

caso Bernardo Lejderman y María del Rosario Avalos
Corte de Apelaciones
Ratifica condenas
18 de diciembre del 2007

Santiago, dieciocho de diciembre de dos mil siete.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, de fecha 14 de julio de dos mil seis, dictada por el Ministro de Fuero de esta Corte Sr. Joaquín Billard Acuña, en la causa Rol N° 2182-98, episodio “Bernardo Lejderman”, escrita de fojas 906 a fojas 934, excepto los motivos vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo octavo, que se eliminan.

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

PRIMERO: Que en estos autos se investiga el homicidio calificado perpetrado el 8 de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región, por una patrulla militar del Ejército de Chile, de dotación del Regimiento “Arica” con asiento en la ciudad de La Serena, ejecución cometida en las personas del ciudadano argentino Bernardo Mario Lejderman Konujowska y de su cónyuge, la ciudadana mejicana María del Rosario Avalos Castañeda. Por resolución de fecha 25 de mayo de 2005, que rola a fojas 814 de estos autos, el Ministro Instructor dictó una primera sentencia absolutoria en favor de los acusados Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Humberto Fernández Monje y Héctor Omar Vallejos Birtiola, acogiendo la excepción de cosa juzgada, alegada por todas las defensas de los procesados y opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento, según se señala en lo principal de sus presentaciones de fojas 562, 634 y 675, respectivamente. Como consecuencia de esta absolución, el Ministro Instructor rechazó la demanda civil interpuesta en contra del Fisco de Chile, deducida por el abogado Héctor Salazar Ardiles, en representación del querellante, hijo de las víctimas, Sr. Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos.

En contra de esa sentencia, se alzaron el querellante y el “Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior”. Se hicieron parte en el recurso los demás interesados en la causa.

En su informe de fojas 840, el Fiscal Judicial Sr. Mario Carroza fue de opinión que debía revocarse la sentencia por no configurarse la doble identidad requerida para acoger la excepción de cosa juzgada, criterio que fue plenamente compartido por la Corte al resolver en su sentencia de fecha 6 de enero de 2006 rectificadora, sólo en cuanto a su fecha, por resolución de 31 de enero del mismo año, que rola de fojas 864 a fojas 867 de estos autos. En efecto, la Corte resolvió revocar la sentencia apelada, rechazando la excepción de cosa juzgada en que se fundó, quedando rechazada también y consecuentemente la demanda civil deducida por la defensa de la querellante. Dispuso, asimismo, que el Sr. Ministro Instructor debía “analizar y pronunciarse sobre las demás excepciones de previo y especial pronunciamiento opuestas, que fueron renovadas como alegaciones de fondo, como así también sobre las contestaciones a la acusación fiscal, que fueron formuladas subsidiariamente, y además, la demanda civil que dedujo la parte querellante.”.

En contra de esta sentencia, las defensas de los acusados Lapostol y Polanco, dedujeron recursos de casación en el fondo, los que fueron declarados inadmisibles por la Excma. Corte Suprema, según consta a fojas 893.

En cumplimiento de lo ordenado según se indica precedentemente, el mismo Ministro de Fuero Sr. Joaquín Billard Acuña, procedió a dictar la sentencia de fecha 14 de julio de 2006, escrita a fojas 906 hasta fojas 934, que es aquella que se revisa en esta oportunidad y que se reproduce con las modificaciones que se señalan en los VISTOS de esta sentencia.

SEGUNDO: Que el Juez a quo en la sentencia en alzada, analiza y se pronuncia respecto de las demás excepciones de previo y especial pronunciamiento opuestas, tal es así que emite una clara decisión de rechazo en relación con la excepción 6ª del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, consistente en la Amnistía, opuesta por las defensas de los cuatro procesados. También se ocupa, rechazándola, de la excepción 2ª del artículo 433 ya citado de falta de personería de la acusadora “Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior”, opuesta por la defensa de los encartados Fernández Monje y Vallejos Birtiola. En cuanto a la excepción 4ª del mismo artículo, consistente en la excepción de cosa juzgada, opuesta por las defensas de los acusados Lapostol Orrego, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, habrá que tener debidamente presente que esta es la excepción acogida por el Juez a quo para dictar la sentencia anterior que fue revocada por esta Corte según se expresó en el motivo precedente, rechazando fundadamente sus débiles argumentos. Por último y en cuanto a la excepción 7ª del artículo ya citado, que consiste en la de prescripción de la acción penal, opuesta por las defensas de todos los acusados, ella se describe en los motivos noveno a duodécimo que se han tenido por reproducidos en este fallo y se analiza en aquellos que sirvieron de fundamento a la sentencia en alzada, que esta Corte ha eliminado y respecto de lo cual se pronunciará más adelante.

En consideración a que las excepciones de previo y especial pronunciamiento consistentes en Cosa Juzgada y Amnistía, han sido fundadamente desestimadas y fueron también alegadas como defensas de fondo por quienes representan a los acusados, conforme lo autoriza el inciso segundo del artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, se estimarán debidamente analizadas y también desechadas, en ese carácter, por estos sentenciadores que comparten dichos fundamentos.

TERCERO: Que en relación con la excepción de prescripción de la acción penal, opuesta por la defensa de todos los procesados como artículo de previo y especial pronunciamiento y que al ser acogida sirve de fundamento a la sentencia que se revisa, se aprecia una errónea aplicación de las normas de procedimiento relativas a esta clase de excepciones. En efecto, el Juez a quo no consideró lo previsto en el artículo 439 del Código de Enjuiciamiento, en el sentido de que estos artículos se substancian y fallan como los incidentes, que como su nombre lo indica se deben resolver en forma previa a la dictación de la sentencia, incluso suspendiendo el juicio principal según se expresa en el inciso segundo del artículo 445. Al acogerse un artículo de esta naturaleza procede, en el evento de la prescripción, la dictación de sobreseimiento definitivo conforme lo señalado en el artículo 441. Bien pudo el Magistrado desechar el artículo y acoger la señalada excepción como defensa de fondo, lo que en el caso de autos era plenamente procedente toda vez que así había sido solicitado por los acusados y aún si no lo hubiere sido, el Juez podía renovar su examen, esta vez como defensa de fondo y resolverla aunque la hubiere desechado como excepción previa, todo según lo establece el artículo 434, incisos segundo y tercero.

En todo caso, estos sentenciadores son de la opinión que estos errores procesales no constituyen vicios que puedan haber influido en lo dispositivo del fallo, por lo que no resulta procedente casar de oficio la sentencia que se revisa.

En los motivos siguientes se analizará el instituto de la prescripción de la acción penal en estos autos.

CUARTO: Que en cuanto a la prescripción de la acción penal se deberá considerar especialmente que los ilícitos que dieron origen a estos autos se produjeron el día 8 de diciembre de 1973, a escasos tres meses del golpe de estado, en un ambiente de graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos, ejecutadas por agentes del Estado, en este caso Oficiales y Suboficiales del Ejército de Chile, según lo declaró en varias oportunidades la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y en Chile, la Comisión de Verdad y Reconciliación. Los delitos investigados en esta causa constituyen “delitos contra la humanidad”, según lo establece el artículo 6° del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, y el Principio VI de Derecho Internacional Penal Convencional y Consuetudinario, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución del año 1950, ambos textos forman parte de los principios y normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, que constituye derecho aplicable en Chile.

A la fecha en que se perpetraron los sucesos investigados en esta causa, el país se encontraba en los hechos y en el derecho en “estado de guerra”, de conformidad a lo establecido en el D.L. N° 5 de 12 de septiembre de 1973, el que se mantuvo vigente hasta el 11 de marzo de 1975. La Constitución Política vigente, era la de 1925 y en ella se disponía el respeto a los tratados internacionales asumidos por el Estado. En ese contexto, se encontraban plenamente vigentes, y aplicables en el país, los denominados Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicados en las ediciones del Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951. El artículo 3°, común a los cuatro convenios, dispone: *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio. A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas...”*

De esta norma positiva del Derecho Internacional se infiere claramente que los delitos mencionados están prohibidos “en cualquier tiempo” y siempre deberán ser castigados, no resultando permitido aplicarle a ellos la institución de la prescripción contenida en el derecho interno.

La obligación de perseguir y sancionar estos delitos en todo tiempo, emana de Principios Generales de Derecho Internacional, consagrados en variadas declaraciones, resoluciones y tratados, que hoy forman parte del acervo jurídico de la nación chilena.

En esta materia y en el orden convencional, debe considerarse la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas, de 1948, vigente en Chile desde 1953; la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, en vigor internacional

para Chile desde 1990; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, vigente en Chile desde 1988; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, vigente en Chile desde 1988; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por Chile en 1972 y, como es sabido, aunque su texto fue publicado recién en 1989, Chile estaba obligado internacionalmente desde su ratificación en 1972. También debe mencionarse la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de 1968; y, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994, toda vez que aunque no se encuentren vigentes en Chile como tratados, contribuyen para conformar los denominados Principios de Derecho Internacional, que sí rigen plenamente en Chile.

En el contexto de las resoluciones y acuerdos, deben considerarse especialmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; y, la Resolución N° 3.074, de 3 de diciembre de 1973, de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada “Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, dentro de la cual se expresa textualmente: *“Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”*.

Que también forman parte integrante de este conjunto de normas y principios, las sentencias de Tribunales Internacionales y las resoluciones de los órganos especializados. En este sentido, parece oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez – Rodríguez”, en sentencia de 29 de julio de 1988, estableció que a consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1º, párrafo 1º de la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a *“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*.

En el mismo orden de materias, la señalada Corte Interamericana, en el fallo dictado el 14 de marzo de 2001, en el asunto “Barrios Altos”, seguido en contra del Gobierno de Perú, estimando incompatibles la Convención con la amnistía y la prescripción, sentenció: *“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.

Que tal como ha sido reiterado en innumerables sentencias de los Tribunales de la República, incluida, por cierto, la Excm. Corte Suprema, el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política, ha venido a reconocer, incorporar como texto expreso y relevar el valor y la supremacía de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Que, finalmente, resulta del todo claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, común a los cuatro Convenios de Ginebra, y de un conjunto de normas emanadas del derecho consuetudinario de *ius cogens*, así como de principios generales de derecho internacional humanitario, todo ello unido a la disposición de la Carta Fundamental reseñada en el párrafo anterior, no permite aplicar en la especie la institución de la prescripción de la acción penal, por lo que estos sentenciadores la rechazarán ya sea que se le considere como artículo de previo y especial pronunciamiento o como defensa de fondo y que fue opuesta, en ambas formas, por las defensas de los cuatro acusados.

QUINTO: Que en cuanto a la existencia del hecho punible y a la participación de los procesados, aspectos circunstancialmente tratados en los motivos décimo tercero a décimo noveno del fallo en alzada, estos sentenciadores comparten lo allí expresado en el sentido de que se encuentra debidamente acreditada la existencia del hecho punible constitutivo de los delitos de Homicidio Calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 del Código Penal, perpetrados en las personas del ciudadano argentino Bernardo Mario Lejderman Konujowska y de su cónyuge, la ciudadana mejicana María del Rosario Avalos Castañeda, acaecido el día 8 de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región. Que, asimismo, comparten lo señalado en los motivos aludidos, en el sentido de encontrarse debidamente acreditada la participación en calidad de autores de los delitos de Homicidio Calificado ya referidos, de los encartados Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Humberto Fernández Monje y Héctor Omar Vallejos Birtiola, por lo que resultarán condenados en esta sentencia.

Que, asimismo comparten lo dicho en relación con el procesado Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, en el sentido que no se ha logrado establecer su participación en el hecho investigado, toda vez que se encuentra profusamente acreditado en los autos que la orden impartida, en su calidad de Comandante del Regimiento "Arica" de La Serena, al Capitán Polanco, fue la de concurrir al interior del Valle del Elqui con el objetivo de detener a los extranjeros para poder interrogarlos, disposición que no fue cumplida por sus subalternos integrantes de la patrulla. Adicionalmente, a estos razonamientos sobre Lapostol deben agregarse algunos hechos plenamente acreditados en los autos que prueban la buena fe en el accionar de este Jefe, tales como el haber puesto en conocimiento, en cuanto se enteró de los hechos, a los Consulados de Argentina y Méjico de lo sucedido, claro está con la versión que recibió; el haberse preocupado personalmente de los cuidados y de la suerte del pequeño niño de dos años y medio, hoy querellante en autos, que resultó huérfano de padre y madre producto del ajusticiamiento de que fueron objeto; el haber colaborado con la autoridad consular mejicana, poco tiempo después de los hechos, facilitando los medios para proceder a la exhumación del cadáver de la ciudadana de ese país, víctima del homicidio que se investiga María del Rosario Avalos Castañeda, para los efectos de su traslado e inhumación legal en el Cementerio General de Santiago; entre otros hechos de significación. Lo anterior, impide a estos sentenciadores, adquirir la convicción exigida en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, de que realmente le ha correspondido al encausado Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, en los delitos de Homicidio Calificado que se investigan, una participación culpable sea en calidad de autor, cómplice o encubridor, razón por la cual deberá ser absuelto del cargo que se le formuló en la acusación judicial de fojas 531 del Tomo III de estos autos. Que de esta manera entonces, esta Corte se ha hecho cargo de las alegaciones formuladas por la defensa de Lapostol Orrego en su escrito de fojas 634, en cuanto por ellas solicitaba su absolución, sin que sea necesario realizar

un estudio pormenorizado de tales alegaciones ni emitir pronunciamiento sobre las peticiones subsidiarias.

SEXTO: Que la defensa de los encausados Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Humberto Fernández Monje y Héctor Omar Vallejos Birtiola, en sus presentaciones de fojas 562 el primero y fojas 675 los otros dos, para el evento de resultar condenados, alegan como eximente de responsabilidad penal aquella contenida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, que señala que estarán exentos de responsabilidad penal: “10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. Sin perjuicio de su pleno derecho a alegar esta eximente, no es sencillo para estos sentenciadores encontrar las palabras adecuadas para rechazarla de plano, toda vez que no es posible siquiera contestar las preguntas que emanan de su propio texto. En efecto, qué deber estaban cumpliendo?, qué derecho legítimo estaban ejerciendo?, qué autoridad, oficio o cargo legítimo estaban ejerciendo?. No debe olvidarse que el hecho del cual pretenden eximirse de responsabilidad, es el asesinato de una pareja indefensa, amparados solamente por la soledad del entorno, la superioridad de las armas y la sin razón de la prepotencia propia de aquellos que en un momento dado creen que en ellos radica la totalidad del poder y se limitan a ejercerlo. Absolutamente nada legítimo es posible advertir en la conducta despiadada de los tres procesados que piden se les exima de responsabilidad penal. Ellos sólo alegan en su favor para acreditar esta eximente, que actuaron en el cumplimiento de un deber constituido por una orden relativa al servicio, frente a la cual no podían negarse y “al no cumplir con las órdenes de sus superiores también incurrían en otro delito”. Que absurda disyuntiva, que inaceptable argumento y que desprecio tan acentuado por la vida humana. Por lo expuesto se rechazará esta eximente de responsabilidad penal. Asimismo y con iguales argumentos se rechazará una de las atenuantes alegadas en forma subsidiaria por los mismos tres procesados, contenida en el artículo 11, circunstancia primera, del Código Penal, que señala que será una circunstancia atenuante aquella eximente de responsabilidad (la analizada y desechada precedentemente) contenida en el artículo 10 que se encuentra incompleta, esto es, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

SEPTIMO: Que el apoderado de los acusados Fernández Monje y Vallejos Birtiola, alegó en favor de sus representados, la atenuante de responsabilidad penal consistente en la prescripción gradual o incompleta de la pena contenida en el artículo 103 del Código Penal. Es del caso que, a juicio de estos sentenciadores, no se pueden considerar aspectos temporales para la aplicación de la media prescripción cuando se ha despreciado el reconocimiento de la prescripción plena, toda vez que ambas son tratadas conjuntamente en el Título V del Libro I del Código Penal, encontrándose en los dos casos el transcurso del tiempo sujeto a la misma reglamentación. La prescripción gradual o incompleta o media prescripción, existe en la medida que exista la institución de la prescripción, luego en el caso que los sentenciadores hayan negado la procedencia de la prescripción, como ocurre en este caso, no puede tener cabida en su forma gradual, incompleta o media, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. Por estas consideraciones no se dará lugar a esta circunstancia que pudo haber favorecido a los encartados Fernández y Vallejos, contenida en el artículo 103 ya referido.

OCTAVO: Que los acusados Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Humberto Fernández Monje y Héctor Omar Vallejos Birtiola, por medio de su defensas, alegan en su favor la circunstancia atenuante contenida en el artículo 11 N° 6 de Código Penal, esto es: “Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”. Que estos sentenciadores estiman que procede acoger la referida circunstancia atenuante en favor de los tres procesados aludidos,

la que se acredita en estos autos con los antecedentes que comprueban una extensa trayectoria profesional concluida en los más altos grados de sus respectivos escalafones, sus edades y sus respectivos extractos de filiación que rolan a fojas 509, 513 y 515 en los que no se contienen otros antecedentes penales que comprueben la existencia de condenas pretéritas en contra de los singularizados encausados. Además, teniendo en consideración, especialmente, el Principio de Humanidad del Derecho Penal; la edad de los procesados que incluso a la fecha de los extractos de filiación, año 2004, aparecen limpios de otras anotaciones prontuariales, contando con 62, 59 y 65 años de edad a esa misma fecha respectivamente; las declaraciones de testigos de conducta de Polanco y Fernández que rolan a fojas 771, 772, 801 y 802; y, los demás antecedentes que obran en el proceso que se revisa; esta Corte considerará la referida circunstancia atenuante como muy calificada, por lo que producirá los efectos que señala el artículo 68 bis del Código Penal.

NOVENO: Que los acusados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, deberán responder, como autores, por sendos delitos de homicidio calificado, cometidos en concurso real y sancionados en el artículo 391 del Código Penal, los que, de acuerdo con la legislación punitiva se encuentran sancionados con pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, siéndoles aplicables la acumulación material de penas de que da cuenta el inciso 1° del artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, por resultarles más beneficiosa, se aplicará a los encausados la regla del inciso 1° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de supuestos de reiteración de crímenes de la misma especie, lo que autoriza imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un sólo delito, aumentada en uno, dos o tres grados. Que así determinada la sanción a imponer, la misma será rebajada en un grado en consideración a la atenuante muy calificada que beneficia a los procesados y de la que se da cuenta en el motivo precedente, según lo dispone el artículo 68 bis del Código Penal.

Como consecuencia de lo señalado y para los efectos de establecer el quantum de la pena que se impondrá a cada uno de los procesados, se deberá tener presente que el delito de homicidio calificado se encuentra sancionado con pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, según lo establece el artículo 391 N° 1; por efecto de la aplicación del inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, y considerando el límite inferior de la pena, éste se eleva a presidio mayor en su grado máximo; y, finalmente por aplicación del artículo 68 bis del Código Penal, esto es cuando concurre sólo una atenuante muy calificada, el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito, razón por la cual, estos sentenciadores impondrán a cada uno de los encartados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales.

DECIMO: Que al resolver de la forma indicada precedentemente, esta Corte comparte integralmente el criterio sustentado por el Fiscal Judicial Sr. Mario Carroza Espinosa, en su informe de fojas 971.

UNDECIMO: En cuanto a la acción civil de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, deducida por el abogado Héctor Salazar Ardiles, actuando en representación del querellante Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, en el primer otrosí del escrito de fojas 536. La sentencia en alzada se ocupa de ella en los motivos vigésimo tercero a vigésimo quinto, cuyo contenido es compartido por esta Corte. En los motivos indicados, el fallo desecha las alegaciones formuladas por el Fisco de Chile en cuanto a la incompetencia absoluta del Juez que conoce del proceso penal y de que no es suficiente para demandar la sola exposición de los

hechos para tenerlos por acreditados. Los motivos señalados mencionan y no emiten pronunciamiento

respecto de las otras alegaciones formuladas por el Fisco; a).- en forma subsidiaria se señala que la demanda debe ser rechazada por cuanto el demandante ya fue favorecido con los beneficios de la Ley 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; efectivamente el demandante recibió los beneficios concedidos por la ley indicada por cada uno de sus padres, a contar del 01-07-1991 hasta el 31-12-1996, según consta del oficio del I.N.P. que rola a fojas 787 de los autos, para rechazar esta alegación sólo se dirá que cualquiera sea el monto del beneficio recibido por este concepto por el demandante jamás podrá siquiera mitigar en parte el daño que le provocó el ser testigo directo y presencial, a muy corta edad, de la ejecución por medio de armas de fuego tanto de su padre como de su madre y el drama vivido en los meses posteriores. b).- también en subsidio, se opone como alegación o defensa el exagerado monto de la indemnización demandada, estimándola abultada en relación con indemnizaciones fijadas por los tribunales para compensar daños similares; para rechazar esta alegación o defensa, baste señalar que la cifra demandada constituye una avaluación del daño moral demandado que hace la propia parte que no resulta vinculante para el Juez que siempre podrá establecer la suma que estime de conformidad a su propia apreciación del mérito del proceso; y, c).- Finalmente alega que el daño moral debe ser legalmente probado por la actora, a este respecto es necesario advertir que al repasar las más de mil fojas que conforman estos autos, resulta más que probado el daño moral causado al actor, bastando que el hecho punible, en la forma en que sucedió, se encuentre plenamente acreditado, lo mismo que la participación criminal de sus autores.

Corresponde ahora hacerse cargo de la excepción deducida por el Fisco de Chile en cuanto a que ha operado la prescripción de la acción civil, la que fue acogida por el Juez a quo, sirviéndole de fundamento para el rechazo de la demanda. En esta parte la sentencia fue apelada por el actor, solicitando se deseché la prescripción y se acoja su demanda, con costas.

Primeramente cabe precisar que la fuente de la responsabilidad civil, tratándose de una violación a los derechos humanos, está en las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, de acuerdo a los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. A juicio de la Corte Interamericana, el artículo 63.1 de la Convención *“constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales (...)”* (Caso Aloeboetoe y otros de 1993). En un fallo reciente, aplicando este criterio señala: *“Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”*. (Caso Trujillo Oroza, de 2002). La misma Corte también ha aclarado que el artículo 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación *“no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo”*. (Caso Velásquez Rodríguez).

Por otra parte, se ha señalado que esta responsabilidad estatal surge sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, lo cual resulta lógico ya que indudablemente una violación de derechos humanos, por su naturaleza, supone dolo o al menos culpa estatal. En este sentido refiere el juez Cancado Trindade: *“En mi entender, la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falla o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o “absoluta” del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos”*. (Voto del Juez A Cancado. Caso El Amparo);

Que así las cosas, sólo podría aplicarse la norma civil de prescripción de la acción por la responsabilidad estatal y empezar a contar el plazo respectivo desde la época en que el Estado ha terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación fiscal. Sólo desde entonces, en que aparece definida la responsabilidad estatal, nacerá la oportunidad procesal para deducir las acciones civiles respectivas. A este respecto se considerará que el primer actor don Carlos Ulises Oros Rojas, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Filial La Serena, fue quién denuncia por primera vez los hechos a fines del mes de julio de 1990, una vez reinstalada la democracia en el país. Luego, el hijo de las víctimas Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, se querrela criminalmente con fecha 4 de diciembre de 2000. Del análisis del expediente queda claro que tan demorosa investigación y tardío resultado no es de responsabilidad del querellante, por lo que resultaría enteramente injusto y contrario a derecho que la consecuencia negativa de tal demora la sufriera la propia querellante, beneficiándose el Fisco de Chile. Ello obsta a la justicia material y a principios elementales de buena fe.

Por todas estas consideraciones esta Corte acogerá la apelación del demandante y rechazará la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios opuesta por el Fisco de Chile y acogerá la demanda en los términos que se dirán en el motivo siguiente.

DECIMO SEGUNDO: Con ocasión del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, el ciudadano argentino Bernardo Mario Lejderman Konujowska y su cónyuge, la ciudadana mejicana María del Rosario Avalos Castañeda debieron buscar refugio al desatarse una violenta e intensa campaña en contra de los ciudadanos extranjeros, y en particular respecto de aquellos que habían encontrado asilo en Chile. Encontrándose en esa situación, fueron localizados por fuerzas del Ejército y brutalmente asesinados a mansalva. No obstante lo ocurrido, se inventó una grotesca versión oficial para dar cuenta de sus muertes.

La intensidad del sufrimiento padecido por el hijo de las víctimas, al quedar huérfano de sus padres cuando sólo tenía dos años y medio de edad, y el verdadero peligro que sufrió de haber corrido su misma suerte, no es posible de cuantificar. El inmenso daño moral que se ha provocado a Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, al someterlo al dolor, el sufrimiento y la angustia por la pérdida de sus padres y que, además, lo ha acompañado en cada uno de sus días desde que tenía dos años y medio de edad, constituye un vacío que lo ha acompañado hasta ahora y lo acompañará por siempre según se desprende y resulta fácilmente acreditable en el contexto del mérito general del proceso.

Por ello estos sentenciadores estiman que es necesario buscar una forma de paliar el daño inflingido, con una medida de reparación que pueda materializarse por medio de la indemnización que se demanda. Por estas consideraciones se acogerá la demanda deducida por el

abogado de Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, en contra del Fisco de Chile en su calidad de tercero civilmente responsable, condenándosele al pago de una suma total de \$ 300.000.000.- (trescientos millones de pesos) por concepto de daño moral sufrido por Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, con ocasión de la ejecución de sus padres Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, por parte de un patrulla de efectivos del Ejército de Chile, hecho acontecido el día ocho de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región. La suma indicada será pagada con más reajuste según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadística e intereses corrientes para operaciones reajustables, todo ello calculado a contar de la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada. Finalmente no se condenará en costas al Fisco de Chile, por estimar que ha tenido motivo plausible para litigar.

Por todas estas consideraciones, teniendo además presente lo dispuesto en las disposiciones citadas en los motivos de este fallo y en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que **se rechazan** las defensas de fondo de Amnistía y de Cosa Juzgada, opuestas a fojas 562 y 675 por los apoderados de los encartados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, la de Amnistía y sólo los dos últimos la de Cosa Juzgada.

II.- Que **se rechaza** la eximente de responsabilidad penal contenida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, alegada a fojas 562 y 675 por los apoderados de los acusados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola.

III.- Que **se rechaza** la circunstancia atenuante especial de responsabilidad penal consistente en la prescripción gradual o incompleta de la pena contenida en el artículo 103 del Código Penal, alegada a fojas 675 por la defensa de los acusados Fernández Monje y Vallejos Birtiola.

IV.- Que **se rechaza** la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consistente en la eximente incompleta del artículo 10 N° 10 del Código Penal, prevista en el artículo 11 circunstancia 1ª, alegada a fojas 562 y 675 por los apoderados de los acusados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola.

V.- Que **se acoge** la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consistente en la irreprochable conducta anterior de los delincuentes, prevista en el artículo 10 N° 6 del Código Penal, opuesta a fojas 562 y 675 por los defensores de los acusados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, circunstancia que se tendrá como muy calificada para todos los efectos legales.

VI.- Que **SE REVOCA** el resuelto III de la sentencia en alzada, en la parte en que se acoge la excepción de prescripción de la acción penal y en su lugar se resuelve que ésta queda rechazada. Esta excepción fue alegada tanto como artículo de previo y especial pronunciamiento tanto como defensa de fondo, por las defensas de los acusados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola.

VII.- Que **SE REVOCA** el resuelto III de la sentencia en alzada, en la parte en que absuelve a Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, como consecuencia de haber acogido la excepción de prescripción y **en su lugar se resuelve que éste queda absuelto** de los cargos que se le formularon en la acusación fiscal de fojas 529, por no haber arribado estos sentenciadores a la convicción de que le asiste responsabilidad penal en los hechos investigados conforme lo exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

VIII.- Que, por último, **SE REVOCA** el resuelto III de la sentencia apelada, en la parte en que absuelve a los procesados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, como

consecuencia de haberse acogido la excepción de prescripción y en su lugar se resuelve que **SE CONDENA** a Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Humberto Fernández Monje y Héctor Omar Vallejos Birtiola, a sufrir cada uno de ellos la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO**, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago proporcional de la costas de la causa, en calidad de autores de los delitos de homicidio calificado, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, cometidos en las personas de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, perpetrados el día 8 de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región.

Que por no reunirse en la especie los requisitos que exige la Ley 18.216, los condenados Polanco Gallardo, Fernández Monje y Vallejos Birtiola, deberán cumplir efectivamente las penas privativas de libertad impuestas, desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, respecto de Polanco Gallardo, entre el 28 de mayo y el 4 de junio de 2004, según consta de fojas 417 vta. y 486; de Fernández Monje, entre el 28 de mayo y el 8 de junio de 2004, según consta de fojas 417 vta. y 460; y de Vallejos Birtiola, entre el 3 de junio y el 15 de junio de 2004, según consta de fojas 476 y 489.

IX.- Que se **rechaza** la excepción de prescripción de la acción civil opuesta a fojas 611 por el Fisco de Chile en contra de la demanda civil interpuesta por el querellante Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, y que rola a fojas 536. Que asimismo se rechazan las otras alegaciones del Fisco de Chile consistentes en que la demanda debe ser rechazada por cuanto el demandante ya fue favorecido con los beneficios de la Ley 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; también se opone como alegación o defensa el exagerado monto de la indemnización demandada; y, por último se alega que el daño moral debe ser legalmente probado por la actora. El rechazo de todos estos planteamientos y alegaciones se encuentra debidamente fundado en el motivo undécimo de este fallo.

X.- Que **SE REVOCA** el resuelvo IV de la sentencia apelada, en el que se rechaza en todas sus partes, la demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile y en su lugar se declara que **SE ACOGE la demanda civil** de indemnización de perjuicios deducida por el abogado Héctor Salazar Ardiles, en representación del querellante Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, en contra del Fisco de Chile y **se le condena a pagar al actor la suma única y total de \$ 300.000.000.-** (trescientos millones de pesos) por concepto de daño moral sufrido por Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos, con ocasión de la ejecución de sus padres Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, por parte de un patrulla de efectivos del Ejército de Chile, hecho acontecido el día ocho de diciembre de 1973, en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región. La suma indicada deberá ser pagada con más reajuste según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadística e intereses corrientes para operaciones reajustables, todo ello calculado a contar de la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada. No se condena en costas al Fisco de Chile, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Acordada contra el voto del ministro señor Muñoz Pardo, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada, pero sin el fundamento quinto, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°.- Que en consonancia con lo señalado en el motivo vigésimo del fallo en alzada, se estableció fehacientemente que los homicidios se cometieron el 8 de diciembre de 1973.

Habiéndose presentado denuncia el 31 de julio de 1990- dando origen a este proceso- han transcurrido más de 15 años entre ambas fechas, concluyéndose que la responsabilidad de los procesados se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por prescripción de la acción penal, norma que no ha sido ni expresa o tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno, que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como ley de la República, antes de la comisión de los hechos investigados ni durante el transcurso del término de la prescripción de la acción penal intentada;

2°.- Que, en efecto, no es posible aplicar en el caso sub lite la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, por cuanto no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha y por lo tanto no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no se ha modificado de ningún modo las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. Dicha Convención, por lo demás, no pertenece al Derecho Internacional

Consuetudinario, también denominado “costumbre internacional o jus cogens ya que a la fecha de ocurrencia de los delitos sólo estaba ratificada por 15 Estados –de un total de 200, aproximadamente, entre los cuales se encuentran los países de la órbita soviética, como en ese tiempo se tildaban, siendo Cuba el único país latinoamericano en suscribirla” (Profesor Hernán Salinas Burgos, Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Chile);

3°.- Que, asimismo, no tiene aplicación en el caso sub lite el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949, por cuanto no se ha acreditado ni establecido que a la fecha de ocurrencia de los hechos existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien éstas y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera, que hubiera estado bajo el mando de una autoridad responsable que ejerciera dominio o control sobre una parte del territorio chileno. Tampoco existía –al 8 de diciembre de 1973- rebelión militarizada, capaz de provocar un estado de guerra interno. El Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar con el fin de reprimir en la forma más drástica posible las acciones en contra de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, de la población en general y delitos tipificados en el la Ley de Control de Armas, sin que hubiere existido un conflicto bélico en los términos exigidos en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra.

4°.- Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que rigen en Chile desde 1989 y 1990, respectivamente, no contemplan normas que establezcan imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, dejándose constancia que al momento de ratificarlos, Chile afirmó expresamente una reserva en el sentido que el reconocimiento de competencia se refiere a hechos posteriores a su ratificación:

5° Que, así las cosas, si llegara a entenderse que los delitos investigados tiene carácter de crímenes de lesa humanidad, considerando como costumbre internacional o derecho consuetudinario la Convención sobre imprescriptibilidad, se vulneraría el principio de legalidad, que constituye una exigencia básica del Estado de Derecho. En el Derecho Penal, la máxima “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege” incluye prohibiciones constitucionales de leyes ex post facto, reglas judiciales limitando el uso de analogías en la interpretación de las leyes penales, doctrinas prohibiendo leyes penales ambiguas, debiéndose apreciar las conductas de acuerdo a la ley vigente cuando los hechos ocurrieron;

6°.- Que en lo concerniente a la demanda civil, cabe señalar que el artículo 38 de la Constitución Política de la República no establece bajo ninguna circunstancia la

imprescriptibilidad de las acciones civiles, las que por su contenido patrimonial, como es la indemnización de perjuicios que se persigue, se rige por el derecho común. No resulta posible, por las razones que ya se han indicado, imponer la Convención Americana de Derechos Humanos:

7°.- Que el artículo 2497 del Código Civil se aplica –en lo que concierne a la prescripción- a favor o en contra del Estado y el artículo 2332 declara que las acciones mediante las cuales se persigue la obligación de

indemnizar el daño inferido, prescriben en cuatro años desde la perpetración del acto, plazo que se ha excedido con largueza en estos autos, si se toma en cuenta la fecha en que ocurrieron los crímenes y la notificación de la demanda civil;

8°.- Que debe agregarse que la acción civil fue ejercida muchos años después de conocer el informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, habiéndose acogido el actor a los beneficios contemplados en la Ley N° 19.123. Estas circunstancias dejan en evidencia que estaba en conocimiento pleno, reconocido por el Estado, del destino de las víctimas y a pesar de ello se accionó judicialmente transcurrido largamente el plazo de prescripción.

Regístrese y devuélvase (cuatro tomos).

Redacción del Abogado Integrante Sr. Asenjo y de disidencia su autor.

Ingreso N° 11.801-2006.

Pronunciada por la **Novena Sala** de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros señor Juan Escobar Zepeda, señor Juan Manuel Muñoz Pardo y el Abogado Integrante señor Rodrigo Asenjo Zegers.