséis, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.