

Puerto Montt, veintisiete de Junio de dos mil ocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos quintos, quincuagésimo quinto, quincuagésimo noveno, sexagésimo, sexagésimo primero, sexagésimo segundo y sexagésimo tercero que se eliminan.

En el considerando cuarto se elimina todo lo escrito antes del primer punto seguido.

En el considerado Octavo se sustituye el apellido “Gutiérrez” por “Garrido”.

En el considerando quincuagésimo, quincuagésimo primero, quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero, se elimina lo escrito luego de punto seguido el que pasa a ser punto final.

En lo resolutivo se sustituye la frase: “del de Procedimiento Penal” por “del Código de Procedimiento Penal” y la cita del artículo 28 por la del 29 del Código Penal.

Y teniendo además y en su lugar presente.

PRIMERO: Que los hechos establecidos en las letras b) y c) del considerando tercero del fallo en alzada, son constitutivos del delito de Homicidio Simple en la persona de Esaú Velásquez Velásquez, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, por cuanto si bien concurren los elementos de juicio reseñados en lo reproducido del considerando quinto, para recalificar el hecho de Secuestro a Homicidio, no se dan en concepto de estos sentenciadores los supuestos para tener por acreditado en el presente caso la concurrencia de la alevosía, la que la juez a quo hace radicar en que la muerte de Esaú Velásquez fue causada con múltiples disparos, en circunstancias que uno de ellos habría sido bastante para obtener el resultado que se buscaba y porque además fueron tres los carabineros que dispararon, por lo que era imposible cualquier acto de defensa o de rechazo al ataque de que era objeto.

Que, al respecto, cabe tener presente que no existe certeza conforme la prueba rendida en autos que se hubiere causado la muerte a Esaú Velásquez producto de cinco disparos, ello en atención que el cuerpo no fue encontrado y no existe autopsia que de cuenta de la causa de la muerte y del número de disparos que éste presentaba, solo existe como prueba cierta el certificado de defunción del mismo, no resultando bastante la declaración de los acusados.

Con lo anterior se disiente en este punto de la opinión de la Sra. Fiscal Judicial en orden a calificar como secuestro el delito en perjuicio de Esaú Velásquez Velásquez.

SEGUNDO: Que en cuanto a la alegación esgrimida por la defensa de los acusados en relación al delito de secuestro calificado por la que solicitan la aplicación de la amnistía contemplada en el DL 2.191 de 1978, debe de tenerse presente que conforme lo ha señalado la jurisprudencia reiterada de la Excelentísima Corte Suprema, sin perjuicio que debe de considerarse la injerencia que en esta materia tienen las convenciones y tratados internacionales, no es posible aplicar dicha institución cuando no se han fijado en la causa los presupuestos mínimos de su procedencia, especialmente cuando no se ha determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio.

TERCERO: Que, por lo demás, el ilícito contemplado en el artículo 141 del Código Penal, encuadra en el ilícito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará en Brasil, con fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, con vigencia internacional a contar del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados Latinoamericanos.

CUARTO: Que a mayor abundamiento y en el mismo orden de ideas, la jurisprudencia reiterada de la Excelentísima Corte Suprema, ha resuelto además en relación con el delito de Secuestro permanente, que la acción consumativa, crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó y detención ilegal, que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso. Agrega que, en casos como el de autos, de conocerse el lugar en que se encuentra la víctima, recién comenzaría a contarse la prescripción, y si ésta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el período amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción, pero en modo alguno, pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrió el secuestrador, toda vez que el injusto se ha mantenido.

QUINTO: Que para denegar la prescripción en el caso del delito de homicidio de Esaú Velásquez Velásquez, ha de tenerse especialmente en consideración que éste ocurrió en el contexto de Guerra Interna declarada por el DL N° 5 de 12 de septiembre de 1973, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general" declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 2 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Así, no resulta admisible, que quienes se asilaron para sus acciones en el estado de guerra, ahora pretendan desconocer su valor para ignorar las sanciones al quebrantamiento de las leyes de tal estado, como son la prohibición de auto exoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra.

SEXTO: Que en relación con la alegación de Cosa Juzgada sustentada por la defensa en relación con el delito de Homicidio, cabe señalar que la Excelentísima Corte Suprema al respecto ha resuelto en casos similares que : Que , es dable tener en cuenta que la cosa juzgada, reconocida como institución en el juicio criminal no se encuentra, en este procedimiento, claramente reglamentada como ocurre en el Código de Procedimiento Civil, pero no cabe duda -y así lo afirman todos los autores- que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables. Que las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona responsable de éste. Así, el artículo 76 señala que todo juicio criminal comenzará con la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella; el artículo 108 dispone que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y se comprueba por los medios que señala el artículo 110, para agregar a continuación en el artículo 111, que el delincuente puede ser determinado por todos los medios de prueba indicados en el artículo precedente, además de la confesión de él mismo; el artículo 274 establece que para someter a proceso a una persona debe encontrarse acreditado el delito que se investiga y existir presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el hecho punible.

Que la cosa juzgada, "por el alto rango de su finalidad (que es) mantener ...la certidumbre del derecho" (R. Fontecilla, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, pag.178)

lleva a este mismo autor a sostener "que es de la esencia de la cosa juzgada no decidir dos veces lo mismo" (op. cit., tomo III pag. 229), por lo que siguiendo al tratadista Marcade, dejó claramente establecido que "la misión de los tribunales del crimen es decidir si el hecho que se reprocha al reo existe y si el reo es el autor, y si el hecho le es imputable desde el punto de vista de la ley penal" (op.cit, LII 1, pag.221).

De lo expuesto, deduce el distinguido tratadista que la excepción de cosa juzgada -la acción corresponde al Estado, como único titular del ius puniendi- "puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) Identidad de hechos punibles; b) Identidad entre los sujetos activos del delito" (op. cit. Tomo III, pag.232).

Los principios antes expuestos se encuentran plasmados en la disposición del artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal que establece que el sobreseimiento definitivo se decretará: ..."7°.- Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado".

Que de este modo, para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso penal tiene que producirse una doble identidad: del hecho punible y del actual procesado. Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio. Con mayor razón, si en la primera causa no hubo reo.

SEPTIMO: Que, con relación a la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, alegada por las defensas de los acusados y acogida en los considerados quincuagésimo, quincuagésimo primero, quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero, estos sentenciadores están además por acoger la solicitud de tenerla como muy calificada, atendiendo para ello que los condenados, ingresaron a Carabineros de Chile en un periodo de normalidad Constitucional, con gobiernos democráticamente elegidos, y como tal en dicha época para formar parte de una institución encargada de velar por el orden público debían mantener una conducta que va más allá de las exigencias normales a cada ciudadano, como también ocurre por ejemplo tratándose de los miembros del Poder Judicial, a lo que se agrega que en la actualidad son mayores adultos que no han presentado a lo largo de sus vidas otros reparos por conductas ilícitas.

OCTAVO: Que en relación con la agravante del artículo 12 N° 1 del Código Penal, no corresponde aplicarla con el delito de homicidio, pues tal como se señala en el considerando primero de esta sentencia, estos sentenciadores arribaron a la convicción de que no se encuentra acreditada la concurrencia de alevosía en la perpetración del hecho. Por lo demás de haber concurrido alevosía, ello habría sido materia del tipo penal del artículo 391 N° 1 del mismo.

NOVENO: Que para la aplicación de las penas en relación con el ilícito, contemplado en el artículo 141, inciso 3°, del Código Penal, se aplicará la pena vigente a la época de su comisión, esto es, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que resulta más beneficiosa para los acusados y que corresponde imponer en virtud de lo prescrito en el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República, recogido a nivel legal en el artículo 18 del Código Penal.

DECIMO: Que para los efectos de la aplicación de la pena y no encontrándonos dentro de los supuestos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por no tratarse de delitos de la misma especie, procede aplicar la pena conforme el sistema establecido en el artículo 74 del Código Penal, esto es, se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

DECIMO PRIMERO: Que concurriendo en favor de los sentenciados una atenuante muy calificada y ninguna agravante y conforme lo previsto en el artículo 68 bis del Código Penal, estos sentenciadores impondrán la pena inferior en un grado al mínimo de las señaladas a los delitos, así en ambos ilícitos se impondrá una sanción de presidio menor en su grado máximo. Con lo señalado se difiere del informe de la Fiscal judicial en cuanto a la cuantía de las penas.

DECIMOSEGUNDO: Que en cuanto a la acción civil deducida por la parte querellante en contra de los sentenciados, cabe dejar sentado que en el cuarto otrosí de fojas 2010, la defensa no alegó la prescripción de la acción civil, sino la extinción de la responsabilidad, fundada en antecedentes que dicen relación con la prescripción de la acción penal, cosa juzgada y amnistía o indulto.

Con lo expuesto, lo informado por la señora Fiscal Judicial, en su dictamen de fojas 2340 y lo dispuesto en los artículos 11 N° 6°, 14 N° 1°, 15 N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 68 bis, 69 y 74 del Código Penal y 457, 488, 503, 504, 514, 517, 529 y 534 del Código de Procedimiento de Procedimiento Penal, y artículo 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- Que se revoca la sentencia apelada de fecha catorce de agosto de dos mil siete, escrita de fojas 2193 a 2316 en cuanto condena a **JORGE PALMA**, como autor del delito de Homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, y en su lugar se declara que se le absuelve de la acusación en su contra por el referido delito

II.- Que se revoca la sentencia apelada, en cuanto absuelve a **JORJE PALMA**, ya individualizado, de la acusación de ser autor del delito de Secuestro Calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas y en su lugar se declara que se le condena en calidad de coautor del mismo a la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA**, de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y costas de la causa.

Que, por reunirse en la especie a su respecto los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, se le concede el beneficio de la Libertad Vigilada, fijándose el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un término similar al de la condena, debiendo el sentenciado presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; debiendo además cumplir todas las condiciones señaladas por el artículo 17 de la referida ley.

Que, si le fuere revocada la medida alternativa en referencia, cumplirá la pena impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado.

III.- Que se confirma en lo demás, con costas, la sentencia apelada con las siguientes declaraciones:

A.- Que los sentenciados **JUAN HERNÁN GARRIDO GUTIÉRREZ; NOÉ SEGURA SANTANDER Y ENRIQUE BELMAR CORRAL**, ya individualizados, quedan en definitiva condenados cada uno, a las siguientes penas:

1.- A la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA**, de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y costas de la causa, como coautores del delito de SECUESTRO CALIFICADO de Rubén Alejandro Velásquez Vargas

2.- A la pena de **TRES AÑOS Y UN DIA**, de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación

absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y costas de la causa, como coautores del delito de HOMICIDIO SIMPLE en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez.

B.-) Que no concurriendo los requisitos, no se concede a los sentenciados Juan Hernán Garrido Gutiérrez; Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, ninguno de los beneficios de la ley 18.216, debiendo cumplir efectivamente las penas impuestas, principiando por la de Homicidio Simple y continuando con la de secuestro, sirviéndole de abono el tiempo reconocido en la sentencia en alzada.

Se previene que la Ministro Suplente Sra. Patricia Miranda Alvarado, fue del parecer de no calificar la atenuante de la irreprochable conducta anterior que beneficia a los encausado, teniendo para ello como fundamento que no existen en autos antecedentes que ameriten tal calificación al no haberse allegado antecedentes a la causa que ameriten. Que en este punto debe de tenerse presente que, si bien, las atenuantes muy calificadas son atenuantes comunes y de efecto normal, a las que el tribunal les confiere un efecto extraordinario en un caso concreto, este efecto extraordinario debe ser de tal entidad y fundada en antecedentes concretos, que permitan otorgar la calidad de “muy calificada”, lo que no se da en el caso que nos ocupa, ya que las razones esgrimidas por la defensa de los acusados no le confieren el efecto extraordinario requerido para tales efectos.

Que como consecuencia de lo anterior y atendida la penalidad asignada a cada delito y concurriendo en la especie una atenuante sin que concurran agravantes estuvo por aplicar a los sentenciados JUAN HERNÁN GARRIDO GUTIÉRREZ; NOÉ SEGURA SANTANDER Y ENRIQUE BELMAR CORRAL la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales correspondientes por el delito de Homicidio Simple en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez, sin beneficio y la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo a los sentenciados JORJE PALMA, JUAN HERNÁN GARRIDO GUTIÉRREZ; NOÉ SEGURA SANTANDER Y ENRIQUE BELMAR CORRAL por el delito de Secuestro Calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas, teniendo para ello en consideración la mayor extensión del mal causado, basado en el hecho que hasta el día de hoy el cuerpo no aparece y no se han dado antecedentes de su posible ubicación, accesorias legales correspondientes sin beneficio, debiendo en consecuencia cumplir en forma efectiva las penas impuestas.

Regístrese y devuélvase

Redacción del Ministro Sr. Hernán Crisosto Greisse y de la prevención su autora.

Rol 468- 07