

## 16. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### SECUESTRO CALIFICADO

I. REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD, EN EL DERECHO CHILENO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL. EXISTENCIA DE UN ATAQUE GENERALIZADO O SISTEMÁTICO Y DIRIGIDO CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL. II. DOLO CONSISTE EN QUE QUIEN ACTÚE DEBE CONOCER EL CONTEXTO DE ATAQUE Y ENTENDER LA CONDUCTA QUE LLEVA ADELANTE COMO PARTE DEL ATAQUE. III. HECHOS CONFIGURAN DELITO COMÚN POR TANTO PRESCRIPTIBLE. PRESUPUESTO FÁCTICO NO SE ENMARCA DENTRO DE UN ATAQUE GENERALIZADO, MASIVO, Y SISTEMÁTICO. IMPROCEDENCIA DE APLICAR CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949. IV. PROCEDE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. CONDUCTA PUNIBLE RESPECTO DEL DELITO DE SECUESTRO DURA HASTA QUE LA VÍCTIMA RECUPERE LA LIBERTAD

### HECHOS

*Querellantes y demandante civil se alzan en contra de la sentencia, que se absolvió y sobreyó definitivamente a los acusados como autores del delito de secuestro calificado por prescripción de la acción penal; y rechazó la demanda civil interpuesta en contra del Fisco de Chile. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones confirma la sentencia en alzada.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (confirma)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *361-2016, 18 de noviembre de 2019*

PARTES: *Jorge Cofré Vega y otros con Boris Weisfeiler Bernstein*

MINISTROS: *Sra. ministra Jenny Book R., Sra. ministra Gloria Isabel Negroni V. y Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari Goycoolea*

### DOCTRINA

- En la especie, en términos de descartar que los hechos investigados puedan estimarse como delito de lesa humanidad, es necesario analizar los elementos o requisitos comunes a dichos crímenes, conforme a la Ley N° 20357. En doctrina, y conforme al artículo: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular” Claudia*

*Cárdenas Aravena; se destaca un aspecto objetivo, esto es, la existencia de un ataque, entendido como ciertas conductas que son cometidas en el contexto de un ataque con ciertas características: debe ser generalizado o sistemático y debe dirigirse contra la población civil. Se ha entendido que un ataque es generalizado cuando alcanza a un gran número de personas, y es sistemático cuando en su ejecución existe un cierto grado de organización que hace observable que en él se sigue un plan o política. Para los efectos de la competencia material de la Corte Penal Internacional, se exige que las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad se cometan de conformidad con la política de un Estado u organización o para promoverla (artículo 7º, párrafo 2 letra a) ER). Es este plan o política lo que une a la multiplicidad de actos de manera que constituyan una “línea de conducta”. Este ataque debe tener como objeto a la población civil: habida cuenta de que esta clase de crímenes puede también cometerse fuera del contexto de un conflicto armado de los que hacen aplicable el derecho internacional humanitario, mayoritaria y razonablemente se entiende que la noción de población civil para los crímenes de lesa humanidad no es necesariamente idéntica de la que se maneja para los de guerra y que surge del derecho internacional humanitario. Respecto de las características exigidas para el ataque, existe una definición legal que señala la Ley N° 20.357 –Artículo 2º–. Para el derecho chileno, expresamente se prevé la posibilidad de que el ataque esté constituido por un solo hecho, siempre que este afecte a un gran número de personas o se dirija contra un gran número de personas. Entonces habrá un ataque generalizado. El ataque también podrá considerarse generalizado si consta de más de un acto, siempre que en ese supuesto los actos sean simultáneos o inmediatamente sucesivos. Por tanto, lo crucial para distinguir el ataque generalizado respecto del sistemático no es la cantidad de personas afectadas por él (como se entiende en el derecho internacional), sino su temporalidad: debe constar de un solo acto o de varios simultáneos o inmediatamente sucesivos. El ataque sistemático, en tanto, para el derecho chileno también se determina por su extensión temporal: ha de estar conformado por actos sucesivos que se extiendan “por un cierto periodo de tiempo” lo que ha de ser entendido por oposición a la simultaneidad o sucesión inmediata que exige la hipótesis de ataque generalizado. Debe haber un ataque que tenga por objeto a la población civil, contra un número considerable de personas, y el ataque debe responder a una política, del Estado o de sus agentes, de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que*

*favorezca la impunidad de sus actos (considerando 12° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *En cuanto al Aspecto subjetivo: dolo y eventual elemento subjetivo especial, la descripción del artículo 1° de la Ley N° 20.357 da a entender que el contexto del ataque con determinadas características debe ser abarcado subjetivamente por quien actúa para que pueda imputarse esta clase de delito. Para eso quien actúe debe conocer el contexto de ataque y entender a la conducta que lleva adelante como parte del ataque. Así, el hecho será “cometido como parte del ataque”. Ello, por cierto, sin perjuicio del dolo que exija la conducta específica que se lleve a cabo (dolo de matar, de torturar, etc.). Esta interpretación está en armonía con el artículo 37 de la Ley N° 20.357, que se encuentra ubicado entre las disposiciones comunes a todos los delitos del párrafo a pesar de que su contenido tiene incidencia solo respecto de los crímenes de lesa humanidad. Señala que el grado de conocimiento considerado suficiente se refiere a conocer que la conducta forma parte del ataque exigido (lo que conlleva el conocimiento de que existe), pero no exige que se tenga conocimiento cabal de aspectos concretos del plan o política o del ataque en todo lo que no concierna al acto imputado. En la tipificación chilena, la posibilidad de que baste que el ataque “se dirija” contra un número considerable de personas como una hipótesis separada de que este ataque “afecte” a un número considerable de personas. Al estar ambas hipótesis unidas por la disyuntiva “o” parece ser que se las entiende como distintas, vale decir, que en el derecho chileno podría haber un crimen de lesa humanidad como delito consumado sin que exista un ataque que afecta a un número considerable de personas, siempre que se haya dirigido contra ellas (considerando 12° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- III. *Esta Corte de Apelaciones, comparte la conclusión del sentenciador en cuanto a que las circunstancias que rodearon la desaparición de –la víctima– y que fueron calificadas como delito de secuestro calificado no puedan ser catalogadas o puedan enmarcarse en el contexto de un delito de lesa humanidad, tal como se indica en las motivaciones sexta a décimo cuarta del fallo en alzada, ya que no se visualiza ninguno de los presupuestos indicados en las motivaciones precedentes, esto es, no se trató en este caso de un ataque generalizado, masivo, y sistemático contra la población civil, o contra grupo de personas unidas por alguna característica común, más bien, conforme el mérito de los antecedentes y dado el contexto dado por la zona fronteriza de que se trataba, los funcionarios policiales alertados por lugareños del posible ingreso irregular de una persona por paso fronterizo, inician su búsqueda, y lo detienen, sin que se encuentre acreditado*

que dichos funcionarios policiales como los militares acusados, actuaron conociendo el contexto de ataque y entendiendo que su conducta formaba parte del ataque, como una política del Estado o de sus agentes, sino más bien cumplían con su cometido, por encontrarse precisamente sus funciones relacionadas con el resguardo de los pasos fronterizos de la zona, dada la época de ocurrencia de los hechos investigados, año 1985, no es posible tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, no habiéndose acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha acreditado que en enero de 1985 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio. Tal como se viene argumentando y conforme al mérito de lo expuesto, el hecho que se haya estimado por los funcionarios policiales que se trataba de “un extremista”, atendido que vestía ropa militar y exhibía una barba crecida, no constituye un antecedente suficiente para que pueda acreditarse la pertenencia del delito investigado, dentro de las nociones esenciales y propias del derecho Internacional Humanitario, no siendo por tanto atinentes las normas del y principios del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, por cuanto no se dan en la especie, los elementos de lo que se ha definido como Crimen Contra la Humanidad (considerando 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- IV. Respecto del delito de secuestro objeto de esta investigación, especialmente respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se comete al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero, su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria solo una vez puesta en libertad la víctima. Así se ha señalado en fallo de la Excm. Corte Suprema rol N° 4329-2008, citando a su turno, al profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la vícti-

*ma recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, I, 2ª Ed. Conosur, julio 2001, pág. 183). Desde esta premisa, se cuestiona dicha sentencia respecto a “si es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado”. Se concuerda con el sentenciador en que tratándose de un delito común y por tanto, prescriptible, y conforme al principio in dubio pro reo, resulta necesario establecer una fecha cierta de inicio de la detención o encierro de la víctima, única forma de hacer una interpretación armónica entre el tipo penal de secuestro calificado y la prescripción de la acción penal, tal como lo señala el artículo 141 del Código Penal (considerandos 15º y 16º de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/11760/2019*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 93, 94, 95 y 141 del Código Penal; 1º, 29, 37 de la Ley N° 20.357.*

COMENTARIO SOBRE SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES  
DE SANTIAGO DE FECHA 18 DE NOVIEMBRE DE 2019, ROL N° 361-2016

DANIEL HASSON KALKSTEIN  
*Universidad Andrés Bello*

La sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016, confirmó la sentencia absolutoria ratificando la tesis de la prescripción de la acción penal del delito común de secuestro calificado previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal.

Este fallo es sin duda complejo por la materia que versa y llamativo por el particular criterio que sostiene respecto de la noción del secuestro como delito permanente y sus consideraciones de prescriptibilidad.

Sin perjuicio de la desacertada calificación jurídica del sentenciador, subsumiendo los hechos en un delito común y no en un delito de lesa humanidad, omitiendo el hecho que se tienen por cumplidas las exigencias legales propio de nuestro ordenamiento jurídico y de los múltiples tratados internacionales sobre crímenes contra los Derechos Humanos.

Dicho lo anterior, esta reflexión se centrará entonces en las circunstancias del secuestro en tanto delito común, por ende, susceptible de prescribir.

Así las cosas, el secuestro es un delito que se define como encerrar o detener a otro, sin derecho, privándolo de su libertad e imposibilitando su movimiento<sup>1</sup>. El sujeto activo es un particular, puesto que si lo realiza un funcionario público, el delito muda a detención ilegal, por su parte, el sujeto pasivo, es común, esto es, cualquier persona mayor de edad, de lo contrario, el delito se califica como sustracción de menores<sup>2</sup>.

Luego, lo anterior se complejiza en el estudio del *tempus delicti* y en el análisis de la consumación del delito, así, al ser el secuestro un delito permanente por antonomasia, este se está realizando mientras dura la privación de la libertad y solo al cesar, comienza a correr la prescripción, cuestión que me referiré en breve<sup>3-4</sup>.

En línea con lo anterior, el delito de secuestro es un delito permanente, en oposición, por ejemplo, al delito de falso testimonio, el cual es un delito instantáneo, cuya entera realización se perfecciona con la declaración mendaz<sup>5</sup>. La distinción entre delitos instantáneos y permanentes es sustantiva –entre otras cosas– puesto que respecto de la segunda, el plazo de prescripción comienza a correr con el fin del estado delictivo<sup>6</sup>.

Ahora bien, el considerando 15° de la sentencia en comento, reconoce el carácter permanente y la consumación prolongada de esta clase de delitos, empero y de una forma –al menos curiosa– recurre a una técnica que autodenomina

---

<sup>1</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III, (Santiago, 1999) pp. 202-203.

<sup>2</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, *op. cit.*, pp. 202-203.

<sup>3</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, (Santiago, 2019), pp. 244-245

<sup>4</sup> Véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El secuestro como delito permanente ante el DL de Amnistía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, (2004), p. 14: “Si una ley entra en vigencia después del principio de ejecución del hecho y antes de su terminación, la aplicación de esa ley al hecho no es retroactiva. La aplicación de esta ley al sujeto no infringe en modo alguno la expectativa de certeza e imparcialidad que se sintetiza en el principio de legalidad penal, como sí lo haría la aplicación de una ley que entra en vigencia cuando el hecho ya no sigue ejecutándose. Tampoco se quebranta expectativa de confianza alguna si mientras tiene lugar la ejecución del hecho se altera el plazo de prescripción de la acción penal, como sí ocurre si esto ocurre tras el cese de la ejecución del delito”.

<sup>5</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho Penal*. Tomo I, (Santiago, 1997), pp. 236-237.

<sup>6</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *op. cit.*, p. 237.

“interpretación armónica”. A partir de esto, pretende establecer fecha cierta y, de forma llamativa, realiza el siguiente ejercicio, cuenta desde encierro o detención por más de noventa días y da por consumado el delito de secuestro calificado, luego permite empezar a computar del plazo de prescripción y transcurridos 10 años, da por prescrita la acción penal, tal como se aprecia a continuación.

*“Es así que, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, especialmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 6 de abril de 1985. De esta manera, desde este hecho claro y evidente, se puede dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada, tal como aparece del fallo que se revisa”<sup>7</sup>.*

Llama la atención que el tribunal de alzada sostuvo que “el delito se consumó los días 4 a 5 de enero de 1985”<sup>8</sup> y no consta el cese de la privación de libertad, entonces ¿por qué motivo el criterio de la Corte es de noventa días?<sup>9</sup>

*“(…) los indicios provenientes de los antecedentes del proceso, tal como se señaló, por sí solos no permiten concluir indubitadamente cual fue la fecha exacta en que cada acusado, luego de detener la consumación, pudo mantener privada de libertad*

---

<sup>7</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 16°

<sup>8</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 17°

<sup>9</sup> Resulta interesante destacar en este punto que, revisando la historia de la ley, nos encontramos con que el inciso tercero del artículo 141 en su versión original, esto es la del Código Penal publicado el 12 de noviembre de 1874 disponía que, “*Si el encierro o la detención (sic) se prolongare por mas (sic) de noventa días (sic), o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados*”. Sin embargo, la Ley N° 18.222 que modifica el Código Penal y la ley de seguridad del Estado en relación con el delito de secuestro, publicada con fecha 28 de mayo de 1983 dispone un criterio temporal de 15 días, el cual no se ha modificado a la fecha. Es decir, el inciso cuarto del artículo 141 no ha sufrido variación alguna desde 1983, manteniendo la siguiente figura de sí, “*(…) el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo*”.

*a la víctima y menos, el momento en que se agotó efectivamente la ejecución del delito*"<sup>10</sup>.

Empero le basta lo anterior para establecer que la fecha exacta del inicio del delito corresponde a la fecha en que personas "(...) reconocieron la foto de la víctima en la licencia de conducir y son las últimas personas que tuvieron contacto y vieron a Boris Weisfeiler entre los días 3 y 4 de enero de 1985 antes que desapareciera (...)"<sup>11</sup>.

Y luego concluir su fundamentación con que,

"(...) habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron efectivamente más de 10 años entre el 6 de abril de 1985, esto es más de 90 días después de la privación de libertad o encierro de la víctima, hasta las fechas de las declaraciones judiciales en calidad de imputados de los encausados (...) operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados por el secuestro calificado que fue investigado en la presente causa"<sup>12</sup>.

Asombra el silogismo que utiliza el sentenciador, toda vez que en su fallo da por acreditada la fecha y la comisión del hecho punible, además admite el carácter permanente de este tipo de delito y reconoce que carece con antecedentes suficientes para determinar el momento en que ese agotó efectivamente la ejecución del delito, entonces no deja de sorprender la decisión a la cual arribó, concluyendo que la paralización del delito se produjo con fecha 6 de abril de 1985, esto es más de 90 días después de la privación de libertad de la víctima, por lo que operaría plenamente la prescripción total de la acción penal de los acusados por el secuestro calificado<sup>13</sup>.

Dicho de otro modo, hay un error en la subsunción de la norma abstracta con los hechos concretos. Si el tribunal sabe que el delito es de ejecución permanente y no consta su cese, es dable señalar aquí que su decisión fue errada. La conclusión no es de naturaleza lógica, sino impositiva, puesto que extiende

---

<sup>10</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 17° (lo destacado es mío).

<sup>11</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 17°.

<sup>12</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 17°.

<sup>13</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016. Considerando 17°.

la aplicación de una norma, la interpreta con cierta arbitrariedad y lo subsume en presunciones fácticas, que reconoce, sin sustento<sup>14</sup>.

En efecto, llama la atención que a juicio de la Iltma. Corte de Apelaciones, como no fue posible conocer el paradero del secuestrado, se asuma que deben transcurrir noventa días y luego empezar a contar el plazo de prescripción<sup>15</sup>.

Por lo demás, este criterio se aleja de lo sosteniendo la Corte Suprema, conteste en que si no se puede acreditar si la víctima murió o recuperó su libertad, el hecho sigue en consumación, si no es viable establecer cuándo cesó la privación de libertad, esta situación impide iniciar los cómputos necesarios para entender transcurrida la prescripción<sup>16</sup>.

Tal como se aprecia en una sentencia emblemática pronunciada por la Segunda Sala del Máximo Tribunal, rol N° 3215-05, de fecha 30 de mayo de 2006, la cual en un fallo unánime sostuvo:

“Que, al razonar en la forma equivocada y contradictoria en que lo hace, la sentencia recurrida deja al hecho que da por establecido y en que basa su resolución la conclusión del secuestro carente de las consideraciones en cuya virtud lo da por probado (...)”<sup>17</sup>. Que, aún más, como se ha dicho previamente, a causa del error en que incurre, el fallo ni siquiera llega a determinar el momento en que se habría concluido el secuestro de Diana Frida Aron Svigilsky, situándolo en el lapso de casi dos meses y días por el que, según sus equivocadas conclusiones, se habría extendido la privación de libertad de la víctima. Dada esta indefinición, como es obvio, ni siquiera es posible establecer el momento desde el cual iniciaría los cómputos que luego pretende efectuar”<sup>18</sup>.

En suma, la lógica del raciocinio probatorio enseña que aun cuando el razonamiento discurra sobre la base de una premisa general, siempre será indispensable el elemento fáctico para acreditar el nexo<sup>19</sup>. En este caso, la Corte, constató el inicio del secuestro, lo cual, en ningún sentido implica arribar a una conclusión que, tras 90 días se entenderá el cese del delito. Hay entonces, una errónea com-

<sup>14</sup> Silva, Mauricio, *Las presunciones Judiciales y Legales*, (Santiago, 1995), p. 49.

<sup>15</sup> Véase el Considerando 9° de la Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2019, rol N° 361-2016.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, “Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”, Año 8, N° 1, en *Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, (2010), p. 478.

<sup>17</sup> Corte Suprema, rol N° 3215-05, de fecha 30 de mayo de 2006, Considerando 7°.

<sup>18</sup> Corte Suprema, rol N° 3215-05, de fecha 30 de mayo de 2006, Considerando 8°.

<sup>19</sup> SILVA CANCINO, Mauricio, *Las presunciones Judiciales y Legales*, (1995), p. 41.

prensión de la naturaleza del delito permanente y de las circunstancias fácticas, lo que implicó que el juzgador llegue a una conclusión carente de toda lógica.

Como bien sostiene Muñoz Conde, “(...) *para castigar el homicidio o asesinato hay que demostrar que efectivamente este hecho se ha producido, y esto es lo que no sucede cuando lo único que consta es que no se sabe el paradero de la persona detenida*”<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal parte especial*, (Valencia, 2002), p. 178.

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Por sentencia de cuatro de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 3157 y siguientes, se absolvió y sobreseyó definitivamente a Jorge Andrés Cofré Vega; Estorgio Soto Vásquez; José Arias Suazo; Antonio Cortés Aravena; Luis Pardo Fernández; Gabriel Díaz Morales; Héctor Aedo Toro, de los cargos formulados en su contra como autores del delito de secuestro calificado de Boris Weisfeiler Bernstein por prescripción de la acción penal. Asimismo, se absolvió y sobreseyó definitivamente a Guillermo Luis Fernández Catalán, del cargo formulado en su contra como autor-cómplice del mismo delito, por prescripción de la acción penal.

En cuanto a lo civil, se rechazó la demanda civil interpuesta por doña Olga Wesfeiler Bernstein, en contra del demandado civil Fisco de Chile. En contra de dicho fallo se presentaron los siguientes recursos:

a) A fojas 3212, apelación del Programa Continuación Ley N° 19.123

del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

b) A fojas 3230, apelación de la querellante Olga Wesfeiler Bernstein.

c) A fojas 3258, apelación del Consejo de Defensa del Estado

d) A fojas 3260, apelación por el absuelto Luis Pardo Fernández.

e) A fojas 3301, adhesión del absuelto Gabriel Díaz Morales a la apelación de Luis Pardo Fernández.

f) A fojas 3303 adhesión a la apelación por los absueltos, Héctor Aedo Toro y Antonio Cortés Aravena.

Sube en consulta el sobreseimiento parcial y definitivo, respecto de Jorge Andrés Cofré Vega, en virtud del art. 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal.

A fojas 3309 doña María Loreto Gutiérrez Alvear, Fiscal Judicial informa su parecer señalando que la sentencia adolece en su dictación de un vicio de nulidad que configura la causal de casación en la forma contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, en relación con los numerales 3, 4, y 5 del artículo 500 del mismo cuerpo

legal, lo que hace necesario invalidar de oficio la sentencia, y retrotraer la causa al estado de dictar una nueva sentencia que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 501 del Código citado, condene o absuelva a los acusados de los cargos formulados en su contra.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO AL INFORME DE LA FISCAL JUDICIAL.

1° Que, el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal previene “No haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley”, en relación con lo que dispone el artículo 500 N°s. 3, 4 y 5 del mismo cuerpo legal, que establecen como requisitos de la sentencia definitiva, el contener (N° 3) una exposición breve y sintetizada de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, de las acciones, de las acusaciones formuladas contra los procesados, de las defensas y de sus fundamentos; (N° 4) Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que estos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar esta; (N° 5) Las razones legales o doctrinarias que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.

2° Que lo que se pretende respecto de los requisitos de la sentencia, se refiere a una exigencia de completitud del análisis fáctico y probatorio.

En cuanto a lo fáctico, se trata de un objetivo o condición de procedimiento que pretende evitar arbitrariedad y permitir a las partes el ejercicio de sus derechos, esto es, la posibilidad de refutar y revertir decisiones adversas a través de la interposición de los correspondientes recursos. Tiene como finalidad también, dejar al tribunal *ad quem* en condiciones de llevar a cabo el control respectivo de la decisión cuestionada. Desde ese lugar, la exigencia no debiera manifestarse en una cuestión de cantidad o extensión sino de suficiencia, es decir, en la medida que la motivación esté sustentada y descansa sobre razones que descarten el voluntarismo y permitan conocer los criterios que se sostuvieron para llegar a la decisión.

3° Que, de la misma manera, las exigencias en cuestión, implican que la fundamentación permita la reproducción del razonamiento utilizado para arribar a las conclusiones de la sentencia, entendiendo para ello, desde lo práctico y funcional, ese contexto de justificación no puede versar sobre la descripción de un fenómeno que es indescriptible. La justificación exigida, se traduce en el deber del juzgador de buscar y entregar razones que otorguen sustento a sus conclusiones probatorias, de modo racional y ordenado, ya que finalmente, lo que se pide al juez es que exteriorice las razones que determinaron su decisión, saber el cómo y el porqué de la conclusión que hace suya.

4° Que, ha de tenerse en cuenta que dentro de los probables defectos de forma en un juicio, la jurisprudencia, la

doctrina y la propia ley, distinguen entre los que se denominan como “errores *in procedendo*”, estos son aquellas deficiencias relacionadas con el modo de conducir un proceso y de ejercer la jurisdicción y “errores *in iudicando*”, que son aquellos que dicen relación con la desatención de las reglas sustantivas que permitan decidir la controversia sometida al órgano jurisdiccional. Esto es, imperfecciones de forma y de fondo. Es así que, el recurso de casación en la forma, tal como su nombre lo indica, refiere a defectos de actividad.

La casación en la forma tiene por fin velar por el exacto cumplimiento de las normas legales que refieren a la forma externa de los juicios y, a su correcto desarrollo procesal. Atendido esto, su aplicación debe basarse precisamente en las excepcionales situaciones de transgresión de la ritualidad que ameritan la nulidad del fallo dictado en estas circunstancias.

5° Que, en el mismo orden ideas, las exigencias analizadas son de carácter formal, y de suyo referidas al modo de elaborar una sentencia. Se trata entonces de una condición de procedimiento, relacionada con la manera en que debe expedirse el acto procesal-sentencia, para considerarlo válido. Por lo tanto, aunque se refiera al juicio de hecho, la visión crítica a realizar tanto por el litigante como por el tribunal de casación, debe realizarse desde una plataforma eminentemente estructural, de forma, antes que de contenido, relevando que el análisis del cumplimiento de estos requisitos atañe a una corrección formal y no llega

al extremo de poner en tela de juicio la validez material de la justificación. Lo anterior resulta particularmente procedente, en aquellos procesos en los que, como en la especie, además de la casación, se contempla la procedencia del recurso de apelación, uno de cuyos fines es precisamente, revisar las alegaciones que fundamentan la opinión de la Sra. Fiscal Judicial en lo referido a la impugnación de la sentencia.

6° Que, aun en el evento de ser efectivos los vicios que se esgrimen, el penúltimo inciso del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, establece lo que se denomina como el principio de trascendencia, que consiste en la máxima que “no hay nulidad sin perjuicio”, es así que se ha resuelto, que la casación en la forma exige, como ocurre en esta materia con todas las nulidades procesales, que se cumpla a cabalidad con este principio, pudiendo declararse la nulidad de la sentencia solo en aquellos casos en que exista un vicio que irroque a las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad, tal como lo ha señalado el Consejo de Defensa del Estado, indicando además, que el sobreseimiento por prescripción hace que el resto del análisis que debe contenerse en una sentencia se omite, ya que carece de sentido, si el juez concluye, como en el caso de autos, que está prescrita la acción penal, entrar al análisis de las acusaciones, defensas, acreditación o no de hechos, etc.

En este sentido, efectivamente el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal busca que no quede en suspenso la decisión penal respecto de los acusados, situación que al sobreseerlos no queda en dicho estado, por el contrario, claramente ella determina que no tengan responsabilidad, por lo que resulta evidente que la sentencia que acepte la prescripción, que puede declararse incluso de oficio por el tribunal, deberá ajustarse, en cuanto a su contenido, a ello.

En consecuencia, se desestimaré la opinión de la Fiscal en este punto.

II.- EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACION INTERPUESTOS:

Se reproduce la sentencia enalzada, de cuatro de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 3157 y siguientes, con excepción de la cita a la foja 78 del considerando vigésimo, que se elimina y se sustituye por el número “81”.

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

EN CUANTO A LOS HECHOS

7° Que en su motivación cuarta, el fallo que se revisa da por establecidos los hechos investigados en autos conforme les fueron atribuidos provisoriamente a los encausados, contenidos en lo sustancial de las acusaciones, refiere en primer término a la que rola a fojas 2684, y acusa en calidad de autores del delito de secuestro calificado en la persona de Boris Weisfeiler Bernstein, previsto y sancionado en los incisos primero y cuarto del artículo 141 del Código Penal, Jorge Andrés Cofre Vega; Estorgio Soto Vásquez; José Mauricio Arias Suazo; Antonio Luis Alberto Cortez Aravena; Luis Ricardo

Félix Pardo Fernández; Gabriel Humberto Díaz Morales; Héctor Rolando Aedo Toro; y como cómplice del mismo delito a Guillermo Luis Fernández Catalán, respectivamente; luego, de la acusación de fojas 2719, en la que la parte del Consejo de Defensa del Estado deduce acusación particular en similar concepto; y de la acusación de la parte querellante Olga Wesfeiler Berstein, de fojas 2741, quien deduce acusación particular en contra de los encausados atribuyéndoles a todos la calidad de autores del delito antes mencionado.

8° Se indica en dicha motivación, que los hechos habrían consistido en que “los encausados habrían privado de libertad y ocultado a la víctima Boris Wesfeiler Berstein, a partir de los días 3 a 5 de enero de 1985, y para alcanzar tal propósito los funcionarios de Carabineros involucrados, pertenecientes a la avanzada fronteriza de “El Roble”, denunciaron engañosamente que la víctima citada, se habría ahogado y luego desaparecido al intentar cruzar el río “Los Sauces”. Además, que dicha actividad se habría iniciado al emprender estos la persecución de la víctima, al estimar erróneamente que se trataría de un extremista, el que ingresaba clandestinamente al país, luego de ser advertidos por lugareños del paso del transeúnte por el sector.

Asimismo, según las acusaciones, junto a estos funcionarios de Carabineros, hay antecedentes que permitirían hacer cargos por el mismo delito a los funcionarios de Ejército que formaron parte de la patrulla militar situada

en el lugar cercano de aquel que los Carabineros acusados señalan que el caminante habría intentado cruzar el río “Los Sauces”, funcionarios de Ejército, que colaboran directamente en el hecho delictivo con los primeros, imputándosele en definitiva a todos ellos, la privación de libertad y el ocultamiento de la víctima”.

9° Que los hechos que se tuvieron por acreditados en el motivo 4° del fallo en alza son constitutivos del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141, incisos 1° y 3° del Código Penal, cuya calificación se configura por el tiempo en que se prolongó la acción, que se sancionaba a la época de ocurrencia del ilícito, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, situación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Boris Weisfeiler Bernstein, lo que el sentenciador calificó como un delito común, puesto que los hechos no se encuadran dentro de los requisitos de un delito de lesa humanidad.

EN CUANTO A LOS DELITOS DE “LESA HUMANIDAD”

10° Que, tratándose de hechos ocurridos en enero de 1985, es necesario referirse a las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, tienen en el ámbito nacional, y que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver

o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en una ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte más favorable al afectado;

11° Que, respecto a los Convenios de Ginebra, se ha consignado en diversos fallos de la Excm. Corte Suprema, “Que los Convenios de Ginebra de

1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose estos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra”. Se cita en causa rol N° 4329-2008, al Sr. Jean Pictet, señalando que: “..en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en

contra del Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio”.

A su turno, se cita también, a Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado

y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que: “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”.

En cuanto al II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que “se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales,

y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

En el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se encuentra definición similar contenida en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra que entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Congreso en el año 2009, la Corte Suprema ha interpretado que “conflicto armado sin carácter internacional es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y

concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario”.

12° Que, para estos efectos, y en términos de descartar que los hechos investigados puedan estimarse como delito de lesa humanidad, es necesario analizar los elementos o requisitos comunes a dichos crímenes, conforme a la Ley N° 20.357. Dicha ley en su artículo primero reza:

“Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

En doctrina, y conforme al artículo: “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular” Claudia Cárdenas Aravena <http://dx.doi.org/10.4067/S071809502014000200008>, numeral II; se destaca un aspecto objetivo, esto es, la existencia de un ataque, entendido como ciertas conductas que son cometidas en el contexto de un ataque

con ciertas características: debe ser generalizado o sistemático y debe dirigirse contra la población civil. Se ha entendido que un ataque es generalizado cuando alcanza a un gran número de personas, y es sistemático cuando en su ejecución existe un cierto grado de organización que hace observable que en él se sigue un plan o política. Para los efectos de la competencia material de la Corte Penal Internacional, se exige que las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad se cometan de conformidad con la política de un Estado u organización o para promoverla (artículo 7°, párrafo 2 letra a) ER). Es este plan o política lo que une a la multiplicidad de actos de manera que constituyan una “línea de conducta”.

Este ataque debe tener como objeto a la población civil: habida cuenta de que esta clase de crímenes puede también cometerse fuera del contexto de un conflicto armado de los que hacen aplicable el derecho internacional humanitario, mayoritaria y razonablemente se entiende que la noción de población civil para los crímenes de lesa humanidad no es necesariamente idéntica de la que se maneja para los de guerra y que surge del derecho internacional humanitario. Para los efectos de los crímenes en estudio, la noción de población civil abarca a todo grupo de personas unidas por alguna característica común (como vivir en un mismo territorio, o seguir determinadas corrientes políticas o religiosas), excluyendo por cierto al grupo que lleva adelante el ataque.

En cuanto al aspecto subjetivo, se trata del conocimiento del ataque y actuar como parte de él; el artículo 7° párrafo 1 ER explicita el requisito del conocimiento del ataque que ha de tener quien actúa. Además, dispone que se ha de actuar “como parte de un ataque...”, ergo, entendiendo que esa conducta se inserta en una multiplicidad, conformando una misma línea de conductas con las demás que constituyen el ataque (se actúa en un mismo sentido). (Werle, G. Tratado de derecho penal internacional, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 477-479; pp. 47 y ss.; p. 484).

Respecto de las características exigidas para el ataque, existe una definición legal que señala la Ley N° 20357:

“Artículo 2° Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1°. Por ‘ataque generalizado’, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y

2°. Por ‘ataque sistemático’, una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”.

Esto es, para el derecho chileno, expresamente se prevé la posibilidad de que el ataque esté constituido por un solo hecho, siempre que este afecte a un gran número de personas o se dirija contra un gran número de personas. Entonces habrá un ataque generalizado. El ataque también podrá considerarse generalizado si consta de

más de un acto, siempre que en ese supuesto los actos sean simultáneos o inmediatamente sucesivos. Por tanto, lo crucial para distinguir el ataque generalizado respecto del sistemático no es la cantidad de personas afectadas por él (como se entiende en el derecho internacional), sino su temporalidad: debe constar de un solo acto o de varios simultáneos o inmediatamente sucesivos.

El ataque sistemático, en tanto, para el derecho chileno también se determina por su extensión temporal: ha de estar conformado por actos sucesivos que se extiendan “por un cierto periodo de tiempo” lo que ha de ser entendido por oposición a la simultaneidad o sucesión inmediata que exige la hipótesis de ataque generalizado.

Debe haber un ataque que tenga por objeto a la población civil, contra un número considerable de personas, y el ataque debe responder a una política, del Estado o de sus agentes, de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

En cuanto al Aspecto subjetivo: dolo y eventual elemento subjetivo especial, la descripción del artículo 1° de la Ley N° 20.357 da a entender que el contexto del ataque con determinadas características debe ser abarcado subjetivamente por quien actúa para que pueda imputarse esta clase de delito. Para eso quien actúe debe conocer

el contexto de ataque y entender a la conducta que lleva adelante como parte del ataque. Así, el hecho será “cometido como parte del ataque”. Ello, por cierto, sin perjuicio del dolo que exija la conducta específica que se lleve a cabo (dolo de matar, de torturar, etc.).

Esta interpretación está en armonía con el artículo 37 de la Ley N° 20.357, que se encuentra ubicado entre las disposiciones comunes a todos los delitos del párrafo a pesar de que su contenido tiene incidencia solo respecto de los crímenes de lesa humanidad. Señala que el grado de conocimiento considerado suficiente se refiere a conocer que la conducta forma parte del ataque exigido (lo que conlleva el conocimiento de que existe), pero no exige que se tenga conocimiento cabal de aspectos concretos del plan o política o del ataque en todo lo que no concierna al acto imputado.

En la tipificación chilena, la posibilidad de que baste que el ataque “se dirija” contra un número considerable de personas como una hipótesis separada de que este ataque “afecte” a un número considerable de personas. Al estar ambas hipótesis unidas por la disyuntiva “o” parece ser que se las entiende como distintas, vale decir, que en el derecho chileno podría haber un crimen de lesa humanidad como delito consumado sin que exista un ataque que afecta a un número considerable de personas, siempre que se haya dirigido contra ellas”. (Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de

referencias a los actos inhumanos en particular” Claudia Cárdenas Aravena <http://dx.doi.org/10.4067/S071809502014000200008> Numeral II. 3.2.).

HECHOS QUE CONFIGURAN DELITO COMUN POR TANTO PRESCRIPTIBLE

13° Que, en este orden de ideas, y respecto a descartar que el delito investigado en esta causa se haya cometido en el contexto de violaciones graves a los derechos humanos, ha de tenerse en cuenta los siguientes antecedentes:

a) Que en la especie se inició la investigación el 25 de enero del año 1985, ante el 2° Juzgado del Crimen de San Carlos, por denuncia del entonces Vice-Cónsul de Estados Unidos en Chile, Edward Arriazabalaga, por presunta desgracia del ciudadano norteamericano, Boris Weisfeiler, quien habría desaparecido ese mes en el sector de Los Mayos, San Fabián de Alico, lugar colindante con la Ex-Colonia Dignidad, siendo encontrada su mochila.

La causa fue investigada por el tribunal, detallando las especies encontradas en la mochila del desaparecido, y las declaraciones y nómina de funcionarios que se desempeñaron en el Retén El Roble a la época de los hechos. Entre las declaraciones se encuentra la de José López Benavides, persona que conversó con la víctima el día 3 de enero de 1985 y lo ayudó a atravesar el río; la de Luis López Benavides, quien lo vio pasar el día en que estuvo con su hermano, y quien informó de la presencia de la víctima en el sector a Carabineros, en particular a Estorgio Soto Vásquez; la declaración de Jorge Cofré,

quien también tomó conocimiento de la presencia de la víctima en el sector y dispuso salir en su búsqueda, llegando hasta un andarivel frente al domicilio de Luis Sandoval, quien negó haber transportado al ciudadano norteamericano. Agrega que en el lugar ya estaba apostada una patrulla militar y con quienes rastrearon el sector, pudiendo encontrar huellas de pisadas cerca del río Los Sauces. Luego, indica que no pudieron encontrar a la víctima, para luego de 15 días después, ser informado acerca del hallazgo de una mochila con las especies de la víctima. Finalmente, asegura que buzos de la Armada inspeccionaron el sector, pero no hallaron nada. De Aladino Contreras, quien aduce haber encontrado la mochila de la víctima; de Estorgio Soto, funcionario policial a quien, Luis López Benavides, le informa de la presencia de un ciudadano norteamericano en el sector, quien tenía vestimenta militar, dándole luego aviso de ello al Sgto. 1º Cofré. De Luis Sandoval, encargado del andarivel con que se cruza el río, manifestando que en enero/1985, llegaron Carabineros en búsqueda de un extranjero que habría estado merodeando el sector, ordenándole que no lo cruzara porque venía de la frontera. Posteriormente, los acompaña por el sector y pueden observar huellas en el sector del río. Señala que a unos 3 metros del agua había huellas de zapato grueso y luego hacia el agua en la parte de la arena las aguas se notaban que era de pie descalzo, las que se perdían en el agua, eran todas las huellas que se notaban, no vio huella de haberse

arrastrado algo, al otro lado del río no lo vio por lo que no sabe si las huellas salían del agua. De Ricardo Pardo, funcionario del Ejército y que asegura que en el año 1985, realizaba funciones de revisión de los hitos en la comuna de San Carlos. Dictándose Sobreseimiento Temporal en dicha causa el seis de marzo de 1985, el que fue aprobado por la Corte de Apelaciones de Chillan el 14 de marzo de 1985. El siete de febrero de 1986, se produce el desarchivo de la causa con el fin de realizar una mejor búsqueda del cuerpo de la víctima y se ordenan patrullajes, todo lo cual resulta infructuoso por lo que vuelve la causa al estado de archivo.

b) En el mes de enero del año dos mil se presenta la querrela por parte de doña Olga Weisfeiler y se ordena reabrir sumario, allegándose al proceso declaraciones, diligencias y otros medios de prueba entre los cuales aparece a fojas 167 Oficio del Director del Diario La Segunda en que adjunta informaciones publicadas sobre el caso, entre los cuales se encuentra la opinión de un detective privado contratado por la familia de Boris Weisfeiler y la Sociedad de Matemáticos de Estados Unidos, a saber, Óscar Tapia, a fin que investigara la desaparición.

c) En último párrafo de fojas 159 y primeros de fojas 160, se lee que “el investigador asegura que las indagaciones sobre las vidas de todas las personas que tuvieron contacto con Weisfeiler concluyen que se trata de personas conocidas en el área por su honestidad y además sin prontuario delictual.

Agrega que tampoco hay grupos armados (políticos ni criminales) en el área donde Weisfeiler se perdió y que la posibilidad que haya entrado a la colonia dignidad puede ser descartada ya que ésta se ubica a más de 100 kilómetros desde donde él fue visto la última vez”. Afirmando como opinión final, “Se puede deducir Boris Weisfeiler fue víctima de un accidente debido a la ignorancia de las condiciones de los ríos Los Sauces y Ñuble”.

d) A fojas 162, en la misma publicación se indica que el 30 de julio de 1993, Andrés Domínguez Vial, secretario ejecutivo de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la “Comisión Rettig”, Respondió a las cartas de Doña Olga Weisfeiler, explicándole que “estudiada atentamente esa información reunida, el Consejo estimó que de ella no se desprenden antecedentes que le permita formarse la convicción que se trata de una víctima de violación de Derechos Humanos o de la violencia política conforme a los términos de la Ley N° 19.123, por lo cual su presentación no puede ser acogida favorablemente”.

e) Respecto de los dichos de un anónimo a través de una carta que se menciona en las publicaciones de fojas 153 y siguientes y en orden de investigar que rola a fojas 200 y siguientes, y que dan cuenta de una versión distinta de los hechos, dicho testigo no pudo ser ubicado ni individualizado durante toda la investigación, pese a las órdenes de investigar que se despacharon con ese fin, incluso a fojas 312 consta en la declaración de José Antonio Viera

Gallo, que dicha persona le habría llamado telefónicamente y que no quiso prestar declaración ante ninguna autoridad.

f) A fojas 439 aparece Informe Policial N° 96, y a fojas 456 la apreciación del investigador policial es que “la lógica indica que por el contenido de las declaraciones policiales tomadas especialmente, a los funcionarios de carabineros que pertenecieron a la dotación del retén El Roble comuna de San Fabián de Alico, todo hace pensar que el ciudadano norteamericano Boris Weisfeiler al intentar cruzar el río El Sauce, nadando, su cuerpo fue arrastrado por las caudalosas y profundas aguas”. Luego, se refiere al informe técnico de los buzos tácticos de la Armada de Chile y sus expresiones en relación a la peligrosidad y profundidad del Río el Sauce, y señala que no obstante todo esto, se manejan muchas otras hipótesis en el caso, y no se satisfacen las inquietudes policiales.

g) A fojas 581 y siguientes rola Informe Policial N° 1650, el cual en su parte final a fojas 586 señala “Acerca de la información que pudiera llevar a los investigadores a establecer la existencia de otra patrulla militar en la zona en la fecha del desaparecimiento de Boris Weisfeiler, se entrevistó a Ricardo Waldo Ramírez Ruiz y Mario Sheihing Navarro, ambos Coroneles en retiro del Ejército, quienes en el mes de enero de 1985 ocupaban los cargos de comandante del regimiento Infantería número 6 “Chacabuco” y comandante del Batallón logístico número 3 “Concepción” respectivamente, ambos

dependientes de la III División de Ejército, declaran no recordar acerca de misiones militares encomendadas a personal a su cargo en el sector de San Fabián de Alico durante el período en que se produce la desaparición de Boris Weisfeiler. Por lo anterior, no existen antecedentes claros para poder determinar que hubo en el sector otra patrulla militar, y presumiblemente haya tenido implicancia en la desaparición del ciudadano ruso norteamericano”.

h) A fojas 647 el informe policial N° 950 y en la apreciación del investigador policial del segundo párrafo se afirma respecto a la Ex-Colonia Dignidad “Que a pesar que han existido rumores, respecto a la posibilidad que algunos de los detenidos desaparecidos se encuentran vivos al interior del enclave alemán, hasta el momento en distintas actuaciones judiciales-policiales, no ha sido posible determinar la veracidad de tales aseveraciones, y tal como ocurrió en el presente caso, no ha existido un testimonio serio en qué apoyarse para dar el curso correcto a las indagaciones”. Descartando finalmente la presencia de detenidos desaparecidos vivos.

i) A fojas 674 rola declaración de Jaime Hernán Vásquez Ramírez, quien señala en lo pertinente que en 1985 cumplía funciones en la Subcomisaría San Fabián, unidad de la cual dependían dos destacamentos fronterizos, denominados Retén El Roble y avanzada fronteriza Pichi-Rincón. Afirma que le correspondió colaborar en la búsqueda de un extranjero junto a otros carabineros de la zona, por

cuanto existían antecedentes que dicho sujeto habría sido visto en el sector del retén El Roble, sin embargo no habría pasado a presentarse en el retén y un lugareño que residía entre el retén El Roble y Los Sauces, dio aviso del paso de una persona desconocida por su casa o funcionario del destacamento, saliendo en su búsqueda el jefe de unidad junto a otro efectivo, “Debido que toda persona que se desplazara por esa zona tenía la obligación de presentarse en el destacamento policial respectivo para su control y fiscalización y así establecer qué actividades realizarían en la zona. Debo hacer presente que este método era utilizado con todo tipo de personas ya sea turistas, excursionistas o arrieros por cuanto esta es la misión de un destacamento de fronteras además de controlar el ingreso y egreso a ciudadanos por pasos no habilitados este pronunciamiento lo puedo emitir en mi calidad especialista en servicios de montaña y fronteras”. En el mismo sentido, declaró a fojas 676, Héctor Javier Vásquez Vidal, quien también cumplía servicios en la subcomisaría San Fabián en 1985.

j) A fojas 714 se encuentra la declaración de Franz Baar, colono que estuvo en la Colonia Dignidad, asegurando que fue encarcelado en el Hospital de Villa Baviera por casi 18 años, recordando, respecto de la víctima de autos, que Paul Schäffer contó que esta persona se habría ahogado en el río, sin embargo, el testigo piensa que Paul Schäffer lo detuvo y dio muerte, reconociendo incluso a la víctima en una foto que le fue exhibida, señalando

que lo vio caminando con 2 jefes de la Colonia.

k) A fojas 736 consta declaración de Sergio Corvalán quien sostiene haber estado en la Vicaría de la Solidaridad en el año 1986, momento en que llegó un testigo a contar acerca del paradero de la víctima de autos ya que era miembro de la patrulla militar que estaba a cargo de la seguridad del perímetro exterior de la Colonia Dignidad, dando cuenta que Boris Weisfeiler fue detenido por la patrulla militar, ya que, por su apellidos, se pensaba que era un espía israelí, por lo tanto, fue entregado a la Colonia Dignidad.

Sostiene que el informante llegó con autoridades norteamericanas y agregó a su declaración que, a los días posteriores de entregar al sujeto, lo vio en una fábrica de ladrillos de la Colonia.

l) A fojas 750 declaración de Armando Cabrera, quien manifiesta haber sido agente de la CNI, acompañando un documento en el cual se refiere que, lo que dice relación con las muertes de los sub-oficiales del Ejército, Bernardo Castillo y Luis Ormeño, el primero fallecido causa indeterminada, y el segundo, por suicidio, conforme certificados de defunción, serían cometidas por funcionarios del Ejército, aparentemente ya que pensaban que ellos estaban mandando información anónima sobre la muerte de Boris Weisfeiler.

m) A fojas 809 declaración de Manuel Gutiérrez quien recuerda un episodio ocurrido en enero/1985, señalando que, a esa fecha, estando a la

ribera del río Pelarquilauquen el cual colinda con la Colonia Dignidad, aproximadamente a 200 metros, en horas de la noche, pudo advertir que personas que asegura que eran Carabineros quienes bajando de una pendiente que viene del sector de San Fabián de Alico, entregaban a los colonos una persona detenida, a quien no puede reconocer, lo suben a otro vehículo el que toma el camino que conduce a Colonia Dignidad. Asegura que, luego de ese hecho, se quedaron acampando en el sector junto con su familia, siendo vigilados por los “alemanes”.

n) A fojas 766 rola Inspección ocular de la causa rol N° 264-2000, la cual fue seguida ante el 3° Juzgado Militar de Concepción y que se investigó la muerte de Luis Ormeño, ocurrida el 4.12.2000, la cual fue sobreseída total y definitivamente de conformidad con el art. 408 N° 2 Código de Procedimiento Penal.

ñ) A fojas 772 consta Inspección ocular de la causa rol N° 63328-5, la cual fue seguida ante el 2° Juzgado del Crimen de Angol y que se investigó la muerte de Bernardo Castillo Rifo, suboficial de Ejército, ocurrida el 9.09.2000, la cual fue sobreseída temporalmente.

o) A fojas 1170 y 1277 consta Informe Pericial Fotográfico.

p) A fojas 1582 se agregó Informe Planimétrico, para lo cual concurren al lugar el 15.02 y 1, 2 y 31.03 de 2007: respecto del recorrido que habría realizado la víctima y otros lugares de interés criminalístico.

q) A fojas 1588 se agregó informe pericial relativo al análisis de la carta denuncia enviada a la embajada de Estados Unidos, por parte del testigo anónimo que da cuenta de una versión de los hechos referida a la detención de Boris Weisfeiler y luego su entrega a Colonia Dignidad, indicándose en sus conclusiones respecto de la nota que rola a fojas 558 y 559 del Tomo III, y 1609 y 1610 del Tomo V, bajo el título de “Informe”, no fue escrita por la misma persona que dio cuerpo al legajo de 13 hojas en fotocopia a fojas 1596 a 1607.

r) A fojas 1656 rolan antecedentes hidrométricos de niveles de caudales de los ríos “Los Sauces” y “Ñuble”, de los días 1 al 10 de enero de 1985, de acuerdo a los registros que maneja la Dirección General de Aguas, en la estación río “Los Sauces” antes de la “Junta” con el “Ñuble” –no hay información.

s) A fojas 2021 se agregó Informe Fotográfico elaborado por la Policía de Investigaciones, en donde se fijan fotográficamente varios lugares en donde se habría transitado uno de los acusados. En las fotografías se destacan las imágenes del andarivel que cruza el río Ñuble, desde el sector de Los Sauces al sector El Roble.

14° Que conforme se viene señalando, del mérito del cúmulo de antecedentes, testimonios, declaraciones, informes periciales, informes policiales fruto de los resultados de las diversas órdenes de investigar despachadas, que dan cuenta del contexto de los hechos investigados en la causa, y que

se sostuvieron en el auto de procesamiento que rola a fojas 2115, y en la acusación de fojas 2684, se comparte la conclusión del sentenciador en cuanto a que las circunstancias que rodearon la desaparición de Boris Weisfeiler Bernstein y que fueron calificadas como delito de secuestro calificado no puedan ser catalogadas o puedan enmarcarse en el contexto de un delito de lesa humanidad, tal como se indica en las motivaciones sexta a décimo cuarta del fallo en alzada, ya que no se visualiza ninguno de los presupuestos indicados en las motivaciones precedentes, esto es, no se trató en este caso de un ataque generalizado, masivo, y sistemático contra la población civil, o contra grupo de personas unidas por alguna característica común, más bien, conforme el mérito de los antecedentes y dado el contexto dado por la zona fronteriza de que se trataba, los funcionarios policiales alertados por lugareños del posible ingreso irregular de una persona por paso fronterizo, inician su búsqueda, y lo detienen, sin que se encuentre acreditado que dichos funcionarios policiales como los militares acusados, actuaron conociendo el contexto de ataque y entendiendo que su conducta formaba parte del ataque, como una política del Estado o de sus agentes, sino más bien cumplían con su cometido, por encontrarse precisamente sus funciones relacionadas con el resguardo de los pasos fronterizos de la zona.

Tal como se reseñó en el numeral décimo de la presente sentencia, se acreditó que efectivamente Boris Weis-

feiler Bernstein estuvo en contacto con arrieros entre los días 3 y 4 de enero de 1985, a saber, José Aníbal López Benavides y Luis Alberto López Benavides, de fojas 81 y 82, sus declaraciones son precisas, concordantes y producen convicción en ese sentido, siendo el último de ellos quien, dadas las instrucciones que había recibido de Carabineros del Reten fronterizo “El Roble” de dar aviso respecto de cualquier circunstancia que hiciera presumir alguna situación extraña o anómala, o que alguien hubiera ingresado irregularmente por paso fronterizo no habilitado, y por la vestimenta militar y la barba de varios días que describen exhibía la víctima, da aviso a funcionario policial de dicho retén en la persona del Carabinero Estorgio Soto Vásquez, iniciándose la búsqueda de Boris.

Asimismo, de las declaraciones de Jaime Hernán Vásquez Ramírez y Héctor Javier Vásquez Vidal, de fojas 674 y 676, siendo sus declaraciones precisas y concordantes, en el sentido que la búsqueda de Boris Weisfeiler, se realiza en el entendido que las instrucciones que los policías debían cumplir dicen relación con que toda persona que se desplazara por dicha zona tenía la obligación de presentarse en el destacamento policial respectivo para su control y fiscalización y así establecer qué actividades realizarían en la zona. Haciendo presente expresamente en sus declaraciones que este método era utilizado con todo tipo de personas ya fueran turistas, excursionistas o arrieros por cuanto esa era la misión de un destacamento de fronteras, además de

controlar el ingreso y egreso a ciudadanos por pasos no habilitados.

Que en este sentido, dada la época de ocurrencia de los hechos investigados, año 1985, no es posible tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, no habiéndose acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha acreditado que en enero de 1985 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Tal como se viene argumentando y conforme al mérito de lo expuesto, el hecho que se haya estimado por los funcionarios policiales que se trataba de “un extremista”, atendido que vestía ropa militar y exhibía una barba crecida, no constituye un antecedente suficiente para que pueda acreditarse la pertenencia del delito investigado, dentro de las nociones esenciales y propias del derecho Internacional Humanitario, no siendo por tanto

atinentes las normas y principios del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, por cuanto no se dan en la especie, los elementos de lo que se ha definido como Crimen Contra la Humanidad.

EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

15° Que respecto del delito de secuestro objeto de esta investigación, especialmente respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero, su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que solo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria solo una vez puesta en libertad la víctima.

Así se ha señalado en fallo de la Excma. Corte Suprema rol N° 4329-2008, citando a su turno, al profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, I, 2ª Ed. ConoSur, julio 2001, pág. 183). Desde esta premisa, se cuestiona dicha sentencia respecto a “si es posible y legítimo, entonces, sentenciar

por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado”.

16° Que, se concuerda con el sentenciador en que tratándose de un delito común y por tanto, prescriptible, y conforme al principio *in dubio pro reo*, resulta necesario establecer una fecha cierta de inicio de la detención o encierro de la víctima, única forma de hacer una interpretación armónica entre el tipo penal de secuestro calificado y la prescripción de la acción penal, tal como lo señala el artículo 141 del Código Penal.

Es así que, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, especialmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 6 de abril de 1985. De esta manera, desde este hecho claro y evidente, se puede dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada, tal como aparece del fallo que se revisa.

17° Que, conforme se indica en el numeral 1) del considerando vigésimo primero del fallo en alzada, según las acusaciones, el delito se consumó los días 4 a 5 de enero de 1985 y los indi-

cios provenientes de los antecedentes del proceso, tal como se señaló, por sí solos no permiten concluir indubitablemente cual fue la fecha exacta en que cada acusado, luego de detener la consumación, pudo mantener privada de libertad a la víctima y menos, el momento en que se agotó efectivamente la ejecución del delito, ya que efectivamente, tal como se sostiene en su motivación décimo novena y vigésima, el sentenciador solo contaba como antecedentes directos de la situación que habría afectado a Boris Weisfeiler Bernstein, con las presunciones derivadas de las declaraciones que rolan a fojas 81 y 82, respectivamente, correspondientes a José Aníbal López Benavides y Luis Alberto López Benavides, quienes reconocieron la foto de la víctima en la licencia de conducir y son las últimas personas que tuvieron contacto y vieron a Boris Weisfeiler entre los días 3 y 4 de enero de 1985 antes que desapareciera, informando Luis López Benavides al acusado Estorgio Soto Vásquez, el paso de la víctima por el sector “El Roble”, transmitiendo luego Soto Vásquez esta información a su superior.

Es así que, habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron efectivamente más de 10 años entre el 6 de abril de 1985, esto es más de 90 días después de la privación de libertad o encierro de la víctima, hasta las fechas de las declaraciones judiciales en calidad de imputados de los encausados conforme se detalla en el numeral 3) del considerando

vigésimo primero, y en la motivación trigésimo primera, además, la normativa expresa de los artículos 93, 94, y 95 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados por el secuestro calificado que fue investigado en la presente causa.

18° Que del modo como se ha venido razonando, procede entonces rechazar las alegaciones del Programa de Derechos Humanos, de la parte querellante particular y del Consejo de Defensa del Estado, esgrimidas en sus respectivos recursos de apelación, en cuanto por ellas se solicitó revocar los sobreseimientos y en consecuencia se confirmará la sentencia absolutoria en alzada, puesto que ha operado la causal de extinción de responsabilidad penal establecida en el numeral 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal.

19° Que atendido lo dispuesto en los artículos 102 del Código punitivo, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal y tratándose de una causal de extinción de la responsabilidad penal que favorece a todos los encartados, habiéndose acogido la excepción en comento, se omite pronunciamiento sobre las demás alegaciones de los procesados a través de sus apelaciones por resultar innecesario.

20° Que, la causa se elevó en consulta del sobreseimiento parcial y definitivo, respecto de Jorge Andrés Cofré Vega, en virtud del art. 408 N° 5°

del Código de Procedimiento Penal, a ese respecto se comparte la opinión del Fiscal Judicial de 12 de abril del año en curso, escrita a fs. 3.677, quien fue de la opinión de aprobar la resolución a ese respecto, en virtud de constar en autos certificado de defunción de dicho encartado.

21° Que del modo como se ha venido razonando, se disiente del parecer de la señora Fiscal vertido en su informe de fojas 3309, en cuanto fue de opinión de casar de oficio la sentencia por cuanto no señala en forma pormenorizada los supuestos de hecho que configurarían los vicios que a su juicio sustentarían la causal de casación que plantea.

22° Que en cuanto a la acción civil; en virtud de haber operado la prescripción de la acción penal respecto de todos los encausados, no estando en presencia de lo que se denomina como delito de “lesa humanidad”, la acción civil indemnizatoria está sujeta a las normas sobre prescripción del derecho civil interno, tal como se razonó por el sentenciador, por lo que solo cabe confirmar la sentencia apelada por la que se rechaza la demanda civil de doña Olga Weisfeiler Bernstein, en contra del demandado civil Fisco de Chile.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 456 bis, 500, 514, 527, 528 bis, 530, 534, 535 del Código de Procedimien-

to Penal, 93, 94, 95 y 141 del Código Penal, se declara:

I.- Que se confirma la sentencia en alzada, en cuanto por ella resultaron absueltos los acusados Jorge Andrés Cofré Vega; Estorgio Soto Vásquez; José Arias Suazo; Antonio Cortés Aravena; Luis Pardo Fernández; Gabriel Díaz Morales; Héctor Aedo Toro, de los cargos formulados en su contra como autores del delito de secuestro calificado de Boris Weisfeiler Bernstein por prescripción de la acción penal. Y se absolvió y sobreseyó definitivamente a Guillermo Luis Fernández Catalán, del cargo formulado en su contra como autor-cómplice del mismo delito, por prescripción de la acción penal.

II.- Que se confirma en lo demás apelado el fallo aludido.

III.- Que se aprueba, asimismo, la resolución de veintisiete de marzo de 2019, escrita a fojas 3673, que sobresee definitiva y parcialmente al procesado Jorge Andrés Cofré Vega.

Redacción de la ministra (S) señora Negroni.

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por la ministra señora Jenny Book R. y la ministra Suplente señora Gloria Isabel Negroni V. Santiago, dieciocho de noviembre de dos mil diecinueve.

Rol N° 361-2016.-