

Caso Coyhaique.

Puerto Montt, veinticinco de octubre de dos mil trece.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, de fecha treinta de octubre de dos mil diez escrita a fojas 10.270, con excepción de los considerandos vigésimo sexto, vigésimo séptimo, vigésimo octavo, sexagésimo primero, octogésimo sexto, octogésimo séptimo, octogésimo octavo, octogésimo noveno y octogésimo noveno, los que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y además presente:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto por la defensa de Gustavo Rivera Toro de fojas 10.517.

Primero: Que, a fs. 10.517 y siguientes, el abogado Miguel Ángel Parra Vásquez en representación de Gustavo Rivera Toro deduce recurso de casación en la forma fundado en las causales de los numerales 6 y 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “haber sido pronunciada la sentencia por un Tribunal manifiestamente incompetente”, y “haber sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”

Segundo: Que, en cuanto a la causal contenida en el artículo 541 N° 6 del Código de Procedimiento Penal, como se dirá en lo resolutivo, será rechazada, por cuanto, baste con la lectura del recurso para advertir que en éste no se determina con claridad y precisión si la supuesta incompetencia invocada se basa en alguna causal de implicancia contenidas en el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales o por el contrario, se fundamenta en la resolución de la Excmá Corte Suprema de 30 de Enero de 1997 que encargó practicar diligencias destinadas a reunir elementos de convicción que permitan identificar personas a que se refiere la investigación, establecer entre quienes están inhumados en el cementerio de Río Claro se encuentran aquéllos, y hacer entrega de sus cuerpos a los familiares que lo soliciten, orden que es fundante para abordar los temas penales que de ello se derivan, por lo que no es dable anular el fallo por el motivo aducido.

Tercero: Que, con todo, como consta del pleno N° 63-2008 de la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 03 de noviembre de 2008 rolante a fojas 8633, el Sr. Ministro Luis Daniel Sepúlveda Coronado fue ratificado en su designación para abocarse al conocimiento y fallo de la presente causa por haber desaparecido los motivos de recusación e implicancia. Esta ratificación tiene su antecedente en la resolución de fecha veintinueve de septiembre de dos mil ocho emanada de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt en virtud de la cual se desestimaron las solicitudes de recusación e implicancias interpuestas en contra del Sr. Ministro Luis Sepúlveda Coronado.

Cuarto: Que, la segunda causal de casación de forma se basa en el artículo 541 N° 11 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “haber sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada”, donde el recurrente repite el error al fundamentar su pretensión de nulidad, confundiendo situaciones diversas análogas a las expresadas en el motivo segundo precedente, y omitiendo hechos relevantes para la resolución de la nulidad al punto de no mencionar cuál sería la otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que sería incompatible con la actual, de la que se recurre, por lo que de igual manera, el presente recurso de casación en la forma no podrá prosperar, conforme se dispondrá en lo resolutivo del presente fallo.

II.- Que en cuanto a los recursos de apelación interpuestos por las defensas de Gustavo Rivera Toro, José María Fuentealba Suazo, Miguel Ángel Rondón y Raúl Bahamonde; y por el abogado Cristian Cruz apoderado de la querellante del Programa Continuación Ley 19.123.

Quinto: Que, José María Fuentealba Suazo, Raúl Bahamonde, Miguel Ángel Rondón y Gustavo Rivera Toro fueron procesados según consta a fs. 5148 a 5161 y fs. 752 a fs. 759 respecto de José María Fuentealba Suazo, siendo igualmente acusados a fs. 6.604 a 6.612 vta todos por el delito de secuestro permanente de Juan Vera Oyarzún, José Rosendo Pérez Ríos y Néstor Hernán Castillo Sepúlveda, hecho punible que el sentenciador de primera instancia encasilla en el artículo 141 del Código Penal, lo cual le sirve de sustento para aplicar las penas pertinentes al referido delito, que a la fecha de su comisión era de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados, la que se aumentaba si el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días, o si de ellos resultare grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido o presidio mayor en cualquiera de sus grados, y no la que se dice el sentenciador en el motivo 86.

Sexto: Que el mencionado precepto-artículo 141 del Código Penal- se encuentra en el título III de los crímenes o simples delitos que afectan a los Derechos garantizados por la Constitución en su párrafo III que se titula: "Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad COMETIDOS POR PARTICULARES", de lo cual se desprende que los delitos de dicho párrafo y precepto sólo lo pueden cometer los particulares, y no los funcionarios públicos. Como expresa Alfredo Etcheverry en su obra Derecho Penal T. III P. 208: "el sujeto activo es un particular, si quien realiza esta conducta es un funcionario público que obra en su carácter de tal, el delito se convierte en el de detención ilegal, que pertenece al segundo grado de infracciones", agregando en su página 214 que el artículo 260 proporciona una definición de empleado público que es valedera para todos los delitos del párrafo 4° de este Título: "Para los efectos de este título y del Pffo IV del título III, se refuta "empleado todo el que desempeña un cargo público, semifiscal, de administración autónoma y municipal, aunque no sea de nombramiento del jefe de la República, ni reciba sueldo del Estado". Que, por otra parte así aparece de la sesión N° 31 de 21 de Abril de 1871 de la Comisión Redactora del Código Penal, que tomó tal norma del Código Español-artículo 405- que pena "el delito cometido por el particular", quedando así en el artículo 126 (actual 141) del Código Penal. Idéntica opinión sostienen Vivian R. Bullemore y John R. Mackinnon R. en el curso de Derecho Penal T. III Pág. 109: "Respecto del sujeto activo del delito, éste debe ser un particular, pues los funcionarios públicos cometen otros delitos, pero no éste".

Séptimo: Que es notorio y claro que los encartados a la data de los ilícitos eran funcionarios del Estado, es decir públicos, pues todos revestían la calidad de uniformados adscritos al Ejército de Chile, como aparece en el proceso en diversos atestados: José María Fuentealba Suazo como médico, Capitán de Sanidad del Ejército nombrado el 3 de Septiembre de 1971 en el Regimiento Infantería N°14 de Aysén según documento de fs. 1246; Miguel Ángel Rondón, Sargento de Ejército a fs. 4663 a 4664 vta; Gustavo Rivera Toro, según consta del motivo Vigésimo Quinto del fallo en alzada, como 2° Comandante del Regimiento N° 14 de Aysén; y Raúl Bahamonde según fs. 863 a 864 vta se desempeñaba como suboficial del mismo regimiento.

Octavo: Que con motivo del 11 de Septiembre de 1973, siendo funcionarios públicos, actuaron como militares, en tiempo de guerra como se ha afirmado reiteradamente en el fallo apelado al aplicar los convenios de Ginebra sobre tratamiento de prisioneros, al rechazar

la amnistía y la prescripción, cometieron los ilícitos investigados que encuadran en el artículo 148 del Código Penal que exige: a) ser funcionario público; b) que actúe ilegal y arbitrariamente y c) desterrar o detuviere a otra persona, todo lo cual conlleva que los autores en su calidad de militares, desempeñando sus funciones castrenses en tiempo de guerra, subordinados a sus mandos, cometieron los ilícitos investigados al margen de la ley, en forma caprichosa o arbitraria, abusando de su investidura, que encuadran con absoluta nitidez en el artículo 148 del Código Penal, por lo que son responsables de este delito, y no del hecho típico del artículo 141 del mismo cuerpo legal, como lo sostiene la sentencia en alzada, la que incluso no transcribe esta norma a la época de los hechos, infringiendo el principio in dubio pro-reo del artículo 11 de la Carta Fundamental y artículo 18 del Código Penal, vigentes al tiempo de acaecidos los hechos punibles.

Noveno: Que en virtud de las consideraciones anteriores, la sentencia apelada será confirmada, con declaración que se condena a Miguel Ángel Rendón y Gustavo Rivera Toro por el delito descrito y penado en el artículo 148 del Código Penal, compartiendo esta Corte lo razonado por el sentenciador del grado en sus motivos septuagésimo octavo a octogésimo quinto y a su vez disintiendo del informe de la Sra. Fiscal de fojas 11.067 a 11.072, en cuanto a que en la especie ha operado la institución de la prescripción gradual o media prescripción, por lo que, como se dirá en lo resolutivo, en conformidad artículo 103 del Código Penal, la sanción se rebajará en un grado a las penas fijada a la época de los hechos conforme al artículo 19 N° 3 inciso 7 de la Constitución Política actual, a la época artículo 11, por ser más favorable, sin perjuicio que tratándose de delitos reiterados de la misma especie conforme al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Décimo: Que, del certificado de fojas 11.108 solicitado como medida para mejor resolver y emanado del Servicio de Registro Civil e Identificación, aparece que el encartado José María Fuentealba Suazo se encuentra fallecido, por lo que habiéndose extinguido su responsabilidad penal en los términos del artículo 93 N°1 del Código Penal, y en conformidad con lo establecido en el artículo 408 N°5 del Código de Procedimiento Penal procede, como se dirá, que se dicte sobreseimiento definitivo a su respecto.

Décimo primero: Que, igualmente del certificado de fojas 11.108 bis solicitado como medida para mejor resolver y emanado del Servicio de Registro Civil e Identificación se acredita que don Raúl Bahamonde se encuentra fallecido, operando en consecuencia la extinción de su responsabilidad penal en los términos del artículo 93 N°1 del Código Penal, y en conformidad con lo establecido en el artículo 408 N°5 del Código de Procedimiento Penal procede dictar sobreseimiento definitivo, por lo que como se dirá, se aprobará el sobreseimiento definitivo decretado a fojas 10.781.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 10, 11, 12, 74, 93 N°1, 103, 211, 391, del Código Penal, artículos 408, 456 bis, 500, 509, 510 y siguientes y 541 del Código de Procedimiento Penal, y disintiendo de la opinión de la Sra. Fiscal Judicial contenida a fojas 11.067 a 11.072, se declara que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación en la forma interpuesto a fojas a fs. 10.517 y siguientes, el abogado Miguel Ángel Parra Vásquez en representación de Gustavo Rivera Toro, por lo que la sentencia que se impugna es válida.

II.- Que se CONFIRMA la sentencia apelada de fecha treinta de octubre de dos mil diez, escrita a fojas 10.270 y siguientes, con las siguientes declaraciones:

a) Que se condena a Miguel Ángel Rondón, como autor del delito reiterado del artículo 148 inciso final del Código Penal, perpetrado a contar del 27 de Octubre de 1973, en las personas

de Juan Vera Oyarzún, José Rosendo Pérez Ríos y Néstor Hernán Castillo Sepúlveda, a la pena única de tres años de reclusión menor en su grado medio y a la accesoria de 1 año de suspensión del empleo en su grado medio.

b) Que **se condena** al encausado Gustavo Rivera Toro como encubridor de los delitos reiterados del artículo 148 del Código Penal perpetrado a contar del 27 de Octubre de 1973, en las personas de Juan Vera Oyarzún, José Rosendo Pérez Ríos y Néstor Hernán Castillo Sepúlveda a la pena de 200 días de reclusión menor en su grado mínimo y la accesoria de 61 días de suspensión del empleo en su grado mínimo.

Que reuniéndose los requisitos establecidos en el artículo 4 de la ley 18.216, se concede a los sentenciados Miguel Ángel Rondón y Gustavo Rivera Toro el beneficio de cumplimiento sustitutivo de penas mediante la remisión condicional de las mismas, quedando sujetos a la discreta observación y asistencia ante la autoridad administrativa por el lapso de cada una de sus respectivas condenas debiendo cumplir además, con las exigencias establecidas en el artículo 5 de la referida ley, cautelados por Gendarmería de Chile.

En caso que se revocare el beneficio concedido o deba cumplir ésta por cualquier motivo, no corresponde reconocer días de abono en atención a que durante la secuela del juicio los imputados no han estado sujeto a detención o prisión preventiva

III.- Los condenados deberán pagar las costas de la causa.

IV.- Que habiéndose extinguida la responsabilidad penal del encausado José María Fuentealba Suazo, se sobresee definitivamente a su respecto la presente causa.

V.- Que **se aprueban** los sobreseimientos definitivos parciales decretados con fecha 03 de mayo de 2005, a fojas 6563 respecto del encausado Ewald Redlich Heinz; con fecha 03 de julio de 2010, respecto del encausado Eduardo Carlos Salinas Willer; y con fecha 24 de octubre de 2011, a fojas 10.781 respecto del encausado Raúl Bahamonde.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Mauricio Cárdenas García.

Rol N° Criminal 81-2011.-

Pronunciada por los Ministros don Jorge Ebersperger Brito y don Leopoldo Vera Muñoz y el Abogado integrante don Mauricio Cárdenas García. Autoriza la Secretaria Ad-Hoc doña Paulina Tapia Lorca.

Puerto Montt, veinticinco de octubre de dos mil trece, notifiqué por el estado diario la sentencia que precede.