

Santiago, 29 de abril 2023

“PREINFORME” EN DERECHO (AMPLIADO)
¿PREVARICACIÓN EN LA EXCMA. CORTE SUPREMA?

He decidido ampliar el brevísimo preinforme realizado a principios del mes de abril de 2023 -el que espero ir aumentando y enriqueciendo- respecto al actuar jurisprudencial de nuestros tribunales superiores de justicia, en especial, la Excma. Corte Suprema (E.CS), en relación a diversos institutos de Derecho procesal y Derecho penal, cuya aplicación a los casos de militares y civiles procesados o condenados por causas de Derechos Humanos (DDHH) estaría vulnerando sus derechos fundamentales.

La tendencia muestral es ver decisiones que frente a los mismos casos y ocupando las mismas normas, deciden de maneras diversas –de manera que entre ellas no existe la misma *ratio decidendi*- con lo cual no solo se daña la igualdad ante la ley, sino que el valor de las “REGLAS” queda en entredicho.

Esta disparidad de criterio de la E.CS al fallar casos idénticos en materia penal (DDHH), tiene un “efecto tómbola” en los operadores jurídicos del sistema, y el solo amparo en los votos disidentes, resulta insuficiente para romper esta inercia jurisprudencial.

De ahí la importancia de lograr “correr el velo” de lo que está sucediendo en nuestro Poder Judicial y si el informe en Derecho, que espero poder presentar en los próximos meses, aporta siquiera un grano de arena para romper con este dañino *statu quo*, me sentiré más que satisfecha. El desafío es grande, pero las ganas son enormes.

El estudio jurisprudencial se ha estado realizando en base a una primera muestra de aproximadamente doscientos fallos de DDHH, estando en la actualidad en una fase incipiente.

LA FIGURA DE “LESA HUMANIDAD”:

Pese a que la Ley N°20.357 (18/07/2009) tipifica esta clase de delitos recién el año 2009, la 2ª Sala de la Excma. Corte Suprema (E.CS), haciendo caso omiso al principio de irretroactividad de la ley penal, el principio de legalidad y de tipicidad, ha calificado con esta figura jurídica -amparada en el Derecho penal internacional humanitario (DPIH)- los hechos delictuales en materia de DDHH cometidos por personas civiles y militares durante el Gobierno Militar. Ello a traído diversas consecuencias.

Lo primero que hay que señalar, es que la E.CS ha tenido una jurisprudencia muy vacilante al respecto.

A inicios de los años 80 y hasta aproximadamente el año 1998, la inamnistabilidad y la imprescriptibilidad de los delitos cometidos durante ese período (en especial, desde 1973 y hasta 1978), simplemente no era tema. Aplicaba, sin más, el DL 2191

o las normas de los artículos 93 ss. del Código Penal (CP). No se aceptaba el DPIH, ya sea porque los principales Convenios en materia de DDHH no estaban ratificados por Chile o ni siquiera aprobados o por la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 (ratificados por Chile en 1951), ineficaces, porque según el primer criterio de la E.CS, no hubo un “Estado de Guerra interno en Chile”, aun cuando la doctrina y jurisprudencia (de izquierda o “progresista”) piensen lo contrario, refugiándose en una mañosa interpretación de los primeros actos legislativos ejecutados por la Junta de Gobierno, particularmente, el DL N°3 de 11/09/1973 y el DL N°5 de 12/09/1973.

A partir del año 1998, con la primera querrela ante A. Pinochet (enero), la detención del General en Londres, las mesas de diálogo, la Comisión Valech, diversos cambios en la tramitación de causas de DDHH y la designación de ministros de fuero con dedicación exclusiva, se produce un aumento exponencial en las causas de DDHH, materializándose judicialmente el Informe Rettig del año 1991 y logrando jugosas indemnizaciones al amparo de la Ley N°19.123. Ello, sumado al inicio de la Reforma Procesal Penal, que aisló a los militares y civiles investigados por estas causas del resto de la población y los amarró y “condenó” a un juzgamiento inquisitorio y parcial, que dicho se de paso, la propia Reforma Procesal repudió enérgicamente en su Mensaje, vino a significar un cambio copernicano en la forma de aplicar el Derecho, también ayudado por las diversas reformas a la Carta Fundamental, una de las cuales, permitió jubilar a los ministros supremos al cumplir 75 años de edad, renovando la judicatura con personas que ya traían otra forma de ver el derecho, muy influenciada por el derecho y jurisprudencia comparada en materia de DDHH.

Así las cosas, con la llegada del milenio, comienzan las reaperturas de sumario, el desarchivo de causas y la plena aplicación del DPIH. Se adopta el término de “lesa humanidad” y se proscriben la amnistía y la prescripción. Se crean figuras dogmáticas como el “secuestro permanente”, quizás, la única “regla judicial” respetada desde noviembre del año 2004 a la fecha.

La E.CS mantuvo – en general- una jurisprudencia uniforme en cuanto al respeto y sumisión al DPIH, eso sí, mayoritaria, destacándose los votos de minoría de ministros como R. Ballesteros, H. Dolmestch, L. Cisternas, C. Künsemüller, etc. y las argumentaciones jurídicas que los sustentaba.

También existen fallos, también de mayoría, que insistían en la defensa de los principios de irretroactividad, legalidad y tipicidad, rechazando de plano la aplicación del DPIH. Llama la atención la escasa calidad de los votos de disidencia (M. Juica, H. Brito, J. Dahm, etc.). En general, esos votos de minoría son un vulgar copy/paste de un manual procesal “progre” de DDHH. Básicamente, se produce la consagración de una **“constitución universal” de los DDHH**, aplicable globalmente, con preeminencia al orden jurídico interno del Estado-Parte, con el gentil auspicio de la ONU y el apoyo de su institucionalidad orgánica y funcional.

Es así como la profecía jakobsiana se cumple en cuanto a que “(...) *se percibe que la pena, pasa de ser un medio para el mantenimiento de la vigencia de la norma a serlo de **la creación de la vigencia de la norma** (...) no me dirijo contra los **derechos humanos con vigencia universal**, pero es que **su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento**. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial “comunitario-legal”, habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero **eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos**, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: **Derecho penal del enemigo** (...) **“La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima”** (JAKOBS, 2006).*

Dice Claus Roxin, refiriéndose al concepto de Derecho penal del enemigo creado por su colega y amigo Günter Jakobs: con el enemigo peligroso “(...) *se ha de reaccionar de manera proporcionalmente más intensa, esto es, tiende a infligir un impedimento o sufrimiento físico de carácter asegurativo, que se concreta en el hecho de que, en la medida que el sujeto se halla en la cárcel se le impida que pueda cometer delitos fuera de la prisión, por ejemplo*” (ROXIN, 2009).

En esta época destacan diversos fallos de la E.CS, como aquél dictado **el 09 de marzo de 2004, Rol N°3.231-2003** (“Caso Homicidio Tucapel Jiménez”, 2ª Sala, ministros A. Chaigneau, E. Cury, J. Pérez, M. Juica y N. Segura), en donde señaló, en el C. 40º: “*Que del examen del fallo de primera instancia, como asimismo del de segundo grado, se advierte que tanto respecto de **la prescripción de la acción penal** como para el caso del artículo 103 del Código Penal, no hubo ninguna consideración en torno a la imprescriptibilidad de la pretensión punitiva ejercida en el proceso relacionada con delitos de lesa humanidad, ni tampoco hay referencia a las disposiciones contenidas en Tratados Internacionales ratificados por Chile en cuanto a que para esos ilícitos prohíban su extinción por el transcurso del tiempo, de lo cual se supone que los recurrentes tampoco alegaron lo que le sirve de base al recurso, de tal modo que, **al no existir hechos establecidos por los jueces del fondo que permitan concluir que el homicidio de Tucapel Jiménez es, además, constitutivo de un crimen considerado por los tratados internacionales como cometido en contra de la humanidad, impide a este tribunal declarar su existencia por la vía de la casación de fondo**”. En la prevención del ministro M. Juica, agrega: “*La situación del artículo 103 del Código Penal, no importa por cierto dejar el hecho punible sin sanción, sólo le atribuye al tiempo transcurrido un factor de atenuación de la pena, lo cual por cierto se encuentra aceptado dentro de una política criminal de morigeración punitiva, privativa de la legislación interna y por consiguiente no afecta en ningún caso compromisos internacionales relacionados con el castigo de los delitos de lesa humanidad*”. Impresiona ver como con el correr de los años, el ministro M. Juica cambiaría*

radicalmente de opinión, rechazando la aplicación de esta minorante amparándose en el mismo DPIH al cual -de manera correcta- él hizo referencia para acogerla.

Meses más tarde, el **17 de noviembre de 2004, la E.CS en fallo Rol N°517-2004** (2ª Sala, ministros A. Chaigneau, E. Cury y J. Rodríguez y los ab. Integ. F. castro y L. Jordán, “Caso desaparición Miguel Rodríguez”), instala jurisprudencialmente y de manera permanente, la figura de “secuestro permanente”, una REGLA que perdura hasta la fecha de hoy. En dicha sentencia, la E.CS confirmó la sentencia del Ministro de Fuero Alejandro Solís y el fallo de segunda de la I. Corte de Santiago, rechaza la amnistiabilidad, *“toda vez que no se han fijado los presupuestos mínimos al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto, no resultando razonable la aplicación de la “amnisis” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración, existiendo la certeza de que a la fecha de expiración de la vigencia del Decreto Ley de amnistía la víctima no había aparecido, no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían su restos”*. Más adelante, también rechaza la imprescriptibilidad, señalando: *“(…) que por ser un delito de ejecución permanente tampoco le es aplicable la figura de la prescripción ya que no ha cesado la duración de su estado delictuoso”*; por último, consagra al derecho internacional como fuente del derecho, declarando la aplicación preeminente de los Convenios de Ginebra de 1948, que imposibilitan a Chile de aplicar medidas tendientes a lograr la impunidad de los autores de ilícitos como el investigado.

Parecía asentarse una jurisprudencia uniforme en tal sentido, sin embargo, el día **04 de agosto de 2005, en fallo por mayoría Rol N°457-2005** (2ª Sala, ministros E. Cury, N. Segura, J. Rodríguez y ab. Integ. J. Fernández y L. Jordán, “Caso secuestro calificado de Ricardo Rioseco y Luis Cotal”), la E.CS declara -de manera muy justificada, histórica, doctrinaria y jurídicamente- la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados y aprobados por Chile el año 1951, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (no vigente a la fecha) y de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y del Estatuto de Roma (ambos, tampoco vigentes a la fecha de los hechos enjuiciados). Además, el fallo realiza una interpretación del DL N°5 en relación con el DL N°3, de septiembre del año 1973, concluyendo que no daban razón para sostener que a esa fecha en Chile no existía un conflicto armado no internacional en los términos del art. 3 de los Convenios de Ginebra. Agrega que de ser aplicables estos Convenios, los artículos 147 y 148 invocados por los sentenciadores para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal invocadas por el condenado, no contienen prohibición alguna al respecto. Agrega: *“Que, los sentenciadores han establecido, además, que en virtud de la aplicación del PIDCP, los hechos investigados en esta causa deben ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. La sentencia omite señalar cuáles son los criterios que los*

sentenciadores emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos en el PIDCP. También omitieron señalar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos". Finalmente, la E.CS, resuelve el asunto en base al derecho interno (art. 93 N°6 CP), declarando la prescripción de las acciones penales, confirmando el fallo absolutorio en alzada (revocando el fallo condenatorio de la I. Corte de Santiago).

En septiembre del año 2006 se dicta el fallo de la CIDH (Caso Almonacid Arellano vs. Chile), y con ello, se instala la adopción del denominado "control de convencionalidad", que la E.CS aplicó y aplica, pero de manera sesgada, según dan cuenta diversos fallos posteriores en diversas materias, y que le permite plasmar sus particulares concepciones de justicia material, bajo el amparo del DPIH.

Es así como el **13 de diciembre de 2006, la E.CS, en causa Rol N°559-2004**, (2ª Sala, ministros A. Chaigneau, R. Ballesteros, J. Torres y los ab. Integ. O. Herrera y D. Hernández, "caso homicidios Hugo Vásquez y Mario Superby"), por mayoría, **casa la sentencia de la I. CA de Valdivia** que había declarado prescrita la acción penal y condena a los responsables por dichos delitos. La E.CS basó su fallo en el derecho y jurisprudencia internacional. Calificó además los homicidios como de lesa humanidad, afirmando que dicha calificación no se opone al principio de legalidad penal porque las conductas imputadas ya eran delitos al momento de su comisión, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional y agregó que la prohibición de cometer estos crímenes es una norma de *ius cogens*, cuya penalización es obligatoria, conforme al derecho internacional general, basándose para fundar esta afirmación en los párrafos 96 y 99 del fallo Almonacid Arellano vs. Chile, dictado tres meses antes por la CIDH. La E.CS deroga todo aquel argumento esgrimido en el fallo de 04 de agosto de 2005 (Rol N°457-2005) y que justificaba justamente lo contrario, es decir, la inaplicabilidad del derecho internacional de los DDHH, **salvo, por el voto en contra del ministro R. Ballesteros, quién estuvo por el respeto absoluto de la norma del art. 93 N°6 del CP, y declarar así la prescripción de la acción penal.**

La E.CS repite el criterio de mayoría anterior en **fallo de 18 de enero de 2007, Rol N°2.666-2004** (2ª Sala, ministros A. Chaigneau, J. Rodríguez, N. Segura, y ab. Integ. F. Castro y C. Künsemüller, "caso homicidio calificado José Matías Ñanco"), **salvo, por el voto en contra del ministro N. Segura, quién estuvo por declarar prescritas las acciones penales.**

Lo mismo ocurre el **13 de marzo de 2007, fecha en que la E.CS, Rol N°3.125-2004** (2ª Sala, ministros R. Ballesteros, J. Rodríguez, N. Segura, y ab. Integ. D. Hernández y C. Künsemüller, "caso homicidio Manuel Tomás Rojas"), elevado los autos para su conocimiento, ordena la reapertura de la causa, sobreseída total y

definitivamente por aplicación de la amnistía por la ministra de fuero María Stella Elgarrista, quien había declarado extinguida la responsabilidad penal, resolución confirmada por la I. CA de San Miguel. La E.CS vuelve a señalar que Chile se encontraba en estado de guerra, por lo que le es aplicable el derecho internacional de los DDHH, como fuente directa del derecho.

Si bien el fallo de la E.CS es unánime, las prevenciones que hacen los ministros N. Segura y R. Ballesteros son tan graves, que ameritaban una decisión distinta, ya que estos ministros ven severas falencias en el proceso penal y la prueba rendida, que trasuntan en una investigación incompleta que pudiese afectar la responsabilidad de los encartados. Por ese motivo, estuvieron por acceder al requerimiento del recurrente, en orden a restablecer el estado de la causa a su etapa sumarial, a fin de practicarse los trámites importantes para su adecuado agotamiento.

Meses más tarde, en **SCS, Rol N°3.452-2006 de 10/05/2007** (2ª Sala, ministros A. Chaigneau, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y ab. Integ. F. Castro, “Caso secuestro calificado de Ricardo Troncoso Muñoz y otros”), la E.CS confirma las sentencias de primera del ministro de fuero Joaquin Billard, confirmado por la I. CA de Santiago, y que declaraban que Chile estaba en estado de guerra interna, siéndole aplicables los Convenios de Ginebra y toda la normativa humanitaria internacional, declarando expresamente que los delitos de secuestro calificado -desaparición forzada de personas- dada su naturaleza de delito de “lesa humanidad”, son delitos de carácter imprescriptible, reforzando (y superando) la figura dogmática del “secuestro permanente”. **Nuevamente, si bien el fallo de la E.CS es unánime, las prevenciones que hacen los ministros N. Segura y R. Ballesteros son muy relevantes**, ya que disienten de los fundamentos de los Considerandos 30° a 49° y 53° a 84° por considerar que los restantes Considerandos son los pertinentes y apropiados para resolver el recurso de casación, en la forma decidida, salvo R. Ballesteros, que tampoco acepta los motivos 50° a 52° y 85° a 88° del fallo. Estos considerandos 30° a 49° dicen relación con el hecho que Chile se encontraba en estado de guerra interna y las consecuencias que ello tenía. Se detallan los actos de la Junta de Gobierno durante ese período y el derecho humanitario internacional aplicable. Entre los considerandos 50° a 52° se apela al carácter de “delito permanente” del secuestro y sus consecuencias jurídicas en la amnistiabilidad y la prescriptibilidad. Los considerandos 53° a 84° desarrollan ampliamente el concepto de crimen de “lesa humanidad”, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, pasando por el Tribunal de Nüremberg, la ONU, los Convenios de Ginebra, etc. Luego se sumergen en el mundo de los DDHH y su globalización. Citan abundante doctrina, nacional y comparada.

Toda esta jurisprudencia, afectó y afecta a distintos institutos del Derecho penal e importa siempre una desproporción grosera en el quantum de la pena, llegando a

constituirse -en los hechos- en una privación de libertad de carácter indefinida, que vulnera los principios más básicos del Derecho penal y de la pena y que consagra el funcionalismo alemán roxiniano, que vale señalar, rige en esta materia de DDHH y que básicamente consiste en que la categoría del delito que se ubica después del injusto y que por regla general decide la pena a imponer, se circunscribe dentro del gran concepto de la responsabilidad, esto es, de un concepto superior de necesidad de pena basado en la culpabilidad y la prevención, que conjuntamente determinan la punibilidad. (ROXIN, 2009)

En otras palabras, Claus Roxin –en su teoría de la unión– complementa el principio de culpabilidad con consideraciones preventivo-generales referidas a las circunstancias personales o situacionales en las cuales no es indispensable la reacción penal (o sólo una reacción morigerada). En ese esquema, se sostiene que la pena sólo reconoce finalidades preventivas generales y –preponderantemente al momento de su ejecución– especiales, pero que ellas, por cuanto carecen de barreras propias, requieren de la culpabilidad como límite externo. Luego –y como también concuerda el otro gran maestro Bernd Schünemann– la pena no reprocha, ni su esencia es retributiva, pero su aplicación se restringe, por motivos de garantía y justicia, a hechos reprochables. De esta forma, se señala que, **en la conminación penal, el fin perseguido es de pura prevención general; luego, en la imposición de la pena, se consideran finalidades preventivo generales y especiales, pero limitado siempre por el principio de culpabilidad; y finalmente, en la ejecución, pasa "totalmente a primer plano la prevención especial"** (ROXIN, 1996, 2006) (SCHÜNEMANN, 1991).

Aplicada esta conceptualización a la situación de los militares y civiles procesados y condenados por causas de DDHH, diremos que por tratarse de personas en su mayoría ancianas, enfermas y/o con discapacidades, no podemos señalar que la prevención general se vería vulnerada frente a una salida alternativa a la pena efectiva, como por ejemplo, una reclusión domiciliaria o incluso una libertad vigilada intensiva, ya que sólo se trataría de una modalidad de cumplimiento de pena (solo algo menos intensiva que la cárcel) y no de un estado de libertad propiamente tal (por lo menos en el caso de la reclusión domiciliaria). La amenaza contenida en la norma penal no vería afectada su eficacia (fidelidad al Derecho), ya que la humanización de la pena sería vista como necesaria, atendida las circunstancias del condenado, al principio *pro homine* y el hecho que la sociedad chilena no es la misma de hace medio siglo, donde el contexto histórico local y global favorecía la división. La Guerra Fría terminó. El Muro cayó. Chile lleva treinta y tres años de democracia y los problemas que tiene hoy (delincuencia desatada, inseguridad, narcotráfico, inmigración descontrolada, corrupción, etc.) superan con creces el deseo de “justicia” por hechos acaecidos hace medio siglo, aun cuando la extrema izquierda majadera insista en mantener viva esa hoguera.

Las finalidades de prevención general positiva, esto es, el respeto por los bienes

jurídicos fundamentales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica, no corre peligro frente a una salida alternativa a la cárcel para estas personas encartadas por causas de DDHH. Por el contrario, no existe un valor más grande que el respeto a la dignidad humana, que es inherente a todos y no patrimonio de algunos.

En lo que respecta a la prevención general negativa, más de treinta años de juzgamientos y condenas, basados en un proceso incompatible con los estándares modernos de justicia penal, sin duda representa un factor disuasivo para quienes pretendan incurrir en conductas ilícitas atentatorias contra los DDHH.

Finalmente, en lo que dice relación a la prevención especial, existe certeza que el transcurso del tiempo -en calidad de procesados y/o condenados- ha convertido a los infractores -la mayoría ancianos y enfermos- en ciudadanos inofensivos.

En resumen, por lo menos doctrinariamente, no existe motivo racional para que la E.CS siga aplicando de manera draconiana el DPIH respecto de civiles y militares condenados por causas de DDHH, ya que esta aplicación -en la otra cara de la moneda- viola esa “humanidad” que el Derecho comparado promueve y protege.

Como acaba de señalar el juez Ricardo Pérez Manríquez, Presidente de la Corte Interamericana de DDHH, *“El Estado debe hacer un esfuerzo para recuperar al recluso, esa es la finalidad de la pena, y una pena que no persigue la resocialización de la persona privada de libertad, es una pena violatoria de los DDHH y contraria a la Convención Americana”* (26/04/2023, CNN Chile).

Para quienes -por distintas causas- no ven posibilidad de resocialización en los civiles y militares encausados por procesos de DDHH, simplemente “no se toman en serio los DDHH” y reducen al recluso por este tipo de causas a una condición de “enemigo” y no de persona.

La aplicación por la E.CS a raja tabla del concepto de “lesa humanidad”, de manera sesgada, ha significado –en los hechos- la derogación del Derecho penal sustantivo chileno, limitando severamente la defensa jurídica de militares y civiles, cercenando sus posibilidades de enfrentar un juicio justo y proporcionado.

Curiosamente, el Derecho aplicado a estos encausados por causas de DDHH reviste las características de un Derecho penal que, el propio Claus Roxin y la doctrina y jurisprudencia global, rechazan tajantemente, esto es, el Derecho penal del enemigo, al cual su creador, Günter Jakobs, atribuye tres rasgos distintivos (e identificables en este tipo de juzgamientos): 1. Criminalización previa a la lesividad; 2. Supresión de garantías procesales y, 3. Aumento desproporcionado de penas (JAKOBS, 2003).

La primera característica, existe como consecuencia de la derogación que, de las leyes sustantivas y basadas en un derecho penal liberal y ciudadano, hace la E.CS en sede casación, consagrando como norma de aplicación interna, un Derecho que, como señalamos, el propio Jakobs califica como Derecho penal del enemigo.

A nivel procesal, este Derecho internacional “mal” o “sesgadamente” aplicado,

conlleva -muchas veces- una criminalización y condena sin prueba (como plasman diversos votos de minoría) o donde la E.CS ha ordenado reabrir sumarios y encausar a militares o civiles, aun cuando, ni siquiera existe constancia de la participación de los mismos en los hechos investigados, algo que, en el caso del fallo examinado, los votos de prevención (minoritarios) se encargan de denunciar. Otro fenómeno asimilable, es la criminalización por el cargo, autoridad o grado, que nos devuelve a la barbarie del Derecho penal de autor.

Así las cosas, el concepto de “peligro” inherente a esta criminalización de perfil, se ve reflejado en diversos estadios, tanto en el Derecho aplicado en materia de DDHH como en la investigación del delito, su juzgamiento y sanción, que, en la práctica, deviene en una inocuización. Ni qué hablar en la etapa de ejecución, desprovista del manto garantista que una ley penitenciaria y tribunales de ejecución permitiría. Las otras dos características del Derecho penal del enemigo, se dan por descontadas: un Código de Procedimiento Penal (CdePP) derogado por la Reforma Procesal Penal y sus principios garantistas. Un proceso de minorías y de características medievales del tipo “caza de brujas”, donde se presume la culpabilidad y se aplasta la inocencia y, las penas altas, las que derivan de la naturaleza jurídica del delito de “lesa humanidad” y, de la declaración que respecto estos delitos hace la E.CS, como son la inamnistabilidad, la imprescriptibilidad, la inaplicabilidad del art. 103 CP, la ampliación del ámbito de la autoría (autoría mediata o dominio funcional), la inflación de agravantes, la deflación de minorantes, la supresión de beneficios de la Ley 18.216 o la “tercera revisión de los hechos” por la E.CS por la vía de acoger casaciones por infracción a las leyes reguladoras de la prueba (art. 546 N°7 CdePP), etc.

Como dice el refrán: **“si es amarga la verdad, quiero echarla de la boca”**.

En esta línea, la jurisprudencia en materia de DDHH de la E.CS, produce efectos en distintos institutos del Derecho penal, los cuales vulneran los derechos fundamentales de los condenados por estas causas, ya sean civiles o militares.

Se pueden mencionar, a modo de ejemplo:

1.- Efectos en la prescripción (artículo 93 Código Penal) y en el DL 2.191 de 19/04/1978 (de Amnistía).

Ya se mencionó algo de ello, sin embargo, el “relativismo jurisprudencial” observado llega a ser patético, ya que hay cambios de criterio mes a mes, año a año, etc. No hay certeza jurídica alguna. El irrespeto a las “reglas” es brutal, y así lo reflejan diversos fallos de la E.CS.

Hoy en día, la 2ª Sala integrada por ministros como H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos, apoyados por las suplencias de los ministros J. Zepeda, Ma. Teresa Letelier (hoy ministra) o R. Biel y de abogados integrantes D. Munita, C. Coppo o P. Tavolari, dominan el escenario jurisprudencial a favor de la aplicación íntegra del DPIH.

Ya asumido el “monopolio normativo” del DPIH, quedaba pendiente el tratamiento

que se le daría a la prescripción gradual o media prescripción, contenida en el artículo 103 del CP. La discusión -según veremos *infra*- estará en la naturaleza jurídica de este instituto y su relación directa o no con la prescripción. Si se trata de una norma autónoma y no accesoria a la prescripción, no debiera seguir su suerte, pudiendo existir delitos imprescriptibles pero afectos a esta minorante calificada de responsabilidad penal.

2.- Efectos en la prescripción gradual o media prescripción (artículo 103 Código Penal).

Aceptada la inamnestiabilidad y la imprescriptibilidad de los delitos cometidos durante el Gobierno Militar, en virtud del acogimiento criollo del concepto de “lesa humanidad”, quedaba en discusión lo relativo a la naturaleza jurídica de este instituto de la prescripción gradual.

¿Es un instituto accesorio a la prescripción o es un imperativo de derecho público que obliga al juez?

El tema es muy relevante, ya que si la jurisprudencia termina finalmente por asentarse en el rechazo de esta norma para causas de DDHH -lo que parece estar ocurriendo- se cierra una puerta para la obtención de una **libertad merecida por ley**. De ahí la importancia de entender lo que se está fraguando en años de jurisprudencias vacilantes.

Así, existe una completa desazón y falta de respeto a las “reglas”. Vemos cambios de criterio frecuentes. Entre quienes la rechazan, destacan las disidencias por la calidad de sus argumentaciones. Los votos de mayoría suelen cobijarse en los motivos que les entrega el DPIH.

La **SCS, Rol N°3.452-2006 de 10/05/2007**, (2ª Sala, ministros A. Chaigneau, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y ab. Integ. F. Castro, “Caso secuestro calificado de Ricardo Troncoso Muñoz y otros”), nos sirve para mostrar el criterio inicial entorno a esta norma del artículo 103 del CP, en cuanto a que representa una regla de derecho público desconectada de la prescripción y que mandata al juez aplicarla como minorante calificada. Así, la E.CS dijo: “(...) *haya su razón de ser en motivos de política criminal que conducen a evitar una pena muy elevada para hechos ocurridos largo tiempo atrás pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor*” (...) *“la prescripción se funda en el supuesto olvido del tiempo, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho. Por su parte, la atenuante –que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor”* (...), **su aplicación es obligatoria al juez y tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional para su aplicación desde que aquellas reglas solo se limitan al efecto extintivo de la**

responsabilidad criminal y en este caso la aceptación de la atenuante no es sinónimo de impunidad". En el mismo sentido: **SCS, Rol 3.808/2006 de 30/07/2007** ("Caso secuestro de Juan Luis Rivera Matus", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, A. Chaigneau, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros); **SCS, Rol 6.525/2006 de 05/09/2007** ("Caso Episodio Lago Ranco", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y ab. Integ. D. Hernández); **SCS, Rol 6.188/2006 de 13/11/2007** ("Caso secuestro calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje", 2ª Sala, ministros A. Chaigneau, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y H. Dolmestch). En estos fallos, la E.CS retipifica los delitos de secuestro calificado a homicidio calificado, estableciéndose ficticiamente fechas de defunción.

En el último de estos pronunciamientos (SCS, Rol 6.188/2006 de 13/11/2007), la E.CS determina como fecha de defunción la de la muerte presunta del Sr. Contreras. Todos estos fallos consagran el respeto a diversos principios penales, de la siguiente forma: "(...), *los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados*".

El criterio de la E.CS volvió a cambiar, y es así como **denegó la aplicación** de la prescripción gradual, así como la prescripción de la acción penal (**SCS, Rol 6.574/2007 de 07/08/2008** ("Caso Los Hermanos Leveque", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y C. Künsemüller); **SCS, Rol 877/2008 de 01/09/2008** ("Caso Operación Leopardo", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, J. Rodríguez, R. Ballesteros y C. Künsemüller); etc..

Al año siguiente, el criterio de la E.CS volvió a dar un giro y nuevamente **acogió la media prescripción**, no así la prescripción de la acción (SCS, Rol 6.308/2007 de 08/09/2008 ("Caso homicidio calificado de Fernando Vergara Vargas", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, J. Araya, C. Künsemüller y ab. Integ. H. Álvarez). Días después, la E.CS vuelve a ratificar su posición anterior, concediendo la prescripción gradual (**SCS, Rol 5.789/2007 de 16/09/2008** ("Caso secuestro de Guillermo Jorquera Gutiérrez", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, R. Ballesteros, J. Rodríguez y C. Künsemüller); **SCS, Rol 4.723-2007 de 15/10/2008** ("Episodio San Javier", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, R. Ballesteros, J. Rodríguez, C. Künsemüller y ab. Integ. J. Cárcamo).

Lo mismo ocurre con sendos fallos de la E.CS de septiembre y diciembre de 2008 (**SCS, Rol 4.662/2007 de 25/09/2008** ("Episodio Liquiñe", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, C. Künsemüller y ab. Integ. J. Cárcamo y D. Hernández); **SCS, Rol 2.422/2008 de 11/12/2008** ("Caso Quilleco", 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, R. Ballesteros, J. Rodríguez y ab. Integ. H. Álvarez). En ambos fallos, se rechaza la prescripción, pero **se concede la minorante calificada**

de prescripción gradual, distinguiéndola como un instituto distinto a la prescripción. En el segundo fallo, se le otorgó la remisión de la pena a Miguel Krassnoff Martchenko y la libertad vigilada a Marcelo Moren Brito y Rolf Wenderoth Pozo, lo cual demostró un cierto coraje de los ministros y el abogado integrante, quienes fiel al mandato imperativo del legislador penal, simplemente cumplieron con su deber, pese a las presiones políticas que se manifestaban en su contra, a raíz del encarcelamiento a raudales de militares por causas de DDHH.

El **22 de enero de 2009, la E.CS**, aplicando de manera correcta el derecho interno y su jurisprudencia anterior, como las SCS, Roles N°s. 508-2006 de 27/06/2006 (3ª Sala, ministros R. Gálvez, M. Morales, A. Oyarzún y ab. Integ. J. Fernández y J. Streeter) y 5.914-2005 de 27/12/2006 (3ª Sala, ministros R. Gálvez, M. Juica, A. Oyarzún, y los ab. Integ. F. Castro y H. Álvarez) y haciendo inaplicable los Convenios de Ginebra (por no haberse acreditado la existencia de guerra interna) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (por no estar vigente a la fecha de comisión de los hechos), declaró prescrito el delito, señalando que *“los principios generales de derecho internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad”* (SCS, Rol 4.329/2008 de 22/01/2009 (“Caso secuestro calificado de Jacqueline Binfa Contreras”, 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, R. Ballesteros, J. Rodríguez y J. Torres). Este fallo favoreció, entre otros, a Marcelo Moren Brito, Osvaldo Romo Mena y Miguel Krassnoff Martchenko. Los ministros supremos, con su memorable fallo, dejaron claro que no existe una “cuarta instancia” internacional y que el derecho chileno bastaba para resolver sus conflictos internos. Este fallo tiene la gracia de revertir la jurisprudencia en torno a la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 1976 ratificado en 1992).

La **SCS de 27/01/2009, Rol N°874-2008** (2ª Sala, ministros H. Dolmestch, N. Segura, C. Künsemüller, J. Rodríguez y R. Ballesteros), vuelven a acoger la media prescripción.

Al día siguiente, la E.CS vuelve a aplicar la prescripción gradual basada en el derecho chileno, pero, no obstante, aplica la imprescriptibilidad fundada en el derecho internacional, pese a que los fallos de primera y segunda instancia la habían denegado (**SCS, Rol 4.691/2007 de 28/01/2009** (“Caso homicidio David Urrutia Galaz”, 2ª Sala, ministros N. Segura, R. Ballesteros, H. Dolmestch, C. Künsemüller y el ab. Integ. O. Herrera).

En **sentencia de la E.CS de 08/07/2010** (Rol N°2.596-2009, “Episodio Carlos Prats”, 2ª Sala, ministros R. Ballesteros, H. Dolmestch, C. Künsemüller, G. Silva y H. Brito), acogió la media prescripción de la siguiente manera en su C.11° ss. **UNDÉCIMO:** *Que en cuanto a la atenuante contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, invocada oportunamente por los inculcados Raúl Iturriaga, Jorge*

Iturriaga, Juan Manuel Contreras, Cristoph Willeke, Juan Morales y José Zara, el dictamen de primer grado, no alterado en este aspecto por el veredicto en examen, en su acápite 91°), señala: “Que procede desechar la existencia de la denominada “media prescripción”, en razón de lo analizado y resuelto en los motivos 78°), 79°) y 80°) de este fallo, respecto de la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, en cuya virtud las normas del Derecho Penal Internacional impiden la aplicación de la prescripción, total o gradual, respecto de “los Crímenes de Lesa Humanidad”, cual es, precisamente, el caso de los ilícitos que se les atribuye”. **DUODÉCIMO:** Que en la motivación precedentemente transcrita, se advierte que para desechar la atenuante del artículo 103 de Código Penal, se invoca lo expuesto en los basamentos 78°) a 80°) del mismo fallo, en los cuales queda rechazada la prescripción de la acción penal alegada por los inculcados, atendido el carácter de delito de lesa humanidad que reviste el establecido en el presente juicio, utilizando, en esencia, iguales fundamentos para desestimar la atenuación de la responsabilidad criminal y cuantía de la pena contemplada en el aludido artículo 103 del mismo texto legal. **DÉCIMO TERCERO:** Que siendo la prescripción de la acción penal una causal extintiva de la responsabilidad penal, **claramente distinguible de la atenuante calificada establecida en el citado artículo 103, ambas con efectos penales totalmente distintos, los argumentos dirigidos a rechazar una y otra no pueden ser los mismos ni pueden mezclarse**, so pena de no satisfacer los requerimientos contemplados en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal (En este sentido: SCS, 15.10.2008, Rol N°4723-07; SCS 03.12.2008, Rol N°4961-07; y SCS 26.01.2009, Rol N°874-08). **DÉCIMO CUARTO:** Que, al efecto, aún tratándose de instituciones jurídicas con un origen común y que se nutren del tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito, la sentencia que las rehúsa o acoge necesita razonar, en consonancia con lo decidido, acerca de las alegaciones que los enjuiciados esgrimen en su favor, de modo que el argumento genérico que estriba en que el rechazo se funda en la naturaleza de los delitos de lesa humanidad que poseen los crímenes establecidos, que hace inaplicable la prescripción, no satisface las reseñadas exigencias del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, desde que **ese razonamiento sólo alcanza a la imprescriptibilidad de la acción penal**. De lo anterior, se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los basamentos que, en forma concreta y determinada, sustentan la denegación de **la mitigante de responsabilidad mencionada**. **DÉCIMO QUINTO:** Que, por consiguiente, el pronunciamiento criticado, con las carencias anotadas, queda claramente incurso en la causal contemplada en el numerando noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el artículo 500, N°s. 4° y 5°, del mismo cuerpo legal, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley, incorrección que no puede subsanarse sino con la anulación de oficio del veredicto que la contiene”.

El voto en contra del ministro H. Brito, fue justificado de la siguiente manera: “(…)

que las consideraciones de la sentencia, en lo tocante al rechazo de la media prescripción, satisfacen cabalmente los requerimientos de fundamentación exigidos en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal toda vez que es fácilmente comprensible, y porque el razonamiento del juzgador no sólo alcanza a la imprescriptibilidad sino también a la justificación del rechazo de lo pedido, que fuera sustentado en normas de derecho penal humanitario”. **Podemos observar ya tempranamente, que para este ministro, no existe derecho penal humanitario para los victimarios, sino sólo para las víctimas, algo que vulnera la dignidad humana y el principio de igualdad ante la ley.**

Esta sentencia sentó una breve jurisprudencia a favor de la aplicación de la minorante calificada, sin embargo, con la **nueva configuración de la 2ª Sala Penal de la E. CS**, con la llegada de los ministros Haroldo Brito (enero 2012), en reemplazo de R. Ballesteros; Milton Juica (enero 2012), en reemplazo de J. Rodríguez; y la llegada posterior de Jorge Dahm (octubre 2015), y posteriormente L. Llanos (noviembre 2019), la salida de H. Dolmestch (noviembre 2019), L. Cisternas (abril 2020) y de C. Künsemüller (febrero 2021), prácticamente, no se ha vuelto aplicar de manera mayoritaria la media prescripción para causas de DDHH, pero sí, para otras causas, como por ejemplo, las defraudaciones (SCS (2ª Sala) Rol N°18.505-2022 de 30/01/2023, con el **voto a favor del ministro Sr. M. Valderrama**).

En **Sentencia E.CS Rol N°17.887-2015 de 21/01/2016** (2ª Sala, ministros M. Juica, M. Valderrama, J. Dahm, C. Künsemüller y L. Cisternas). **El Sr. Lamberto Cisternas justifica su voto disidente de la siguiente manera:** “1° *Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. 2° Que, en definitiva, la prescripción gradual conforma una **mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden***

público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo. 3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada de los ilícitos, **no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados.** En el caso de los delitos de secuestro, teniendo en cuenta la norma aplicable al caso en su redacción vigente a la data de los hechos, son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. En consecuencia, **siendo una norma claramente favorable a los procesados, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia”.**

Diversos votos de minoría del ministro Lamberto Cisternas mantuvieron este criterio (Roles N°s. 8.154-2016 de 26/03/2018; 24.290-2016 de 08/08/2016; 44.074-2016 de 24/10/2016; 39.732-2017 de 14/05/2018; 825-2018 de 25/06/2018; 36.731-2017 de 25/09/2018; 2.661-2018 de 23/12/2019; 28.310-2018 de 23/12/2019).

Resalta la sentencia de fecha **06 de octubre de 2016, dictada por la 2ª Sala de la E.CS, Rol N°34.057-2016** (ministros H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, M. Juica y C. Künsemüller) que **revoca** la sentencia de la I. Corte de Santiago de fecha 04/05/2016 (Rol N°804-2015). La sentencia se pronuncia respecto la prescripción gradual y la atenuante del art. 11 N°6 del CP. Por unanimidad, los ministros las rechazan **aplicando íntegramente las normas internacionales de DDHH, derogando de manera tácita el derecho penal interno.** En otros fallos, la E. CS mantuvo su criterio y denegó sistemáticamente la aplicación de la prescripción gradual.

En la **SCS Rol N°9.345-2019 de 21/03/2018** (ministros M. Juica, M. Valderrama, C. Künsemüller, y ab. Integ. C. Pizarro y L. Etcheberry), por mayoría rechazan su aplicación, sin embargo, destaca el **voto de minoría del ministro Künsemüller**, que señaló: “1.- Que, atendido el tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho punible y las circunstancias particulares de los sentenciados, no es razonable presumir que las víctimas se encuentran aún bajo la esfera de poder y custodia de los secuestradores. 2.- **Que el artículo 103 del Código Penal se remite a los artículos 65 y siguientes del mismo estatuto y, siendo una norma de Derecho Público, su aplicación no puede ser soslayada por los tribunales”.**

Días más tarde, la E.CS volvió a confirmar su criterio (**SCS, Rol N°8.154-2016 de 26/03/2018** (ministros C. Künsemüller, J. Dahm, L. Cisternas y ab. Integ. J. Matus y R. Correa), con la prevención del ministro Künsemüller y el voto en contra del

ministro Lamberto Cisternas. Sorprende nuevamente las palabras del ministro Künsemüller, quien dijo: “(..), que la denominada “media prescripción” o “prescripción gradual” **no extingue la responsabilidad penal y no es, por esto, asimilable a la prescripción de la acción penal**, de manera que los argumentos basados en esta última causal no resultan idóneos para desestimar la concurrencia de la atenuante, que, por lo demás, no conduce a la impunidad del hechor, sino únicamente a una posible disminución temporal del castigo. **Si esta Corte ha declarado en algunas decisiones que el artículo 103 del Código Punitivo es de orden público y de aplicación obligatoria para los jueces -sin perjuicio de sus potestades establecidas en los artículos 65 y siguientes del aquel estatuto- resulta evidente que no es posible desestimar a priori y de modo genérico su reconocimiento**”. Por su parte, el ministro Cisternas argumentó su voto de igual forma que en la **SCS Rol N°17.887-2015 de 21/01/2016**.

Meses más tarde, el mismo tribunal confirma su criterio (**SCS, Rol N°825-2018 de 25/06/2018**, (2ª Sala, ministros M. Juica, J. Dahm, L. Cisternas, S. Muñoz y ab. Integ. Abuaud (quien no firma por estar ausente, pero acuerda en el fallo). El ministro Lamberto Cisternas fundamentó su oposición en los términos que lo hizo en el fallo de 26/03/2018.

Ya en agosto de 2018, vendría la estocada “esperada” por parte del poder político, y digo “esperada”, porque según pudimos apreciar de la muestra jurisprudencial, era hora de “pasarle la cuenta” a los ministros supremos por fallos pasados que acogieron la prescripción gradual.

En un titular de la prensa escrita, el abogado constitucionalista Jorge Correa Sutil, defensor del ministro M. Valderrama, señaló: **“El abandono de deberes más claro en este escenario de los derechos humanos es el de los legisladores”** (El Mercurio, 09/08/2018).

La prensa de la época titulaba: **“El debate que viene en causas de violaciones a los derechos humanos: Sala Penal de la Corte Suprema deberá definir si aplica media prescripción. Habría mayoría para hacerlo, porque tres de sus integrantes son partidarios de la rebaja de pena. Aún no hay fallos de los cinco titulares”** (El Mercurio, 20/08/2018).

El ex Ministro de Justicia de M. Bachelet II, don Jaime Campos, dijo: **“(…) no se busque en los ministros de la Corte Suprema el chivo expiatorio de nuestras responsabilidades u omisiones y menos se impulsen quebrantamientos constitucionales, (...), Es falso que el Derecho Internacional prohíba acceder a beneficios poscondena a los sancionados por delitos de lesa humanidad, cuestión que está expresamente resuelta en el artículo 110 del Estatuto de Roma, dado que ese cuerpo solo consagra normas para los juicios de que conoce la Corte Penal Internacional, lo que no es el caso, y en lo que respecta a cumplimiento de condenas, si bien señala exigencias adicionales para acceder a los beneficios que esa Corte (tiempo/arrepentimiento y**

cooperación), es menester que los signatarios las incorporen en su legislación interna, para así poder ser aplicadas por sus tribunales. Luego, no es efectivo que las normas de ese estatuto sustituyan automáticamente las disposiciones de la ley chilena, al punto que su texto no lo estipula” (El Mercurio, 23/08/2018).

En otra nota de prensa, el ex convencionalista Fernando Atria, decía: **“Si la acusación tiene éxito, afectará los equilibrios en el tribunal”** (La Tercera, 26/08/2018).

El Presidente (s) de la E.CS don Sergio Muñoz, expresaba, respecto de la acusación constitucional: **“Se afecta y se rompe, además de las normas constitucionales, la imparcialidad y con ello la independencia de los jueces, (...) detrás de la presentación en contra de los tres ministros claramente hay un aspecto político”** (El Mercurio, 26/08/2018).

El propio Presidente de la E.CS, el ministro H. Brito, señaló: **“Cuando se cuestiona el contenido de la sentencia se está influyendo en el funcionamiento del sistema”**. Más adelante, reconociendo la sequía normativa en esta materia, dijo: **“Las normas no nos están ayudando mucho porque no nos están entregando reglas, pero sí nos están entregando criterios para razonar y resolver estas cuestiones”** (El Mercurio, 31/08/2018).

En otro titular de la prensa escrita, el abogado constitucionalista Jorge Correa Sutil, dice: **“La pregunta no es si hicieron bien o mal (al otorgar libertades), sino si merecen ser destituidos, (...) El derecho que establece la legislación chilena es a obtener la libertad condicional. Si hay un deber, ese deber no ha sido abandonado. Aquí uno podría discutir cuál es la correcta interpretación, pero el abandono de deberes no está, (...) El deber de adecuar la legislación chilena a la extranjera no recae en los jueces, recae en los legisladores”** (El Mercurio, 08/09/2018).

Es así como el 22/08/2018, a través de una Acusación constitucional a los ministros H. Dolmestch, C. Künsemüller y M. Valderrama, por un supuesto abandono de deberes, se pretendió destituir a dichos ministros de la E.CS. Así es, Montesquieu aplastado por la política progresista. El libelo acusatorio fue impetrado por la Cámara de Diputados (uno de sus impulsores, el actual Subsecretario del Interior Manuel Monsalve), fervientemente apoyada por el PC y Frente Amplio (entre ellos el hoy Presidente Gabriel Boric), El deber supuestamente infringido fue cumplir con la ley penal y aplicar ciertas minorantes en ejercicio de la jurisdicción, por ejemplo, la del artículo 211 del Código de Justicia Militar y, en base a dicha reducción, otorgar las libertades condicionales en conformidad al DL N°321, que, a la época, exigía tener cumplida sólo la mitad de la condena. La idea de la acción política era desincentivar la aplicación del art. 103 CP, cuya posibilidad real ya era objeto de intenso debate en la prensa, que no escatimaba páginas en recoger la opinión de los distintos ministros supremos, señalando incluso estadísticas de fallos anteriores

y las hipótesis de aplicabilidad que tenía cada juzgador.

La defensa del Pleno de la E.CS fue en bloque, el ministro Carlos Aránguiz pidió llamar al Cosena; H. Dolmestch planteó la posibilidad que todos renunciaran o que no funcione ninguna Sala de la E.CS un día determinado, etc. (La Tercera, 16/09/2018).

La prensa de la época destaca críticas hacia la actuación de su entonces Presidente, el Sr. H. Brito, quién en medio del álgido debate sobre esta Acusación, decidió tomarse sus vacaciones e irse a Europa (del 13 al 29 de agosto de 2018). El apoyo a su presidencia era dividido, ya que se sabía su cercanía a gremios más radicales de jueces que buscan limitar el poder de la Corte Suprema. Tampoco el Sr. Brito, al parecer, era partidario de ir acompañado a su cita con el Presidente S. Piñera, concretada el día 04/09/2018, a la que asistió finalmente en la compañía del ministro S. Muñoz, quién lo había subrogado durante su feriado legal y a solicitud del Pleno. Frente a toda esta situación, señala el medio de prensa, se pensó incluso, al interior de la Corte, la idea de que S. Muñoz vuelva a ser su Presidente (La Tercera, 16/09/2018).

Así las cosas, llegó el 13/09/2018 y si bien esta Acusación fue rechazada, tejió un manto de temor al interior del Poder Judicial, manifestado en futuros fallos de estos ministros, salvo, H. Dolmestch, que se iba el año siguiente por cumplir 75 años de edad. El ministro C. Künsemüller no volvió a acoger la minorante (sí como prevención, salvo su icónico fallo “de despedida” a favor, dictado un año antes de jubilarse, en causa **RoI N°8.065-2018, de 31/01/2020**). El ministro M. Valderrama, cuyo voto hasta esa fecha era variable, de ahí en adelante nunca más se inclinó en favor de la minorante (por lo menos en causas de DDHH), votando en bloque por su rechazo junto a H. Brito, J. Dahm y L. Llanos.

Comunicacionalmente, esta infundada Acusación, capturó titulares y declaraciones en la prensa que sin duda nos llaman a una profunda reflexión. Así, por ejemplo, se escribía:

“Si lo que han querido es tener jueces dóciles, se han equivocado, (...) Los jueces tenemos que dictar las sentencias conforme a derecho y al mérito del proceso, sin ninguna otra consideración” (C. Künsemüller, La Tercera, 15/09/2018).

“Es grave que un país los jueces estén atemorizados, (...) No creo que sea posible que alguien, pese a cumplir todos los requisitos objetivos, no acceda a la libertad condicional, (...) Una cosa es que ese hombre haya cometido un delito, pero ese hombre necesita un trato adecuado. Aunque sea un criminal de cualquier delito, (...) En lo personal, creo que el juez es un hombre que debe estar cada día más libre de prejuicios, porque los prejuicios alteran la conciencia. Un juez no puede ideologizar su función, (...) A todos nos asiste el derecho a defensa, a un trato digno y un justo proceso, (...) yo como juez solo estaba aplicando la ley vigente, (...) Cuando se nos ha pedido o se nos

quiere exigir que interprete que en el derecho internacional está prohibida la libertad condicional de gente que ha cometido delitos de lesa humanidad, yo me he resistido, porque creo que no existe norma expresa que así lo determine. De hecho, creo todo lo contrario: el derecho internacional, especialmente de Occidente, es un derecho que existe para todos” (H. Dolmestch, La Tercera, 16/09/2018).

“No se le puede imponer a un juez el deber de no aplicar una ley vigente, (...) Nuestro vocabulario es el del derecho, no de la violencia ni del odio. Tendremos que ver cuál es la mejor manera en la que el derecho puede oponerse a la sin razón, (...) Todo esto ha sido una infamia a mi persona, (...) Los jueces no se dejarán amedrentar, (...) En esto hay una campaña política para desestabilizar el estado de Derecho, (...) En este momento, a partir del jueves, el Poder Judicial ha sido amenazado, (...) No acepto que un congresista ignorante, que no tiene idea de nada, venga a revisar mis sentencias. No lo acepto porque el congresista tampoco aceptaría que yo me fuera a instalar a su oficina a revisarle su proyecto (de ley) y decirle: Esto no sirve para nada, cámbielo” (C. Künsemüller, El Mercurio, 16/09/2018).

A propósito de esta última entrevista, mientras la mayoría de los diputados entendieron las palabras de enojo del ministro C. Künsemüller, los diputados Sres. M. Monsalve (PS) y D. Núñez (PC) pidieron un reclamo formal de la Cámara de Diputados al Presidente de la E.CS, Sr. H. Brito (La Tercera, 16/09/2018).

Una buena manera de entender lo infundado que fue la Acusación, es ver y analizar los argumentos esgrimidos por los abogados A. Etcheberry, J. Correa y D. Harasic, apoderados de los ministros C. Künsemüller, M.Valderrama y H. Dolmestch, respectivamente.

Es más, creo que la calidad y contundencia de estas defensas, operó en contra de los intereses presentes y futuros del PS, PC y FA, en cuanto a dejar establecido doctrinalmente que el DPIH nunca ha dicho que no se pueden entregar beneficios a personas encausadas por violaciones a los DDHH y que dado lo anterior, la interpretación realizada de la norma del art. 103 del CP que puedan haber hecho los ministros acusados en el pasado, fue correcta.

La prensa de la época destaca las reacciones de la actual ministra Camila Vallejo y la diputada Karol Cariola, quienes tuitearon el listado de los diputados que rechazaron la acusación diciendo: *“Acá, quienes apoyaron la impunidad”*. Más duro fue el actual senador Daniel Núñez, quién señaló: *“A los diputados de oposición que quieren votar en contra y avalar la impunidad: tengan pudor, sepan que el mundo los está observando”* (El Mercurio, 15/09/2018).

También resulta útil a este propósito leer el Informe del Centro de Estudios Observatorio Judicial, que explícitamente hace un llamado al Congreso a rechazar esta infundada Acusación. Un aspecto de este Informe, dice relación con el denominado “control de convencionalidad”, como construcción jurisprudencial de la

CIDH que no ha recibido un apoyo unánime en la doctrina y jurisprudencia nacional. Citaremos algunos fallos posteriores a este hecho político que movió las placas tectónicas del Poder Judicial:

En **SCS de 05/12/2018, Rol N°4.080-2018** (2ª Sala, ministros M. Juica, J. Dahm y M. Valderrama (acusado constitucionalmente hace un par de meses), ab. Integ. D. Munita, R. Abuauad), el tribunal por mayoría de sus miembros, rechazan la aplicación de la prescripción gradual, sin embargo, **resulta interesante el voto de minoría del abogado integrante Sr. Ricardo Abuauad, quien consagra la regla del art. 103 del CP como una norma de derecho público, de aplicación obligatoria en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo y, por cierto, a los jueces.**

La **SCS, en causa Rol N°2.458-18 de 27 de julio de 2019** (2ª Sala, ministros M. Valderrama, J. Dahm, H. Dolmestch, C. Künsemüller y ab. Integ. R. Abuauad), rechazó por mayoría la aplicación de la prescripción gradual, **con el voto en contra del ministro H. Dolmestch y el abogado integrante R. Abuauad, quienes señalaron, para justificar su disidencia:** *“1° Que cualesquiera hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que **la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquella descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante - que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse en el ámbito jurídico a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito. 2° Que, en definitiva, **la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal. 3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, **concurriendo*******

los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata”.

La **SCS**, en causa Rol N°2.661-2018, de 23/12/2019 (2ª Sala, ministros L. Cisternas, M. Valderrama, J. Dahm, y los ab. Integ. M. Gajardo y J. Lagos), resolviendo sobre un recurso de casación interpuesto por Miguel Krassnoff Martchenko, por mayoría, vuelve a rechazar aplicar la prescripción gradual, sin embargo, el voto de minoría del ministro Lamberto Cisternas que estuvo por acogerla, repite el argumento plasmado en su primera disidencia al respecto, la **SCS Rol N°17.887-2015 de 21/01/2016**.

Una luz de esperanza en la aplicación correcta del Derecho; una oda a la valentía demostrada por el ministro acusado el año 2018, Sr. C. Künsmüller -redactor del imponente fallo- y un profundo rechazo a la actitud timorata del también ministro acusado, el Sr. M. Valderrama, representa la **sentencia de la E.CS, Rol N°8.065-2018 de 31/01/2020** (2ª Sala, ministros L. Cisternas, M. Valderrama, C. Künsemüller y ab. Integ. D. Minita y A. Barra), que por mayoría y resolviendo sobre un recurso de casación, **acoge la solicitud de aplicación de la media prescripción**. Por la rigurosidad de los argumentos y la calidad de su redactor, decido transcribirlos íntegramente, a la letra: **“Décimoquinto:** *Que, bastante se ha discutido en la literatura jurídica y, sobre todo, en la doctrina jurisprudencial, acerca del preciso carácter de la denominada prescripción gradual” o “media prescripción”, contemplada en el artículo 103 del Código Penal. Que, el hecho de aludir el precepto en cuestión a una porción del tiempo necesario para que opere la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal y su ubicación en el Código a continuación de las reglas sobre la prescripción, son elementos que han permitido sostener que se trata de una institución de muy próximo parentesco con la prescripción y que comparte su fundamento, lo que acarrea, a su vez, como directa consecuencia, su inadmisibilidad en aquellos delitos cuya acción penal es imprescriptible, como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. **Décimosexto:** *Que, en la Sesión 138 de la Comisión Redactora del Código Penal, se expresó “En cuanto a la prescripción gradual, se creyó que podría concederse al caso de haber transcurrido la mitad o más del tiempo de la prescripción completa, el mismo efecto que si concurrieran dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas sin ninguna agravante, es decir, que pueda entonces el juez bajar hasta tres grados de la pena designada para el delito, limitándose esta regla a la prescripción que exceda de cinco años.” (Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edeval, 1974, p. 498). El razonamiento que se ha transcrito permite desprender que **los autores de nuestro Código le dieron a la prescripción gradual el mismo trato que a las atenuantes –“el mismo efecto”- facultándose al juez para reducir la pena en los mismos grados que pueden rebajar cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante. Que, de “idea afortunada de la CR”, califica la prescripción****

gradual el comentarista profesor José Luis Guzmán Dálbora. Apunta que **mientras más cercanas estén las consideraciones de estabilidad social y seguridad jurídica que autorizan la prescripción, “menor ha de ser la responsabilidad del delincuente”;** **“menor responsabilidad” debe significar “menor cantidad de pena”, o sea, atenuación de ésta, rebaja de la que correspondería de no concurrir los supuestos del artículo 103** (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Edit. Jdca. 2002, pp. 481-484). **Décimoséptimo:** Que, a partir de la sentencia recaída en los autos rol N°2596-09, conocidos como “Episodio Carlos Prats”, la Sala Penal ha establecido que, en cuanto a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, es dable tener en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal extintiva de la responsabilidad penal, en los delitos de lesa humanidad, **no alcanza sin más a la media prescripción o prescripción gradual, parcial o incompleta, como también se la denomina, cuyo efecto es una mera disminución de la cuantía de la pena.** Que, se declaró en el mismo fallo, reproducido por varios posteriores, **que “el señalado instituto penal constituye - de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103 - un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación en términos imperativos (“deberá el tribunal”), que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal.”** “Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos (a los de la prescripción), porque al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársela jurídicamente...”. Que, como consecuencia del razonamiento precedente, se declara que a la media prescripción no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de lesa humanidad, **“con lo que se evita su tal impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluida, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación de la pena, las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, reguladas minuciosamente en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal.”** **Décimooctavo:** Que, numerosos fallos han adherido a la doctrina antes expuesta; al respecto, basta ver el Repertorio del Código Penal, T.I, pp. 188 y s.s.; y el Código Penal, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas

Explicativas, Índice Temático, de Tatiana Vargas y Juan Ignacio Piña, Thomson Reuters, 2012, pp. 149 y s.s. **Décimonoveno: Que, la misma jurisprudencia citada ha establecido que la regla del artículo 103 del Código Penal es “una norma de Derecho Público”, y por ende, de aplicación obligatoria para los jueces, sin que se advierta ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales, ni de jus cogens para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal.** En este caso, los jueces no dieron aplicación al mencionado artículo 103 del Código Penal, por tratarse de un delito de lesa humanidad y compartir dicha disposición los mismos fundamentos temporales de la prescripción de la acción penal. **Vigésimo:** Que, tratándose en la especie de un delito de homicidio, de resultado material y carácter instantáneo (no permanente) y concurriendo los elementos fáctico-temporales (no discutidos) requeridos por el artículo 103 del Código Penal, estos sentenciadores estiman que el fallo de Alzada incurrió en un error de Derecho al desestimar, mediante la confirmación de la sentencia de primera instancia, la concurrencia de la circunstancia atenuante especial de que se trata, configurándose, en consecuencia, la causal de nulidad esgrimida por el recurrente, sobre la base del argumento jurídico señalado y debiendo anularse el veredicto impugnado y dictarse uno de reemplazo, que enmiende el error constatado y determine la penalidad concreta que cabe imponer al acusado Vergara, de conformidad a la norma que se dejó de aplicar. **Vigésimoprimer:** Que, no es irrelevante para los sentenciadores que en el proceso Rol N°16.996 A y B incoado por un hecho delictivo jurídico-penalmente idéntico al de autos y perpetrado en iguales circunstancias de tiempo y lugar, se haya reconocido al acusado Vergara la atenuante especial del artículo 103 del Código Punitivo, en fallo que quedó ejecutoriado, después de haber desestimado esta Corte los recursos de casación interpuestos en su contra. Cualquier cuestionamiento a esa decisión judicial es en esta hora extemporáneo y carente de eficacia. **Vigésimosegundo:** Que, **teniendo como se ha recordado- la regla del artículo 103 del Código Penal el carácter de norma de Derecho Público, obligatoria para los jueces (a través de la expresión “deberá”), ajena a la prescripción, en sus efectos de Derecho Penal sustantivo,** que en tal condición ya fue aplicada en el proceso antes mencionado, que versó sobre igual delito que el de autos, en el que participó como autor el acusado Vergara, una exigencia básica de uniformidad y coherencia de sentencias recaídas sobre idéntica materia - incluyendo a víctimas del delito (personas absolutamente indefensas) y sujetos pasivos del enjuiciamiento requiere hacer lugar - como ya se dijo - a la atenuante especial contenida en el artículo 103 el Código Penal, **a fin de tratar de evitar, manteniendo el castigo penal legalmente ajustado, discrepancias cuantitativas de las sanciones que puedan aparecer como arbitrarias, esto es, desvinculadas de una realidad procesal existente e imposible de soslayar por el juzgador,** más allá de la opinión que pudiera

merecerle a este juzgador la decisión anterior (que no viene al caso). **Vigésimotercero: Que, atendido el hecho que el condenado Rojas ha sido condenado en calidad de cómplice del delito a la pena privativa de libertad de cinco años y un día, es procedente acoger a su respecto, de oficio, la circunstancia atenuante prevista en el artículo 103 del Código Penal, cuyos requisitos concurren plenamente, para mantener el necesario equilibrio entre las magnitudes de las penas correspondientes a los respectivos grados de participación delictiva y rebajar la sanción impuesta a dicho sentenciado, en un grado, quedando así en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo".** También observamos como en esta parte final del fallo, el profesor Künsemüller entiende de manera correcta la dogmática entorno a la autoría, y su justa y necesaria diferenciación de la complicidad, aun cuando ello se logre por medio de la aplicación de la minorante.

El voto disidente de este crucial fallo, son del **ministro M. Valderrama y el abogado integrante D. Munita**, quienes señalan: "1º- Que en cuanto a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, su reconocimiento al caso de autos debe ser desestimada, pues la media prescripción comparte la misma naturaleza jurídica que la prescripción total y, tratándose en la especie de un delito imprescriptible, no es posible iniciar el cómputo del plazo requerido por la prescripción gradual. 2.- Que, además, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo consigna de manera expresa, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie, lo cual, como se dijo, ha sido correctamente recogido por la sentencia impugnada".

Como un dato a mencionar, una semana posterior a su jubilación, y quizás motivado por las reacciones que había provocado su icónico fallo del año anterior, el ministro Carlos Künsemüller señaló: "**Los jueces no están participando en un concurso de popularidad (...) deben fallar de acuerdo al mérito del proceso**". Respecto al ataque a los jueces por sus fallos, dijo el profesor Künsemüller: "**Los jueces tendrían, antes de dictar el fallo, que ir a averiguar qué es lo que están pensando determinados sectores políticos, tienen poco más que ir a preguntarle cómo quieren que falle la causa. Y eso es, simplemente, la destrucción del Poder Judicial en un sistema democrático**" Posteriormente, cerró su entrevista y señaló: "**El principal defecto que tiene el Código de**

Procedimiento Penal es que el mismo juez sigue el juicio, investiga, acusa y cicya sentencia” (El Mercurio, 21/02/2021).

Continuando, en **SCS de 24/05/2021, Rol N°32.784-2018** (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, J. Dahm, L. Llanos y ab. Integ. P. Tavolari), el máximo tribunal señala en su C. 4: “(...), ***se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes*** (Entre otras, SCS Rol N°35.788-17, de 20 de marzo de 2018, Rol N°39.732-17, de 14 de mayo de 2018)”. Curiosamente, y amparada en una incorrecta opinión mayoritaria, la misma E. CS cita fallos anteriores en los cuales hay votos de minoría partidarios de la aplicación de la minorante, **muy bien justificados en derecho**, así, el abogado integrante Sr. J. Rodríguez, en **causa Rol N°35.788-17** y el ministro Sr. L. Cisternas, en **causa Rol N°39.732-17**.

El mismo criterio del fallo de 24/05/2021, se sigue en varias otras sentencias, por ejemplo, **SCS, Rol N°32.658-2018 de 14/06/2021** (2ª Sala, ministros H. Brito, J. Muñoz y J. Zepeda (sup.) y ab. Integ. D. Munita y C. Coppo). En esta sentencia, además de citar los fallos ya indicados en la sentencia de mayo, agrega otro, la **SCS, Rol N°2.458-18 de 27 de julio de 2019**, que paradójicamente, **contiene dos contundentes votos a favor de la aplicación de la minorante** del artículo 103 del CP, la del ministro Sr. H. Dolmetsch y la del abogado integrante Sr. R. Abuauad.

En la **sentencia de la E.CS de 02/07/2021 Rol N°31.866-2018** (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, L. Llanos, J. Muñoz (sup.) y ab. Integ. P. Tavolari), el máximo tribunal señala en su C. 12: “(...) ***debe considerarse, además, que en el libelo no se cuestiona fundadamente la aplicación del derecho internacional examinado en el considerando quinto por el fallo de primer grado y el considerando séptimo del tribunal de alzada, en el que se asila para descartar la aplicación de la media prescripción de la acción penal en el caso sub lite, como la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968***”. **En la práctica, lo que hace la E.CS es cargar al recurrente de casación con la obligación de probar los motivos para la aplicación de una norma penal imperativa de derecho público, cuya aplicabilidad es obligatoria para el juez, sin excepción.**

¿Acaso debe probarse que el juez sirve a la ley y no a sus propias convicciones?

En la **SCS de 23/08/2021, Rol N°33.547-2018** (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, L. Llanos, J. Muñoz (sup.) y ab. Integ. P. Tavolari), el máximo tribunal, **revocando** la sentencia de la I. Corte de Santiago (Rol N°608-2016, de 16/11/2018), repite su criterio anterior y **agrega un argumento nuevo para rechazar la aplicación de la minorante, relativo a la proporcionalidad de la pena,**

señalando: *“Este Tribunal, además, tiene en consideración que **la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues la gravedad de los hechos perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó**”*. Igual criterio que apela a la proporcionalidad, en **SCS, Rol N°12.342 de 20/10/2021** (C. 13° y 14°, 2ª Sala ministros J. Dahm, L. Llanos, M. Letelier, y ab. Integ. P. Tavolari y Coppo); **SCS, Rol N°223-2019 de 26/11/2021** (C. 17°, 2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, J. Dahm, M. Letelier y ab. Integ. P. Tavolari); **SCS, Rol N°17.518-2019 de 02/12/2021** (C. 6° y 7°, 2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, J. Dahm, M. Letelier y ab. Integ. P. Tavolari); **SCS, Rol N°149.250-2020 de 14/06/2022** (C. 26° y 27°, 2ª Sala min. L. Llanos, J. Dahm, M. Letelier y ab. Integ. L. Etcheberry y D. Munita); **SCS, Rol N°206-2020 de 15/11/2022** (2ª Sala min. H. Brito, J. Dahm, L. Llanos, M. Letelier y ab. Integ. P. Tavolari); **SCS, Rol N°30.508-2020 de 13/12/2022** (2ª Sala min. H. Brito, J. Dahm, L. Llanos, M. Valderrama y ab. Integ. G. Ruz); **SCS, Rol N°72.039-2020 de 31/01/2023** (2ª Sala min. H. Brito, Dahm, L. Llanos, M. Valderrama y ab. Integ. P. Tavolari); **SCS, Rol N°104.196-2020 de 06/03/2023** (2ª Sala min. H. Brito, M. Valderrama, M. Letelier, E. Quezada (sup.) y ab. Integ. P. Tavolari); **SCS, Rol N°43.975-2020 de 27/03/2023** (2ª Sala min. H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama y ab. Integ. E. Morales y G. Ruz).

Estos fallos omiten referirse a otro concepto básico en la dogmática penal, como es, *“la responsabilidad, que alude al concepto superior de “necesidad de pena” basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad”* (ROXIN, 2009). **Decidir hacer caso omiso a la misericordia objetiva derivada del tiempo transcurrido entre el hecho delictivo y el castigo, expresamente recogida en la norma imperativa del art. 103 del CP, sumado al rechazo de consideraciones de índole preventivo especiales, adolece del mismo vicio que la E. CS pretende remediar con sus errados fallos, la desproporcionalidad.**

En la **SCS de 16/11/2021, Rol N°7.671-2019** (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, H. González (sup.), R. Contreras (sup.) y ab. Integ. P. Tavolari), el máximo tribunal desecha las alegaciones del recurrente en cuanto a la aplicación de la Ley N°20.357-2009 (art. 44), y **somete los hechos a la aplicación íntegra del derecho internacional, por expresa disposición constitucional (art. 5° inc. 2° CPR).**

Igual criterio criterio de “sometimiento automático” al DPIH lo vemos en:

SCS, Rol N°10.622-2019 de 24/03/2022 (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, L. Llanos, R. Biel (sup.) y M. Vásquez (sup.); **SCS, Rol N°33.309-2019 de 24/06/2022** (2ª Sala, ministros H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos, y ab. Integ. D. Munita; **SCS Rol N°22.962 de 28/06/2022** (2ª Sala, ministros H. Brito, J. Dahm, L. Llanos, y ab. Integ. D. Munita y P. Tavolari; **SCS Rol N°18.762 de**

19/07/2022 (2ª Sala, ministros H. Brito, J. Dahm, M. Letelier, D. Simpertigue y ab. Integ. P. Tavolari), donde el Sr. Brito -confundiendo inexcusablemente la naturaleza jurídica de la minorante del art. 103 CP con aquella de atribuible a la prescripción- señaló: “(...) *si el transcurso del tiempo es ineficaz para extinguir la responsabilidad penal, tampoco puede atribuírsele esa capacidad cuando se trata de la llamada “media prescripción”.*

Cual David contra Goliat, surge un destello de esperanza al interior de la dogmática y jurisprudencia criolla, en el único voto disidente de la **SCS, Rol N°36.977-2019 de 18/04/2022** (2ª Sala, ministros, M. Valderrama, H. Brito, J. Dahm, M. Letelier y A. Prado), que, según la opinión de esta abogada y por la calidad de la argumentación entregada, es la más potente defensa a los DDHH de **las personas mayores de edad privadas de libertad que se ha hecho en un fallo chileno en esta materia de DDHH**, realizada por un ministro que lamentablemente no volvió a integrar la 2ª Sala Penal de la E.CS y que por su lucidez jurídica, prefiero reproducir íntegramente. Dice el **el ministro Arturo Prado Puga**: “1º) *Que como primera aproximación, cabe señalar que en el plano dogmático, la justificación de una respuesta atenuada de la reacción penal en forma previa a que se alcance la totalidad del plazo establecido legalmente para la prescripción completa del delito, pero habiendo transcurrido un largo tiempo desde la perpetración del ilícito, viene dado por el hecho de que **todo tipo de justificativo de la prescripción penal parece no producirse en un instante preciso, de un momento a otro, donde se pasa de una total necesidad de castigo a una total ausencia del mismo.** Por el contrario, en todo caso, el tiempo produce sus efectos en la necesidad de punición de forma paulatina, poco a poco, día a día a contar del hecho delictivo (Parra, F., “Los efectos de la media prescripción penal”, en Revista de Derecho, N° 246, 2019, p. 256). 2º) *Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, **lo cierto es que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes.** Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio **la morigerante -que también se explica gracias a la normativa internacional de los derechos humanos como luego se dirá- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser sancionados, pero resulta de su reconocimiento la imposición de una pena menor.** De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a**

que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues **el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.** 3°) Que, entonces, aun cuando la acción penal surgida de la comisión de los delitos tipificados como de lesa humanidad por los que se sanciona a los recurrentes sea imprescriptible, **no se divisa razón que obstaculice considerar el tiempo transcurrido desde el término de la consumación de dichos ilícitos -lo que indiscutiblemente ocurrió hace más de 45 años- como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que les afecta, pues al tratarse de una norma de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo y, además, por ser claramente favorable a los procesados.**

4°) Que la normativa internacional de los derechos humanos refuerza estas conclusiones. Como es bien sabido, por mandato **del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República**, los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la propia Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. La **Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores**, fue aprobada por el Congreso Nacional el 9 de marzo, promulgada el 1 de septiembre y publicada el 7 de octubre, todo del año 2017 -antes de la dictación de la sentencia recurrida, el año 2019- y, por tanto, dado el tenor del citado artículo 5, inciso 2°, **los tribunales nacionales tienen el deber de interpretar y aplicar las disposiciones legales del ámbito interno de modo coherente al respecto y promoción de los derechos que consagra la mencionada Convención la que según su Preámbulo, reafirma “el valor de la solidaridad y complementariedad de la cooperación internacional y regional para promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor.”** 5°) Que la examinada Convención persigue “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, **en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor**, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”, y conforme a lo dispuesto en su artículo 13, incisos 3° y 4°, se establece que: “**Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención. Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de**

libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.” 6°) Que en el estudio “Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera”, del Departamento de Estudio del Congreso Nacional, elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, de fecha 31 de mayo de 2017, se señala que “la privación de libertad debe estar siempre limitada por el respeto a la dignidad humana, que es el pilar fundamental de todo el sistema universal de derechos humanos”. Asimismo, Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, actualizadas en 2015, conocidas como “Reglas Nelson Mandela”, incluyen (N°11) la separación de los privados de libertad en categorías, entre las que se incluye la edad, en consonancia con lo que se recoge en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), “por el hecho de que el sistema penitenciario está diseñado para reclusos jóvenes”, **reglas que también se aplican a propósito de las personas mayores privadas de libertad, respecto de las personas enfermas y de los enfermos terminales que se encuentren en dicha condición. 7°) Que, en el caso en estudio, todos los recurrentes son **“personas mayores”** según la propia definición que entrega la mencionada Convención en su artículo 2, esto es, “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor” la que no puede ser discriminada (Artículos 2° y 3° letra d) o privársele de algún modo del “reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales.” (Artículo 1°)”. En concordancia con lo anterior, el inciso 2° del artículo 1 de la Ley N° 19.828 que Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, establece que “Para todos los efectos legales, llámese adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años”. 8°) Que, en resumen son muchos los ordenamientos que hoy apuntan a estos beneficios -incluyendo para los condenados por delitos de lesa humanidad con algunos ominosos delitos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial-, **a la liberación compasiva de personas mayores o de edad avanzada afectados por ancianidad o enfermedades graves, con la sustitución por penas alternativas, puesto que, a juicio del disidente no parece prudente, humanitario ni justo extremar la pena de los encartados -sin el beneficio que contempla el artículo 103 del Código Penal- atendida las razones expuestas, las modalidades con que se aplica en otros países y más que nada atento a la nula posibilidad de cumplir los fines resocializadores de la pena por el probable fallecimiento de los acusados.** 9°) Que, en efecto, atendida la avanzada edad de todos los acusados, la imposición de sanciones privativas de libertad tan extensas, como lo son las de veinte y diez años pronunciadas en esta causa, y ponderando igualmente el **exponencial avance del deterioro de salud que sufren las personas privadas de libertad en los centros de reclusión**, todo ello importa una alta posibilidad de que fallezcan durante el**

cumplimiento de sus penas -incluso algunos ya difuntos como se menciona en este mismo fallo- o sean liberados restando poco tiempo para ello, con lo cual **se les priva o restringe severamente del ejercicio de su derecho a reinsertarse en la sociedad luego de servida la pena y, por lo mismo, se vuelven estériles todos los mecanismos de rehabilitación que deben implementarse durante ese período de privación de libertad.** 10°) Que la aplicación de la minorante del artículo 103 del Código Penal y los singulares efectos mitigantes que dispone el precepto, interpretado y aplicado a la luz de la Convención en comento, permiten morigerar la elevada extensión de la sanción, **de manera de ajustarla a un lapso razonable y proporcional que permita a los acusados acceder a un cumplimiento en libertad mediante penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 o, de imponerse igualmente el cumplimiento efectivo, permitiría al menos optar en un período prudente a beneficios intrapenitenciarios.** 11°) Que con lo anterior se logra, por una parte, **reafirmar la vigencia de la norma penal transgredida con las conductas imputadas a los acusados, cumplir y ajustarse a los distintos fines que se esperan de la sanción penal y, asimismo, honrar el compromiso del Estado con la investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los Derechos Humanos, pero por otra parte, también respetar y promover los derechos de los encartados como personas mayores, consagrados en la Convención ya referida.** 12°) Que, así las cosas, la normativa internacional de los derechos humanos, interpretada en su conjunto, no prohíbe ni excluye la aplicación del artículo 103 del Código Penal aun tratándose de delitos que deben calificarse como violaciones a los derechos humanos, sino que constituye una herramienta mediante la cual el órgano jurisdiccional puede **dar un prudente y razonado cumplimiento a los deberes que esa misma normativa consagra, como arriba se ha explicado.** 13°) Que, en definitiva, en opinión de este Ministro disidente no se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni tampoco de ius cogens para la aplicación del mentado artículo 103 y, al resolver en sentido contrario, la sentencia impugnada ha cometido un error de derecho que debe ser enmendado mediante su invalidación y la dictación de un fallo de reemplazo que dé lugar a la media prescripción alegada y rebaje consecuentemente las cuantía de las penas dictaminadas”.

La brisa de buen juicio pronto recibió un vendaval, cuando un par de meses más tarde, la E.CS, en **sentencia de 14/06/2022** (Rol N°149.250, 2ª Sala, ministros J. Dahm, L. Llanos, M. Letelier y ab. Integ. D. Munita y L. Etcheberry), **revoca unánimamente** la **sentencia de la I. CA de San Miguel de 10/11/2020** (Rol N°3.221-2019), y **rechaza la media prescripción que había aplicado correcta y argumentadamente la I. Corte**, basada en el siguiente argumento contenido en el C. 17°: “Que en cuanto a la media prescripción alegada por la defensa de Arturo Guillermo Fernández Rodríguez y Jorge Eduardo Romero Campos, situación que es similar con relación a los demás acusados, **cabe tener presente que para**

determinar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, es imprescindible tener presente la naturaleza jurídica y objeto de la prescripción y de la prescripción gradual o media prescripción. La primera tiene por objeto extinguir la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, en tanto que la segunda su procedencia importa una rebaja en la cuantía de la pena. Y, según se ha sostenido por reiterada jurisprudencia respecto de la media prescripción en relación con los delitos calificados como de lesa humanidad, el señalado instituto penal constituye -de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103- un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación en términos imperativos ("deberá el tribunal"), que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos. Se agrega que los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos (a los de la prescripción), porque al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, **no puede asimilársela jurídicamente. Se ha señalado también que, como consecuencia del razonamiento precedente, **a la media prescripción no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de lesa humanidad**. (C.S. Rol N°2596-09, en la actualidad C.S. Rol 8065-2018). Cabe reiterar que dicha institución tiene como objetivo solamente atenuar el quantum de la condena, sin evitar la responsabilidad ni el castigo, por lo que **su consideración para ese efecto no desconoce los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad ni la normativa de los Tratados que la consagra. Por el contrario, honra la misma preeminencia de la condición humana que en ellos se sustentan, en favor – ahora- de los victimarios**. Por tanto, de conformidad con el artículo 103 del Código Penal, se hará lugar a la prescripción gradual de la pena y rebajando, consecuentemente, las condenas impuestas considerando el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, y aplicar las reglas de los artículos 67 y 68 del Código Penal”.**

En **sentencia E.CS, Rol N°36.435-2019 de 25/10/2022** (2ª Sala, ministros L. Llanos, M. Valderrama, H. Brito, H. González (sup.) y ab. Integ P. Tavolari), en su C. 34º la E. Corte dijo: “Que también bajo la primera causal se denuncia la inaplicación de la rebaja prevista en el artículo 103 del Código Penal, disconformidad que no será subsanada, al compartir esta Corte lo razonado por el fallo en examen, debiendo nada más agregar que esta Corte ya se ha inclinado por el entendimiento de la media prescripción como una “especie” de prescripción total —y no una mera regla especial de determinación de la pena—, desde que ambas

tienen igual fundamento, esto es, la necesidad de la pena disminuye con el tiempo hasta desaparecer. En otras palabras, ambas son una misma cosa, pero en estadios diversos. Lo anterior conlleva que a la media prescripción le sean aplicables, de modo consecuencial, todas las instituciones y prohibiciones que reglan la prescripción total y, en lo que aquí interesa, en aquellos delitos en que no puede haber prescripción total porque no disminuye la necesidad de pena con el transcurso del tiempo, como los de lesa humanidad de autos, tampoco puede operar la media prescripción”.

Extrañeza produce que la E.CS no duda en citar a Roxin y su teorización, por ejemplo, en torno a la autoría mediata por medio de aparatos de poder, extendiendo sus alcances cual elástico dogmático irrompible, sin embargo, tratándose de la **doctrina referente a la necesidad de pena**, simplemente omite referirse al catedrático alemán, siendo que él es la autoridad mundial en esta materia, seguida por el derecho internacional de los DDHH, quién no considera la existencia de delitos en los cuales la necesidad de pena sea eterna, salvo hipótesis de inocuidad propias del Derecho penal del enemigo (de su amigo y colega Günter Jakobs), al cual Roxin resta toda validez, y esto, porque su teoría de la pena (denominada teoría de la unión) se basa en criterios político-criminales basados en la función del derecho penal, donde conceptos de libertad y reinserción social son fundamentales, principios que también recoge expresamente la Convención Americana de DDHH.

En SCS, Rol N°72.036-2020 de 13/12/2022 (2ª Sala, ministros L. Llanos, M. Valderrama, H. Brito, J. Dahm y M. Gajardo), en su C. 4º y 5º, la E. Corte vuelve a señalar que: “(...) *las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes*”.

El voto disidente de la ministra Ma. Cristina Gajardo, expresa: “1) *Que, como lo ha sostenido anteriormente esta disidente en el pronunciamiento Rol N° 40.774-2017, de 7 de agosto de 2018, la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso. En cambio, la atenuante puede hallar su razón de ser en lo excesivo que resultaría una pena muy gravosa para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, resultando de su reconocimiento una eventual pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el*

lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. 2) *Que la prescripción gradual conforma una atenuante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y no conducen a la impunidad del hecho punible, y **por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.***

3) *Que no se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal y no a la atenuación de ella.* 4) *Que, finalmente, y en lo más medular de la institución de la prescripción gradual en causas como la sub lite, **no es posible considerar que sólo una clase de personas no tiene derecho a que se le considere esta atenuante, ya que todas las personas objeto de persecución penal, tienen derecho a este beneficio. De considerarse así se estaría afectando la garantía constitucional de igualdad ante la ley y ello no puede ser así, porque dichas garantías benefician a todos los habitantes de la República***”.

En **Sentencia E.CS, Rol N°24.292-2020 de 24/01/2023** (2ª Sala, ministros L. Llanos, M. Valderrama, H. Brito, J. Dahm y M. Gajardo), en su C. 30° y 31°, vuelven a apelar a la proporcionalidad de la pena para efectos de rechazar la prescripción gradual.

La ministra Ma. Cristina Gajardo, repite el criterio jurídico esgrimido en SCS, Rol N°72.036-2020 de 13/12/2022 y que apela a **consideraciones procesales** (minorante calificada), **político-criminales** (necesidad de pena proporcionada al tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos) y **sustantivas** (derecho de igualdad ante la ley) para aplicarla.

En **SCS, Rol N°72.024-2020 de 28/03/2023** (2ª Sala, ministros L. Llanos, M. Valderrama, H. Brito, J. Dahm y D. Munita), en su C. 21° y 22°, vuelven a apelar a la proporcionalidad de la pena para efectos de rechazar la prescripción gradual.

Este fallo **revoca** la **SCA de Santiago (Rol N°56-2017 de 14/04/2020)** que en su **C. 13° dijo**: *“Que, sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la solicitud subsidiaria de los encausados en orden a aplicar el artículo 103 del Código Penal, corresponde dar cabida a la regla que contempla este precepto y declarar la prescripción gradual de la pena, pues dicha institución tiene como objetivo solamente atenuar el quantum de la condena sin evitar la responsabilidad ni el castigo, por lo que su consideración para ese efecto no desconoce los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad ni la normativa de los Tratados que la consagra; por el contrario, **honra la misma preeminencia de la condición humana en que ellos se sustentan, en favor -ahora- de los victimarios.** En definitiva, la media prescripción conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo. Por consiguiente, configurándose los supuestos que*

contempla la norma, se rebajará la pena en un grado a la señalada en abstracto por la ley al delito”.

La situación actual es francamente preocupante, como lo demuestra lo sucedido en relación al caso “Vega González y Otros vs. Chile”. En febrero pasado, la agente de Chile ante la CIDH, doña Catalina Fernández, **reconoció la “responsabilidad internacional” del Estado chileno por la aplicación de la media prescripción en causas de DDHH**, que vulneró los artículos 8 y 25 del Pacto San José de Costa Rica y que, por ende, *“le corresponde a la Corte determinar el alcance de esta responsabilidad”*. Fernández reconoció que *“persisten deudas por parte del Estado de Chile con las víctimas de la dictadura”* y que la aplicación de la media prescripción *“supuso una vulneración”* a varios derechos de las víctimas, pues no debía aplicarse a delitos de lesa humanidad. Más allá del hecho que esta gestión de la Sra. Fernández parece más que “defensa”, una abierta “acusación” y, que este tema ni siquiera debiera estar discutiéndose ya que los delitos de lesa humanidad no existían como tales en nuestra legislación sino hasta el año 2009, y por ende, no podría encausarse por hechos acaecidos casi medio siglo atrás bajo esa figura, por estar prescrita la acción penal, sucede que ahora tampoco se podría alegar la media prescripción, pero no sólo para futuro, sino también, respecto de 14 fallos dictados por la E.CS entre los años 2007 y 2010 y que casaron sentencias para aplicar el art. 103 del CP, los que a sugerencia de la Comisión Interamericana de DDHH (junio 2021) y por orden de la Corte Interamericana de DDHH, **quedarían sin efecto**, aun cuando la misma Convención Americana no le dé atribuciones para ello. Lo anterior no sólo vulneraría las normas sobre irretroactividad de la ley penal, sino, además, viola el principio de cosa juzgada.

En relación a este caso, la vocera de la E.CS, la ministra Ángela Vivanco, señaló *“en el derecho hay visiones distintas –e incluso hay votaciones diferentes entre sí– respecto de este tema de la aplicación de la media prescripción y esa interpretación del derecho puede variar en el tiempo, pero no es un tema que pueda estarse revisando retroactivamente respecto de cómo el derecho se miró o como se esperaba que se mirara. Eso es más o menos lo que hemos comentado (en la Corte Suprema) sobre este tema particular”*. Agregó esta ministra, *“No hemos hecho más comentarios (al interior de la Corte Suprema), porque creemos que esa es una gran base de la independencia del Poder Judicial, esto de que se respeten las interpretaciones que ha habido, sin perjuicio de que esto siempre es evolutivo y, en consecuencia, pueden venir otras formas de ver el derecho”* (EL MERCURIO, 22/02/2023).

Sin duda que las palabras de la ministra Vivanco no tranquilizan para nada, ya que, si bien parece descartar la irretroactividad y la revisión de la cosa juzgada, claramente **consagra el absoluto irrespeto a las “REGLAS”**, y con ello, a la CERTEZA JURÍDICA que ellas entregan, según ya se mencionó. La labor de un tribunal de casación es hacer jurisprudencia uniforme y no estar cambiando

constantemente de criterio de acuerdo a los tiempos, o como dice la ministra, que “*pueden venir otras formas de ver el derecho*”. Así como al Poder Judicial no le gusta que se metan con él, tampoco debiera hacerlo él con el Poder Legislativo, ya que la jurisprudencia no puede derogar una norma penal (art. 103 del CP), sino que será tarea del legislador decidir hacerlo o no. Mientras ello no ocurra, la norma está vigente y obliga imperativamente al juez y su contravención, acarrea las responsabilidades penales y civiles correspondientes.

Resulta paradójico que la ministra Vivanco apele a la “independencia del poder judicial” para defender las interpretaciones de la E. CS pero que por otro lado, deje abierta la puerta para una jurisprudencia zigzagueante en una materia donde debe regir el principio de legalidad establecido por el legislador, ya que el artículo 103 del CP dice “*deberá el tribunal*”, por lo que se trata de un precepto legal de carácter imperativo y no facultativo o discrecional, razón por la que debe ser aplicado en todos los casos, sin excepción, debiendo respetar el adjudicador la *ratio legis* plasmada en la norma, esto es, una excusa legal absolutoria por el tiempo transcurrido sin haber completado el plazo de la prescripción, cuya fundamentación se encuentra en la inutilidad de la aplicación de la sanción y en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, incidiendo en consecuencia en un castigo menor. Así lo ha dicho la doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, en relación a esta minorante calificada, cabe señalar otras prácticas judiciales que hablan de una litigación “estratégica” en materia de DDHH, pero que, en la práctica, se transforma en el abuso del derecho a solicitar la recusación, es la que hacen diversas entidades de DDHH, y respecto de ciertos abogados integrantes partidarios, por ejemplo, de otorgar la prescripción gradual, como el Sr. Ricardo Abuaud o la ahora ministro, Ma. Cristina Gajardo, asegurándose así –según la conformación de la 2ª Sala– de la mayoría necesaria para desestimar su aplicación. Nombres de abogados integrantes como Diego Munita, Pia Tavolari y Carolina Coppo se repiten en diversos fallos que rechazan la aplicación de la minorante del art. 103 del CP.

Ni que hablar de la integración de la 2ª Sala de la E. CS, monopolizada por “DÁrtacán y los tres mosqueteros” (H. Brito y J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos). Es más, esta distribución comienza a dominar a partir de la salida de L. Cisternas, H. Dolmestch y C. Künsemüller.

3.- Efectos en la autoría (art. 15 CP):

La incorporación de la figura de lesa humanidad trajo como consecuencia la adopción de diversas figuras dogmáticas entorno a la autoría, como la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o la incorrecta aplicación de la teoría roxiniana de la coautoría, a través de la figura del dominio funcional del hecho. En un caso, se trataba de incriminar a sujetos por hechos realizados por otros, bajo sus órdenes, algo que llevó a encarcelar militares o civiles por el sólo hecho de

detentar ciertos cargos o posiciones dentro de la estructura militar de la época o a civiles relacionados con ellos, pero sin siquiera formar parte de dichas estructuras de poder, bastando esa sola circunstancia para que los jueces dictaminaran **“que no podía sino saber lo que estaba ocurriendo”**, con lo cual se amplió desmedidamente el ámbito de la autoría.

En el otro, la criminalidad se lleva a cabo en una división del trabajo, al amparo de un plan común de ejecución conjunta del hecho, que para los casos analizados, no se percibe una “contribución esencial prestada en fase ejecutiva” respecto de determinadas personas, a las cuales difícilmente podría imputárseles un codominio sobre la ejecución del delito, conclusión que no fluye sólo de la opinión de esta abogada, sino que del propio análisis de los jueces del fondo (juez instructor e I. Corte), cuyo criterio fue revertido en fase casación, en base a una supuesta aplicación roxiniana del dominio funcional, pero cuyo despliegue argumental parece evocar más la tesis jakobsiana que la de Roxin, para estos casos de criminalidad conjunta. Günter Jakobs -sabemos- resta valor normativo a los aportes realizados en fase ejecutiva como elemento diferenciador entre la coautoría y la complicidad, atribuyéndoles el carácter de ser un “mero dato fenomenológico”, siendo finalmente el colectivo quién “domina” la ejecución total del hecho.

Es así como el aporte realizado por un médico, que auscultó durante 15 minutos a una persona que era torturada y que falleció cuatro días después de esta única intervención, fue equiparada al actuar criminal que durante días tuvo el colectivo integrado por los cuatro agentes de la CNI que finalmente fueron condenados como coautores del delito de homicidio calificado. La E.CS no tuvo problemas en anular la sentencia unánime de la I. Corte de Santiago que había confirmado el fallo de primera del Ministro Mario Carroza, en cuanto a condenar en calidad de cómplice al Sr. Manfredo Jürgensen a la pena de tres años y un día, con beneficio de libertad vigilada intensiva. En su lugar, la E.CS condenó al Sr. Jürgensen a la pena efectiva de ocho años como coautor del delito de homicidio. Lo grave de este caso, defendido actualmente por el abogado Fernando Uribe- Etxeverría y esta abogada, es que la E.CS acoge los recursos de casación en el fondo interpuestos por la AFEP y el Ministerio de Interior por infracción en la calificación jurídica de la responsabilidad y, a las leyes reguladoras de la prueba presuncional (arts. 546 N°s. 1 y 7 en relación al art. 488 del CdePP), pese a que ellos no logran probar la causal de infracción de ley, limitándose a “prejuiciar” hechos, criticar los fundamentos de los jueces del fondo y realizar juicios morales al actuar del médico. Los ministros supremos, en vez de respetar el juicio soberano del juez de grado, confirmado unánimemente por el análisis de fondo del tribunal colegido de alzada, casi como percatándose de esta precaria argumentación de los recursos, construyen una caricatura del Sr. Jürgensen que permita atribuir a dicho exiguo “aporte” del cuarto de hora la “esencialidad” necesaria para la ejecución colectiva del hecho, atribuyéndole en este patético relato, las características de un “Josef Mengele

criollo”. ¿Podemos afirmar seriamente que el médico tenía codominio del hecho? (Ver. **SCS. Rol N°26.816-2019, de 04/01/2023**, 2ª Sala, ministros H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos y Ma. Teresa Letelier, que anula S. CA de Santiago Rol N°351-2016 de 13/08/2019, confirma fallo Rol N°77-2010 de 15/02/2016 del ministro M. Carroza).

El artículo 15 N°3 del CP ha pasado a ser un verdadero “bolsillo de payaso”, para incluir ahí todas aquellas conductas de participación múltiple cuya específica determinación requieren de un trabajo intelectual que al parecer nuestros jueces no están dispuestos a realizar. Así, la complicidad en materia de DDHH se transforma “automáticamente” en autoría, ya sea motivada por la apreciación personal de los ministros respecto a una idea de justicia material o simplemente por razones de política criminal.

En esta materia (como en varias), la jurisprudencia de la E.CS no va a la par de la doctrina más moderna en materia de participación, como son las discusiones en torno a la complicidad y el dominio funcional del hecho o la complicidad por omisión, por nombrar sólo algunas, que, en muchos casos de los analizados, podría haber significado la recalificación participativa desde autor a cómplice, dando la oportunidad al enjuiciado de optar a los beneficios de la Ley N°18.216. Quizás ahí está el problema, ya que no parece viable políticamente que encausados por DDHH cumplan en libertad. Si bien ello no debiera afectar el actuar de una justicia ciega, si lo hace en una “justicia tuerta”.

Así las cosas, parece más fácil (y conveniente) frente a hipótesis de participación múltiple, aplicar sin más el artículo 15 N°3 del CP, en vez de tratar de desentrañar las hipótesis que serían subsumibles en la norma del artículo 16 del CP, por ejemplo y, que obviamente, requieren de un tiempo y trabajo intelectual mucho mayor. Esto resulta lamentable, ya que, en palabras de Dworkin, “no se toman en serio los derechos” de los juzgados por causas de DDHH, y el costo de condenar como autoría, un actuar de cómplice, es igual a cero, en todos los niveles, básicamente, porque todo lo que circunda esta materia se subsume en el concepto universal de “lesa humanidad”, que cual “aspiradora”, priva a los encartados por estas causas de su derecho a contar con una jurisprudencia de calidad, imparcial, que haga viable el ejercicio de su derecho básico a defensa. Esto incluso desmotiva a los propios abogados defensores, quienes saben, que enfrentados a una determinada composición de la 2ª Sala de la E.CS, no hay argumento jurídico válido alguno para romper con la inercia intelectual de ciertos ministros. Ello finalmente termina mediocritizando el Derecho criollo y privando a la sociedad de las “reglas” que la certeza jurídica exige.

Es más, la ampliación desmedida del ámbito de la autoría rememora viejas teorías de la causalidad -inoperantes hoy- en donde es causa del resultado toda condición que lo hubiere determinado, deviniendo autores los que fueran de cualquier contribución, idea que subyace al concepto unitario de autor, con la inevitable

consecuencia de que se hace imposible diferenciar entre autores y cómplices, algo incompatible con la garantía constitucional de igualdad ante la justicia (art. 19 N°3 CPR) y que vulnera principios básicos del Derecho penal como la legalidad, la tipicidad y el principio pro reo.

Esta forma de abordar el fenómeno jurídico está muy influenciada por nuestro propio Código Penal y la interpretación -correcta o no- que de las normas de los artículos 15, 16 y 17 puedan realizar los jueces, deviniendo, como en el caso narrado *supra*, en atribuciones de autoría por estar presente en su comisión en cualquier fase y con cualquier clase de contribución, siendo indiferente la aportación objetiva o subjetiva, rompiendo, finalmente, con el principio básico del Derecho penal de la culpabilidad, llegando a extremos de que -cual Derecho civil- puedan existir casos de “responsabilidad penal por el hecho ajeno”.

Si, por ejemplo, decidimos condenar como autor al soldado que estaba de guardia en un recinto donde se torturó a un sujeto o al militar destinado a las labores de aseo y que se le encargó limpiar el charco de sangre o al carabinero de guardia que sólo vio por instantes al sujeto que posteriormente desapareció, no estamos haciendo justicia sino irrogando males a ciudadanos inocentes, al amparo de un Estado indolente.

El propio Claus Roxin visualiza como un defecto actual de nuestra jurisprudencia, señalando que: “(...) la **“arbitrariedad”** con que se ha manejado la **“teoría jurídico-penal de la participación”**, por ejemplo, en **“la delimitación entre la autoría y la participación, sin una orientación en las categorías sistemáticas (...) donde cualquier clase de “causalidad” se ha considerado como objetivamente suficiente para fundamentar la autoría y aplicar la pena del tipo, si (los actos) iban acompañados de una voluntad lo suficientemente perversa; no se puede desconocer aquí la tendencia a un Derecho penal del ánimo que se pone de relieve con un mero análisis de la jurisprudencia”**. Así, Roxin hace una severa crítica a la praxis judicial en cuanto a la determinación de **“la voluntad de autor”** utilizado como **“aparente criterio de distinción, pero que como realidad psíquica no existe”** y que apoya **“la valoración de quién merece la pena del autor y quién la más atenuada del cómplice”**. Finalmente, el insigne maestro alemán advierte sobre las consecuencias de una praxis judicial de este tipo: **“las sentencias se contradicen groseramente y la vieja frase, pronunciada hace sesenta años, de que la teoría de la participación es “el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal” se ha convertido en una frase histórica”** (ROXIN, 2006).

Existen variados fallos unánimes y de mayoría que son palmarios al respecto. Sin embargo, como la excepción confirma la regla, quiero mencionar a modo de ejemplo, el voto disidente del ministro Sr. Haroldo Brito, en **SCS, Rol N°269-2021 de 01/03/2023** (2ª Sala, ministros H. Brito, M. Valderrama, L. Llanos, M. Letelier y ab. Integ R. Abuauad), que de manera correcta confirmó la SCA San Miguel de 27/11/2020 (Rol N°1.855-2020) y la de la ministra de fuero Marianela Cifuentes (Rol

N°207-2011) y, que absolvieron al Sr. Raúl Iturriaga Neumann de los delitos de secuestro y aplicación de tormentos **por no existir prueba alguna que lo incriminare**. No obstante, el mérito del proceso, el Sr. H. Brito, haciendo gala de su ideología, en su voto de disidencia **estuvo por aplicar una autoría mediata a través de un aparato organizado de poder**. Su argumentación comienza y termina ahí. Nada más. Citar la figura dogmática de raíz alemana roxiniana y punto.

No cabe duda que pretender justificar una decisión en base a la cita de una determinada doctrina, sin desarrollar como esta se materializaría en los hechos de la causa que se está decidiendo, es de un simplismo y mediocridad abismante, incompatible con un ministro de la E. Corte Suprema.

Pero, a su vez, es un llamado de alerta para la comunidad jurídica y la forma en que se está estudiando el Derecho, principalmente, aquel Derecho penal de raigambre alemana, cuya interpretación doctrinal y jurisprudencial de las últimas décadas se ha visto muy influenciada por la doctrina y jurisprudencia internacional de los DDHH. No existe en el Derecho penal liberal nada semejante a una “responsabilidad penal por el mando” o porque “no podía menos que saber lo que sucedía”, sino que su conducta, como autor, debe ser una de aquellas que señala el artículo 15 del CP. No es posible condenar a alguien por el sólo hecho de tener una determinada graduación en una institución jerárquica de las FFAA.

En esta materia nuevamente veremos que la 2ª Sala integrada por ministros como H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos, apoyados por las suplencias de los ministros J. Zepeda, Ma. Teresa Letelier (hoy ministra) o R. Biel y abogados integrantes D. Munita, C. Coppo o P. Tavolari, dominan el escenario jurisprudencial a favor de la aplicación de la autoría mediata y la responsabilidad “por el cargo” o “por el mando” y en donde las testimoniales de oídas predominan como prueba de cargo. De igual modo, la figura del “dominio funcional del hecho” se ha prostituido, haciéndose en casos irreconocible, mezclándose con otras tesis de las cuales se ha parido un concepto “híbrido”, funcional a una justicia ad hoc en materia de DDHH.

4.- Efectos en las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal:

4.1.- La “inflación” de las circunstancias agravantes:

Un ejemplo entre varios existentes (art. 12 N°8 CP):

En la **SCS de 20/10/2021, Rol N°28.552-2018** (2ª Sala, ministros H. Brito, L. Llanos, J. Zepeda (sup.) y abogadas integ. P. Tavolari y C. Coppo), que revoca la SCA de Temuco (Rol N°320-2018, de 26/09/2018), y desestima completamente el informe de la Fiscal Judicial Ma. Tatiana Román Beltramin, derechamente la E.CS falla contra derecho y acoge la aplicación de esta agravante, desestimando el hecho que la I. Corte de Temuco rechaza su aplicación porque el “prevalerse del carácter público” es una característica que se encuentra inmersa y es de la naturaleza del delito de “lesa humanidad” cuya aplicación transgrede el principio del *non bis in ídem* del art. 63 del Código Penal y que de acuerdo a lo que establece la doctrina (Novoa Monreal) **no se encuentran acreditados los elementos fácticos de la agravante**.

También desestima lo señalado por la Sra. Fiscal Judicial, que también desestima la aplicación de la agravante porque no se encuentran acreditados los elementos fácticos que exige la Ley para la configuración de dicha circunstancia.

En resumen, la sola condición de haber sido militar o de haber servido en una comisaría, unidad militar o cualquier institución ligada a las FFAA o de haber estado relacionados con las FFAA, aun cuando, desde el mundo privado, por tratarse de empleos o funciones de carácter público, les juega en contra respecto de las agravantes (y también las atenuantes).

4.2.- La negativa a la aplicación de diversas **circunstancias atenuantes** contempladas en el artículo 11 del Código Penal y en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar (CJM), respecto de los militares condenados.

La jurisprudencia de alzada, respecto de determinadas atenuantes, como la del N°6 del art. 11 del CP, ha sido dominada por un “subjetivismo”, que exige “algo más” que la sola ausencia de antecedentes penales previos a la comisión del ilícito, tesis, que en materia de DDHH, resulta muy cómoda de sostener, por las circunstancias que rodean el delito y las características de los partícipes en el mismo (los ejemplos son variados). Diversos fallos rechazan la irreprochable conducta anterior pese a la ausencia de anotaciones prontuariales anteriores al hecho ilícito o simplemente no la otorgan como muy calificada, con lo cual sus efectos son casi nulos.

En relación a la minorante del art. 11 N°9, deniegan la existencia de colaboración sustancial -sin justificación jurídica alguna- diversas sentencias, exigen una confesión o delación, en total contravención al principio de *ius cogens* de *nemo tenetur*.

La E.CS exige al condenado un servilismo, al servicio del proceso inquisitivo, donde “guardar silencio”, un derecho que consagra nuestra ley procesal actual, le juega totalmente en contra al procesado o condenado.

En este punto, existe un “efecto penitenciario” que vale la pena destacar, ya que el artículo 3° bis del DL N°321 exige como uno de los requisitos para optar a la libertad condicional, el habersele concedido en la sentencia alguna de las atenuantes de los N°s. 8 y 9 del CP o un certificado que reconozca esta colaboración emitido por el tribunal competente.

Está claro que el primer requisito se prueba con el fallo mismo, pero el segundo, es casi una prueba imposible, dada la extrema burocratización del sistema y el hecho que “todo pase por Gendarmería”. Para un preso octogenario y enfermo, esta desigualdad en los lapsos de tiempo entre una y otra forma de cumplir el requisito, puede significar la diferencia entre la vida en libertad o la muerte en prisión.

El comportamiento de la E.CS es totalmente arbitrario, ya que cuando los fallos de instancia se pronuncian en contra de acoger las atenuantes o a favor de las agravantes, no existe fallo en la E.CS que cambie esa postura, “por ser una facultad privativa de los jueces del fondo”. En cambio, cuando las sentencias de grado inferior deciden acoger estas atenuantes o desechar las agravantes, la E.CS no

duda en calificar esa conducta como un “error de derecho”, acogiendo así los recursos de casación interpuestos por las agrupaciones de DDHH, desechando las atenuantes y y acogiendo las agravantes, aumentando así las penas de los condenados, muchos de los cuales pasan de estar en un estado de libertad vigilada a lisa y llanamente, el cumplimiento efectivo de la pena.

4.3.- A esto se suma las consecuencias negativas que para el militar condenado conlleva las situaciones descritas en los N°s. 3.1 y 3.2 anteriores, en cuanto a la aplicación de las reglas de determinación de la pena que establece el Código Penal (particularmente los arts. 65, 68 bis y 69).

El estudio observa que una vez más se repite la lógica, en cuanto a que la 2ª Sala integrada por ministros como H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos, con comodines suplentes como M. Letelier, J. Zepeda, R. Biel, etc. y abogados integrantes D. Munita, C. Coppo o P. Tavolari, dominan el escenario jurisprudencial a favor de la inflación de agravantes y de la deflación de atenuantes.

5.- Los efectos en los beneficios penitenciarios:

En materia de libertad condicional, tenemos la aplicación hasta el 18 de enero de 2019 (fecha de publicación de la Ley N°21.124) del Estatuto de Roma (art. 110) contra texto expreso del DL N°321 de 12 de marzo de 1925, restringiendo los requisitos para acceder a la libertad condicional a llevar cumplido 2/3 de la pena. Ello vulnera no sólo el principio de legalidad de la pena (art. 19 N°3 CPR) sino también, el artículo 9° del Pacto de San José de Costa Rica, entre otros tratados. Existen casos en donde el cumplimiento por el condenado de los requisitos objetivos del DL N°321, además de haberse ganado meses de reducción de condena por buena conducta, debiendo considerarse esto como un antecedente muy calificado, de acuerdo al art. 5° Ley N°19.856 (derogado por la Ley N°21.124/2019), no fueron suficientes para la I. Corte de Santiago, que se dejó llevar por el informe psicosocial negativo atribuyéndole la calidad de requisito adicional para la libertad, pese a no estar contemplado este en la ley, y decidió rechazar los recursos de amparo, lo que finalmente fue corregido en sede de la E.CS, decisión que le valió a los ministros una acusación constitucional, según mencionamos en un apartado de este informe, por lo que no volveremos a ahondar en esa materia.

Así, las **SCS, Rol N°16.817-2018 de 30/07/2018**, 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, M. Valderrama, C. Künsemüller y ab. Integ. R. Abuauad y A. Barra). Esta sentencia revoca aquella de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.589-2018, de 17/07/2018), que unánimemente rechazó la acción de amparo. Integró el tribunal de alzada en calidad de abogada integrante doña **Pia Tavolari**. Llama la atención en este fallo de la E.CS, la prevención del ministro Sr. Künsemüller, quien concurre a la decisión de revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acoger el recurso, teniendo solamente en cuenta que el amparado cumple los requisitos objetivos exigidos por el DL N°321, **“únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y la circunstancia de que no se divisan qué mayores fines de rehabilitación podrán**

obtenerse con una prolongación de la privación de libertad". Repite esta prevención el Sr. Künsemüller en otros cuatro "fallos emblemáticos" de ese día, por la misma 2ª Sala y la misma constitución de ministros y abogados integrantes: la **SCS, Rol N°16.819-2018 de 30/07/2018**; la **SCS, Rol N°16.820-2018 de 30/07/2018**; En este último fallo, destaca también el **voto en contra del ministro Sr. Valderrama**, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada; se basó en la declaración del apoderado del amparado en su alegato ante la E.CS, quién señaló que éste se hallaba sometido a proceso en otra investigación actualmente en curso, situación procesal incompatible, en su parecer, con la obtención de la libertad condicional. El ministro agrega un requisito adicional a los establecidos en la ley, esto es, no estar siendo investigado o sometido a proceso en otra investigación, vulnerando el principio de legalidad y de paso, el principio de presunción de inocencia, tratando como "condenado" a un sujeto que está "procesado".

Los otros dos fallos que completan la lista son la **SCS, Rol N°16.821-2018 de 30/07/2018** y, la **SCS, Rol N°16.822-2018 de 30/07/2018**. Vale destacar en esta última sentencia, el hecho que revoca el fallo (de mayoría) de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.568-2018, de 17/07/2018), que había declarado sin lugar el recurso de amparo, en donde uno de los votos de mayoría es el del ministro **Sr. Leopoldo Llanos**, quién para fundamentar su voto, agrega la siguiente prevención: *"que en el caso que nos ocupa, el amparado cumple una condena por un delito de lesa humanidad, lo que de acuerdo al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, en su artículo 110 párrafo cuarto, establece requisitos adicionales para otorgar el aludido beneficio, lo que en este caso no se cumple; y teniendo además presente que dicha convención internacional sobre derechos humanos se encuentra ratificada y vigente, por lo que forma parte del bloque de constitucionalidad con arreglo al artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental"*. Así, el Sr. Llanos aplica un control de convencionalidad arbitrario y sesgado, derogando el Derecho penal interno vigente. El voto en contra fue del ministro señor Juan Poblete, quien estuvo por acoger el recurso de amparo *"por cuanto en la especie se reúnen todos los requisitos objetivos establecidos en el artículo 2 del DL 321 sobre libertad condicional en í ° concordancia con el artículo 4 de su Reglamento. Por lo tanto, se dan todas las condiciones para conceder el derecho impetrado mediante el presente recurso"*. El Sr. Llanos repite este argumento en el fallo de mayoría de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.574-2018, de 20/07/2018), justificando su disidencia en iguales términos. Como sabemos, esta sentencia fue confirmada por la E.CS (Rol N°16.961-2018).

En una decisión incomprensible, la E.CS confirma la sentencia (de mayoría) de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.600-2018), que acogió la acción de amparo interpuesta por don Emilio De La Mahotiere, quién cumplía con todos los requisitos para acceder al beneficio de libertad condicional y pese a ello, la I. Corte sólo se limitó a ordenar a la Comisión de Libertad Condicional **"que evalúe nuevamente la postulación**

del amparado, realice el cotejo que exigen los artículos 2 del DL N°321 y 4 del Decreto N°2.442 y dicte inmediatamente después un pronunciamiento que sea colofón de aquel” (SCS, Rol N°16.958-2018 de 31/07/2018, 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, M. Valderrama, J. Dahm y ab. Integ. R. Abuauad y M. Gajardo). Destacan en esta sentencia las disidencias del ministro H. Dolmestch y del abogado integrante R. Abuauad, quienes estuvieron por modificar la sentencia apelada sólo en cuanto ordena una nueva revisión de la Comisión de Libertad Condicional y disponer, en cambio, el inmediato cumplimiento de la decisión que le concede el beneficio de su libertad. Para ello tienen en consideración que, a su juicio, el amparado cumple todos los requisitos del DL N°321 y por lo anterior este es el mejor y más eficaz modo de hacer efectivo el derecho que se le tiene concedido.

El que la E.CS en vez de liberar a una persona octogenaria y enferma de cáncer, como el Sr. Emilio De La Mahotiere, haya decidido “mandar a estudiar Derecho a la Comisión de Libertad Condicional”, un órgano profesional en la materia jurídica, compuesto por un ministro de la I. Corte y por cuatro jueces de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal, nos parece una aberración y una violación a los DDHH de un adulto mayor de la cuarta edad, gravemente enfermo, que no tiene tiempo para estas “burocratizaciones” derivadas de la negligencia en la aplicación del Derecho por parte de órganos del Estado. No tener esto en consideración refleja una actitud incomprensiva, poco empática e injusta de la E.CS, una decisión vacía de misericordia e irrespetuosa de la dignidad del ser humano.

En otra sentencia de la E.CS, pronunciándose igualmente sobre una acción de amparo (**SCS, Rol N°16.961-2018 de 31/07/2018**, 2ª Sala, ministros H. Dolmestch, M. Valderrama, J. Dahm y ab. Integ. R. Abuauad y M. Gajardo), el máximo tribunal confirmó el fallo de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.574-2018) que había acogido, por mayoría, la acción de amparo. Dos cosas llaman la atención en este caso: el voto en contra del entonces ministro de la I. Corte don **Leopoldo Llanos**, quién estuvo por rechazar el recurso en base al argumento ya reproducido y contenido en SCA de Santiago (Rol N°1.568-2018, de 17/07/2018), que fue revocado por sentencia de la E.CS (**Rol N°16.822-2018 de 30/07/2018**) y, en segundo lugar, el voto disidente del fallo de la E.CS del ministro J. Dahm y de la abogada integrante M. Gajardo, quienes, aplicando el Estatuto de Roma, estuvieron por denegar el beneficio de libertad provisional por no haber cumplido el condenado los dos tercios de la pena, pese a que la ley N°21.124/2019, que modificó el DL N°321 en ese específico aspecto, no era norma vigente. Apreciamos otro control de constitucionalidad arbitrario y sesgado.

Es más, podemos señalar que otro de los “coletazos” que trajo la acusación constitucional impetrada en agosto de 2018 por la Cámara de Diputados fue “apurar” la tramitación del proyecto de ley (hoy Ley N°21.124), que lo que hizo fue limitar aún más el acceso de beneficios a las personas condenadas por causas de DDHH.

En un caso, entre varios, nuestra E.CS (2ª Sala, ministros H. Brito, J. Dahm, M.

Valderrama, M. Letelier y Muñoz (sup.), en **causa Rol de amparo N°152.175-2022**, no tuvo problemas en fallar contra el DL N°321 y revocar la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel y dejar libre a una terrorista prófuga por varios años. En su argumentación, la E.CS ahora decide evocar implícitamente el principio de legalidad, sin embargo, lo hace de manera mañosa con el objeto de acceder a la petición de la amparada, aun cuando el Informe de la Comisión de Libertad Condicional –refrendado por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel– desaconsejaba hacerlo por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 2 N°3 del DL N°321.

Igual criterio en favor de personas que coquetean con el terrorismo (contexto de violencia en la Araucanía) tuvo la misma E.CS (2ª Sala, ministros Dahm, Valderrama, Llanos, Letelier y ab. Integ. Tavolari) en fallo de 24 de junio de 2022 (**Rol N°1.379-2022**), que anuló la sentencia del TOP de Cañete, rebajando la pena de los condenados por delitos de homicidios contra dos personas de veinte años a quince, con lo cual se hace un baipaseo el DL N°321.

Otra abierta contumacia de la 2ª Sala de la E.CS en materia de reinserción social de los militares condenados, fallando contra texto expreso de la Ley N°19.856 de 04 de febrero de 2003 que establece requisitos “objetivos” para optar a una reducción de condena (ej. **SCS, Rol N°160.806-2022 de 30/12/2022**, 2ª Sala, ministros Brito, Dahm, Llanos y ab. Integ. Munita y Abuauad).

Un botón de muestra, en **SCS, Rol N°95.109-2020 de 31/01/2023** (2ª Sala, ministros Brito, Valderrama, Dahm y ab. Integ. Morales y Ruz), el ministro H. Brito es disidente, en cuanto a negarse a la pena sustitutiva y conceder el beneficio de libertad vigilada intensiva, y esto, por tratarse de un delito de lesa humanidad y pese, al cumplimiento del condenado de todos los requisitos exigidos por la Ley N°18.216. Está claro que el concepto “reinserción social” no está en la mente del Sr. Brito.

El problema de la “administrativización” del otorgamiento de beneficios penitenciarios:

La burocratización propia del Derecho administrativo en esta materia de otorgamiento de beneficios penitenciarios, puede verse, por ejemplo, al analizar la institucionalidad subyacente al sistema, como son los dos órganos centrales en el andamiaje de la estructura de los DDHH de los prisioneros, específicamente, en lo relativo a la **calificación de su conducta** para la obtención de beneficios penitenciarios: el Ministerio de Justicia y DDHH y el Tribunal de Conducta, este último, regulado en el art. 4° del DS N°338-2019, que reglamenta el DL N°321 y el DS N°518 y que está compuesto únicamente por funcionarios del Centro de Cumplimiento Penitenciario. Ambos entes, están evidentemente politizados e integrados por personas incapaces de dar garantía de imparcialidad en esta materia (todos funcionarios públicos administrativos) y en los cuales, no participa la judicatura, salvo, y sólo en el caso del Tribunal de Conducta y de manera facultativa y únicamente con derecho a voz, un miembro de los Tribunales de Justicia

designado por la Corte de Apelaciones. Igual derecho a voz tendría un miembro de la Defensoría Penal Pública y un miembro del Ministerio Público.

Así las cosas, si bien la ley no se refiere a los “defensores privados”, ellos debieran entenderse incluidos dentro de la norma en los mismos términos, ya que, de lo contrario, no solo significaría una discriminación arbitraria por parte del legislador, sino también una afectación grave al derecho que le asiste a la persona condenada de designar libremente a su defensor (art. 102 CPP). Por lo mismo, bastará con comprobar que existe un patrocinio y poder vigente, para que la persona privada de libertad se vea “representada” por su abogado en la sesión del Tribunal de Conducta en la cual se discute la calificación de su comportamiento para el objeto de optar al derecho de libertad condicional.

Otro elemento a tener en consideración en relación a la “calificación de la conducta”, es lo relativo a los “factores” para la calificación, básicamente relacionados con la conducta, la escuela y el trabajo. No obstante ser estos elementos necesarios para observar un avance en el proceso de reinserción social (art. 1° DL N°321), ello resulta dificultoso para personas del perfil biológico, por ejemplo, del CCP de Punta Peuco, la mayoría de ellos, personas adultas mayores, octogenarias y nonagenarias.

La Ley no se pone en el caso de estas personas, las cuales, prácticamente ya no necesitan reinserción social y por edad, las necesidades preventivo-especiales son mínimas o inexistentes. Los años de cárcel, muchos de ellos con varias decenas, y la experiencia de vida misma al interior del penal, no los hace personas “peligrosas”, más bien, seres indefensos, enfermos, que sólo claman algo de misericordia. De ahí se entiende que la normativa internacional en materia de DDHH los considere personas vulnerables, merecedoras de una discriminación positiva, y como tales, acreedores de una salida alternativa a la cárcel, por no ser el encierro un castigo coherente con las finalidades propias de la pena.

En la práctica, cuando estas personas son sometidas al procedimiento de calificación de conducta, suelen ser eximidos de la participación en este tipo de actividades relacionadas con las áreas de intervención especializada, educacional y laboral. Suele suceder, por ejemplo, la costumbre penitenciaria de que, una vez rechazada la intervención psicosocial por el interno -por cualquier causa, incluso una justificada, por ejemplo, por salud- Gendarmería ya no vuelva a ofrecérsela sino hasta que el preso manifieste por escrito su voluntad de acceder al programa. Así pasa el tiempo, y como nadie dice nada, y no existen los incentivos para que Gendarmería realice una nueva “oferta” -por ejemplo, por órdenes de la Dirección Regional- se termina obstaculizando al extremo la finalidad de reinserción social, burocratizando, sino impidiendo, el acceso a esa garantía.

En lo que respecta a los otros órganos intervinientes en este sistema, la Comisión de Libertad Condicional a la que alude el art. 4° del DL N°321, si bien está integrada sólo por jueces, su decisión respecto a otorgar o no algún beneficio penitenciario

está supeditada al Informe que elabora Gendarmería (art. 16 DS N°338), el cual, a su vez, se realiza a partir de la nómina que confecciona el Tribunal de Conducta (art. 15 DS N°338). Es decir, Gendarmería es el órgano encargado de “filtrar” la información. Para peor, tratándose de militares condenados por delitos de lesa humanidad, este Informe debe ser revisado, además, por la jefatura superior de la Direccional Regional respectiva y previo al envío a la Comisión de Libertad Condicional, lo que representa otro filtro carente de imparcialidad. Es en este paso donde el despacho del Informe suele estancarse y “dormir el sueño de los justos” en el cajón de algún escritorio del burócrata encargado de decidir.

Otro órgano participante en este proceso es la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena (art. 10 Ley N°19.856-2003), cuya integración general es mixta, un ministro y tres jueces, designados por la Corte de Apelaciones respectiva y, cinco funcionarios públicos administrativos, un abogado, dos peritos, un psicólogo y un asistente social, todos nombrados por el Ministerio de Justicia y DDHH. En los territorios de las Cortes de Santiago y San Miguel, la mixtura se mantiene, pero otorga prevalencia a los funcionarios jurisdiccionales (un ministro y siete jueces) y, dos abogados y dos peritos, designados por el Ministerio del ramo. El condenado interesado en obtener el beneficio de reducción de condena deberá hacerlo elevando una solicitud al Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia y DDHH. Para los militares condenados, su solicitud también suele terminar durmiendo en algún cajón.

Por último, el otro órgano relevante en esta materia es el Consejo Técnico (art. 118 ss. DS N°518) que asesora al Alcalde en materias internas relacionadas principalmente con la reinserción social de los reclusos y compuesto únicamente por oficiales de Gendarmería del recinto penitenciario. El funcionamiento del Consejo, la frecuencia con que sesionen dada la complejidad y naturaleza del establecimiento, así como cualquier cosa no regulada por el art. 119, será regulado por resolución interna del Director Nacional de Gendarmería. Vemos como nuevamente los militares recluidos se ven afectados y no tienen muchas esperanzas en cuanto a aspirar a mejoras reales en el ámbito de su reinserción social, quedando entregada su suerte a lo que determine finalmente Gendarmería.

6.- Efectos patrimoniales:

Estamos frente a una imprescriptibilidad de las acciones civiles por aplicación retroactiva de la figura de “lesa humanidad”, con vulneración de lo establecido en el Código Civil.

Los fallos son innumerables. Sólo una muestra en **SCS Rol N°13.368-2019 de 20/04/2022** (2ª Sala, ministros H. Brito, L. Llanos, M. Valderrama, J. Dahm, ab. Integ. Abuauad). La E.CS descarta el razonamiento de la I. Corte de Santiago (Rol N°1.298-2018 de 12/04/2019) en cuanto a que la absolución de los acusados no permite acceder a la indemnización civil solicitada en virtud del delito no acreditado respecto de ellos, bastando, para la E.CS, el solo hecho que no exista disenso en

relación a la participación de agentes del Estado, aun cuando no se conozcan ni siquiera sus nombres; etc.

Se repite el dominio de la 2ª Sala integrada por ministros como H. Brito, J. Dahm, M. Valderrama, L. Llanos y los mismos comodines, así como los abogados integrantes D. Munita, C. Coppo o P. Tavolari, a favor de la imprescriptibilidad de las acciones civiles.

Así, el Estado es un “barril sin fondo” para los efectos de pagar este tipo de indemnizaciones, y los que sabemos algo de economía, decimos que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, por lo tanto, lo que se paga en un lado, se deja de pagar en el otro.

Guido Calabresi solía decir que el desperdicio de recursos también es una forma de injusticia (CALABRESI, 1984).

Un alcance: de todos los fallos analizados a la fecha por esta abogada, no existe ninguno a partir de la “era Brito”, que no haya accedido, por mayoría o unanimidad, a TODAS las pretensiones civiles exigidas por el abogado Nelson Caucoto en el recurso de casación.

7.- Efectos en la cosa juzgada:

Diversos fallos nos hablan de groseras transgresiones a este efecto, agravado por a raíz del Acuerdo del Pleno alcanzado el 26 de abril de 2019, ratificado en extenso el día 16 de mayo de 2019, en el marco del Caso Norín Catrimán, y que declaró que las sentencias dictadas por la I. Corte de Apelaciones de Concepción de 04 de junio de 2004, han perdido la totalidad de los efectos que le son propios (aun cuando se dejó constancia en un considerando que ello no afectaría la validez procesal de la cosa juzgada).

La problemática surge a partir de la discusión respecto a la forma de volver a revisar los hechos juzgados (vía acción de revisión “pre acogida”, revisión de oficio por la E.CS, reforma legislativa, etc.)

El excesivo “celo” demostrado por la E. CS en cuanto a la inaplicación de la media prescripción y el reciente reconocimiento político de la responsabilidad internacional de Chile por la aplicación de esta minorante respecto de delitos de lesa humanidad, sin duda alguna, traerá consecuencias en materia de cosa juzgada.

La cuestión medular a resolver es si el Estado reconocerá el “Derecho al tiempo” de los condenados por causas de DDHH, sacudiéndose de la “mala fama” que tiene esta institución del art. 103 del CP, a la cual se la asimila con impunidad y denegación de justicia. Tal parece que la predisposición es a mantener una especie de “congelamiento temporal punitivo”, como si el transcurso del tiempo no afectara la pena de estas personas y cuyo único límite, es la edad hasta la que pueden aguantar el castigo los potenciales responsables, habida cuenta que actualmente se están encarcelando personas de noventa años y más.

Dejar sin efecto los fallos que concedieron la libertad por aplicación de esta minorante, encarcelando nuevamente a los beneficiados, significaría el fin del

Estado de Derecho en Chile.

8.- Efectos en el juzgamiento propiamente tal:

Más allá de las críticas al proceso penal antiguo, por el hecho de tratarse de un procedimiento inquisitivo, donde quien investiga, procesa, detiene, encarcela, acusa y condena, sea la misma persona, con total desprecio a los principios básicos del debido proceso y la presunción de inocencia, una anomalía que el propio COT se encarga de sancionar como causal de impicancia en el caso de los jueces con competencia en lo criminal (art. 195 N°1).

Así, la Reforma Procesal que dio vida al actual Código Procesal Penal, aplicable a todos los habitantes de la República de Chile, menos a los militares y civiles condenados por causas de DDHH, destruyó el régimen de prueba inspirado en el obsoleto principio de inmediación, y con ello, derogó el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal (CdePP), que consagra la convicción judicial basada en el sistema de prueba legal o tasada. De este modo, diversas normas fundamentales del CdePP y relativas a la prueba, quedaron derogadas para toda la población chilena, salvo, para este desafortunado grupo de connacionales, quienes siguen sometidos a este brutal e injusto procedimiento.

Algunas disposiciones vigentes en la actualidad para estos juzgamientos son: los artículos 112 inciso 1°, 474, 475 y 476, todos del CdePP, relativos a la inspección personal del juez; las normas de los artículos 318, 319, 320, 322 inc. final, 324 inc. 2°, 327, 328, 330 inc. 1°, 336, 481 N°1 y 484 inc. 1°, todas del CdePP referentes a las declaraciones del inculpado; los artículos 189 inc. 1°, 192 inc. 4°, 193, 205, 207 inc. final, 208 inc. 2°, 209, 216 inc. 1°, 217, 218, 219 inc. final, 465, 466 inc. 2° y 3°, 468 inc. 1° y 470 inc. 1°, todos del CdePP, relativos a la prueba testimonial; las disposiciones contenidas en los artículos 212 y 326, del CdePP, referente a la reconstitución de escena; el artículo 343 del CdePP que regula el reconocimiento en rueda de presos; las normas de los artículos 352, 354 inc. 1° y 355, todos del CdePP, referidas al careo; los artículos 168, 172 inc. 1° y 3° (primera parte) y 173, todos del CdePP, relativos a la entrada y registro en lugar cerrado; los artículos 169, 172 inc. 2° y 172 inc. 3° (segunda parte), todos del CdePP, referidos al registro de los libros y papeles; el artículo 175 del CdePP, respecto el registro de vestidos; artículo 180 del CdePP en relación a la apertura de la correspondencia; los artículos 184 N°1 y 479 del CdePP, referido a los instrumentos; y, los artículos 237 inciso final y 240 del CdePP, relativo al informe pericial, etc.

En la práctica, la inamnistiabilidad, la imprescriptibilidad, la inaplicabilidad de la prescripción gradual, la ampliación desmedida del ámbito de la autoría, la inflación de agravantes y la deflación de minorantes, así como el barril sin fondo del Estado al servicio de la maquinaria política de los DDHH, sumado a un proceso penal obsoleto, cuyo sistema probatorio permite el encausamiento a raudales de militares para la obtención de condenas indefinidas, con suculentas indemnizaciones civiles para las víctimas (y sus abogados), **hace que no existan incentivos políticos para**

cambiar el sistema de enjuiciamiento de causas de DDHH y cualquier solución “parche” que no ataque el fondo del problema, será inútil.

A propósito de la Ley N°21.560-2023 (Ley Naín-Retamal), previo al asesinato del suboficial mayor Daniel Palma (hecho gatillante de la rápida promulgación de la Ley) ante las presiones políticas, el Partido Comunista había propuesto como moneda de cambio, que a Carabineros se le aplicara el actual Código de Justicia Militar (CJM) respecto el tema de la legítima defensa privilegiada, evitando consagrar dicho principio en el Código Penal.

La propuesta fue rápidamente desechada y considerada transversalmente ofensiva, por el hecho que el CJM estaba basado en el sistema procesal antiguo (CdePP), que no respetaba las garantías del debido proceso moderno, aun cuando -a diferencia del proceso aplicable a los militares condenados por causas de DDHH- contempla la figura del fiscal militar, como ente investigador, separado del juez instructor. Ese rechazo transversal a esa nefasta idea del PC, desde la sociedad, la política y la opinión jurídica docta en la materia, es la prueba más patente de la INJUSTICIA TRANSICIONAL que se está llevando a cabo con los militares condenados por causas de DDHH.

Sólo señalar que he querido colocar especial énfasis en el instituto de la prescripción gradual, ya que me parece, representa la más obscena infracción a la ley, conculcatoria de un bien jurídico básico en una sociedad enferma de odio y llena de violencia, como la sociedad chilena. Cuando la correcta administración de justicia no recibe protección penal, la justicia se transforma en venganza y la pena, en castigo.

Los abogados no debemos jamás olvidar que cuando proceden los requisitos formales de la libertad condicional, el rechazo en su otorgamiento implica una privación ilícita de su libertad que debe ser resuelta por nuestros tribunales de alzada, en aras del Derecho y la justicia.

Por lo demás, la política carcelaria de un país como Chile, donde repetimos, las necesidades son múltiples y los recursos escasos, debiera recoger este mensaje, por razones de hacinamiento, disfuncionalidad del uso de la cárcel para ciertos condenados, etc.

De hecho, a principios de febrero del año 2019, el Pleno de la E.CS, presidida en ese entonces por el Sr. H. Brito, emitió un informe favorable respecto del proyecto de ley que sustituye cárcel por arresto domiciliario por razones humanitarias. El Informe del Pleno, identificó una serie de falencias, jurídicas y técnicas para llevar a efecto el proyecto, entre ellas, la carencia de tribunales de ejecución de penas, una necesidad que se arrastra por treinta años, de acuerdo a lo que expresa el Pleno, quien llama la atención a que el proyecto del Ejecutivo habla de “el tribunal”, dejando en el “limbo” su interpretación. El Informe señala, entre otras cosas: *“Que estas modificaciones legales debieron haberse adoptado hace mucho tiempo, destacándose nuestro país por tener una asignatura pendiente en esta materia”*.

Si el Estado chileno actualmente permite que se pudran en la cárcel, por ejemplo, nonagenarios enfermos, con desplazamiento en “burrito” -como varios de los condenados que esta abogada conoce- no cabe otra conclusión que nos encontramos ante un Estado fallido en materia de DDHH. Por lo menos, somos varias las personas que no aceptamos renunciar a nuestras cuotas de libertad para ser “protegidos” por un Estado de esas características. De ahí la importancia que tiene el proceso constituyente que se vive, ya que de nada sirve plasmar en la Carta Fundamental una serie de garantías que en los hechos no pueden ser exigidas, como ha sido la experiencia hasta hoy en esta materia. **Debería consagrarse constitucionalmente una protección “integral” del adulto mayor privado de libertad, con responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por su incumplimiento, entre otras varias medidas.** No veo inconveniente en una disposición de esa naturaleza, algo que en la práctica ha estado ocurriendo con las indemnizaciones millonarias a las víctimas de DDHH, todas causas que -por lo general- el Consejo de Defensa del Estado ni siquiera se opone y aprueba sin más, como si el Estado contara con recursos ilimitados.

Así las cosas, no me parece que una jurisprudencia prevaricante mayoritaria y uniforme en el tiempo, tenga la capacidad de derogar el Derecho penal vigente (art. 103 del CP). La infracción al numeral 1° del art. 223 del Código Penal es palmaria. La evidencia en tal sentido es contundente e irrefutable. No admite dobles interpretaciones, ya que hablamos de normas de derecho público, imperativas y no facultativas, que se deben cumplir, sin excepción. Así lo ha dicho la doctrina y jurisprudencia de alzada, según hemos podido apreciar en este preinforme.

Huelga decirlo, que mientras una jurisprudencia de este tipo cuente con el beneplácito del poder político, ya sea porque supuestamente está acorde con los “estándares internacionales” en materia de DDHH (cuestión que no es cierta, salvo que los DDHH no sea un concepto universal) o porque permite mantener funcionando la millonaria maquinaria estatal de la pseudo justicia en este tema, será muy difícil incoar alguna acción tendiente a reparar esta mancha en la justicia chilena, que por años ha privado de la ansiada libertad a personas que han vivido la desesperanza total de ver como sus vidas se apagan entre las cuatro paredes de una fría cárcel.

Es a raíz de esta última reflexión, que surge la necesidad de reparar esta injusticia, y si no es posible lograrlo durante el proceso de condena, debe hacerse explorando remedios jurídicos más propios de la “fase ejecución”, como la figura de la “omisión impropia” consagrada en el artículo 492 del CP -aprovechando la situación carcelaria lamentable de hoy en día, vulneratoria de DDHH- y en virtud de la cual, podría llegar a imputarse a un Ministro de Fuero un delito o cuasidelito de homicidio o lesiones en base a su “posición de garante” respecto los bienes jurídicos del condenado.

Si ya la cárcel inmerecida trajo un dolor y castigo extra al penado y los suyos, la

muerte o lesiones entre esos cuatro muros, sencillamente termina por destruir la vida de él y sus seres queridos, algo que resulta inaceptable para esta abogada y que el Derecho no puede tolerar.

El filósofo y escritor George Orwell en su libro 1984 claramente expone la utilización de la identidad de los contrarios:

“LA GUERRA ES LA PAZ
LA LIBERTAD ES LA ESCLAVITUD
LA IGNORANCIA ES LA FUERZA”

Así las cosas, los subversivos de antaño, son los violadores de DDHH de hoy; la doctrina de la “seguridad nacional” fue reemplazada por la “ideología de los DDHH” y, los desaparecidos de antes, son los encarcelados a escala industrial de hoy.

El Poder Judicial -tan criticado en la época del Gobierno Militar- vuelve a cargar las culpas del pasado congraciándose con un determinado sector político, haciéndose cómplices de esta INJUSTICIA GENERALIZADA en materia de DDHH, desatendiendo el mandato expreso del legislador –lesionando el bien jurídico que juraron respetar, como aquel contenido en la norma del artículo 223 N°1 del CP– y con total desprecio a las REGLAS y al criterio jurídico racional, objetivo y prudente que ellas deben entregar, olvidando el simbolismo que su respeto conlleva, en cuanto a otorgar la certeza jurídica a los diversos operadores jurídicos del sistema. Cualquiera sea la opinión que se pueda tener al respecto, existe una verdad irredargüible:

“Una sentencia dictada en violación de derechos humanos (de cualquiera) es sólo una situación de hecho y no una verdadera sentencia judicial”
(NOGUEIRA, 2006).