

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

ASOCIACIÓN ILÍCITA

CASO COLONIA DIGNIDAD. I. REQUISITOS DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL. IDENTIDAD DE HECHO PUNIBLE E IDENTIDAD DE SUJETO ACTIVO. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, RECHAZADA. ILÍCITOS DE LA LEY SOBRE CONTROL DE ARMAS NO ABARCAN TODOS LOS COMPONENTES DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA. II. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. DIFERENCIA ENTRE COPARTICIPACIÓN Y ASOCIACIÓN ILÍCITA. ELEMENTOS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. III. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA MEDIA PRESCRIPCIÓN TRATÁNDOSE DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA. IV. VOTO DISIDENTE: PROCEDENCIA DE APLICAR LA MEDIA PRESCRIPCIÓN TRATÁNDOSE DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. MEDIA PRESCRIPCIÓN CONSTITUYE UNA REGLA DE ORDEN PÚBLICO DE APLICACIÓN OBLIGATORIA PARA LOS JUECES.

HECHOS

Condenados por el delito de asociación ilícita y el Fisco de Chile interponen recursos de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado. La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad sustancial deducido por el Fisco de Chile, con voto de disidencia, y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (acogido)*

ROL: *14312-2016, de 29 de diciembre de 2016*

PARTES: *“Fisco de Chile y otros con Rebeca Schäfer Schneider y otros”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Manuel Valderrama R.*

DOCTRINA

- 1. En materia penal, la cosa juzgada que emerge de las resoluciones judiciales señaladas por la ley permite la real vigencia del derecho, impidiendo una nueva persecución penal por los mismos hechos, constituyéndose en un obstáculo para un nuevo enjuiciamiento al entender resuelto el conflicto que*

motivó el ejercicio de la jurisdicción. Ante las distintas modalidades de la cosa juzgada civil y penal, las reglas de la primera no resultan del todo aplicables a la segunda. Las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona del responsable; de este modo, al no exhibir la segunda una reglamentación clara, como la tiene en materia civil, la doctrina unánime sostiene que no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, postulando como únicas exigencias la identidad de los hechos punibles investigados e identidad de sujetos activos del delito, en función de aquello que constituye lo central del proceso penal, a saber, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o las personas responsables del mismo, extremos sobre los cuales, en consecuencia, versa el juzgamiento, cuya repetición se impide en virtud de la cosa juzgada. Las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal también giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fundamentales en el juicio penal, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de las personas responsables del mismo. El artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, de lo que es posible desprender que para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del actual procesado (considerandos 6° a 9° de la sentencia de casación). Si bien existe una estrecha relación entre el delito de asociación ilícita y el que sanciona el artículo 8° de la Ley sobre Control de Armas, lo cierto es que, en la especie, la organización criminal operó con bastante antelación a la época de los hechos que configuran los ilícitos que describe la Ley precitada, los que no abarcan todos los componentes de la asociación delictual, tales como: a) el funcionamiento al mando de un líder con la compañía de un núcleo central de personas para la concreción de sus fines ilícitos; b) la distribución de funciones, propiamente de seguridad, resguardo de lugares y personas, funciones técnicas en relación al armamento, doblegar la voluntad de los colonos, entre otros; c) conformación y operación de sofisticados sistemas de seguridad a través de equipos de alta tecnología, como sensores de movimiento, construcciones ocultas; d) conformación y operación de un departamento de inteligencia o de registro de información; e) colaboración de redes de apoyo externo, entre ellas, la estrecha vinculación con la DINA; f) contar con un territorio determinado, de gran superficie, sobre el cual se ejercía un control absoluto, con plena tolerancia de la autoridad política administrativa de la época, lo cual facilitó su actuar delictivo. Por lo tanto, del proceso penal que motiva la cosa juzgada esgrimida en esta causa no es

posible concluir la doble identidad requerida por tal instituto, pues conviniendo que el enjuiciado es el mismo, los hechos de esta investigación exceden a aquellos que motivaron la condena expedida en los autos rol 2182-98 Control de Armas. La asociación ilícita no se refiere a una reunión circunstancial de personas que conjuntamente cometen un hecho delictivo, sino se trata de una sociedad de carácter permanente en el tiempo, efectivamente organizada y jerarquizada, con clara distribución de las esferas de poder y de decisión. Tales sucesos no habían sido materia de juzgamiento (considerandos 13° y 14° de la sentencia de la Corte Suprema)

- II. *El delito de asociación ilícita constituye un ilícito penal independiente, autónomo, que se sanciona en forma separada y sin perjuicio de las penas que se aplique a los crímenes o simples delitos cometidos por los miembros de la organización. Tal como indica el artículo 292 del Código Penal, toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado nítidamente la coparticipación de la asociación ilícita, precisando que lo sancionado por esta última es diverso de otros injustos, requiriendo una acción y dolo propio. En efecto, la configuración de la asociación ilícita requiere el construir una estructura con ciertas particularidades objetivas, las que se pueden concretar en la concurrencia de pluralidad de sujetos activos que formen cuerpos permanentes, organizados jerárquicamente, con reglas propias, que tienen por fin la comisión de ilícitos establecidos por la ley. Se trata, entonces, de una colectividad delictiva, cuyo método es penalmente antijurídico, en el que las relaciones entre los componentes del sistema, en particular las personas, se hallan funcionalmente vinculadas para fines criminales, y como mecanismo de injusto tienen una dimensión institucional de ser antisocial, lo que hace de ella no sólo algo más que la adición de sus partes, sino también algo independiente de esa sumatoria, y es en ese plano donde radica su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para delinquir, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la diferencia de otros regímenes sociales. Así, la asociación criminal comprende todos los supuestos en que dos o más sujetos elaboran en común un proyecto delictivo, conforme con un programa criminal o medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades. En lo que se refiere a la culpabilidad, se requiere la conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo, de acuerdo a su papel en el organismo. A lo anterior es posible agregar el elemento esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual por sus componentes, aspecto*

que genera la sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes. En esta perspectiva, la asociación es el centro que reúne las manifestaciones de voluntad de sus autores, lo que se grafica en el deseo coincidente con el acuerdo de unirse, ya sea desde el inicio, al constituirse, o en uno sucesivo, pero en ambos el resultado consiste en quedar asociados manteniendo la intención en su resultado típico, la que debe prolongarse sin determinación temporal por obra de los propios agentes hasta extinguirse por disolución total, sea forzada o espontánea, o con el abandono individual de uno de sus miembros, mediando permanencia en el resultado (considerandos 10° y 29° de la sentencia de la Corte Suprema).

La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para llenar de contenido el tipo delictivo en análisis, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, en la que personas con mayor responsabilidad dan las órdenes a otras que las ejecutan; concertación, reparto de tareas—lo que hace que un miembro con un cometido específico pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo— y una cierta estabilidad temporal, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria según las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal. En la misma dirección la doctrina ha señalado que la asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización, empleo de medios materiales, continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional convergencia para el delito o mera codelincuencia. La conducta del autor —asociado para delinquir— deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos” —Patricia Ziffer—. También se ha expresado que “ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la ‘voluntad social’; aun cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal, es requisito la aceptación común de esas reglas” (considerandos 32° y 33° de la sentencia de la Corte Suprema)

III. El artículo 103 del Código Penal que trata sobre la prescripción gradual no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos. Sin embargo, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, situación que condujo a proclamar la imprescriptibilidad

de la acción persecutoria, y que no ha sido reclamada, cabe sostener que 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. Por otro lado, 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 dada 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 (considerandos 37° y 38° de la sentencia de la Corte Suprema)

IV. (Voto disidente) *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 halla su razón de ser en lo excesivo que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, tratándose de crímenes de lesa humanidad, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos 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 prevista en la ley penal, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. En suma, 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 penal. Por lo demás, tampoco existen restricciones de orden 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 (considerandos 1° a 3° de la disidencia de la sentencia de casación)*

Cita online: CL/JUR/8516/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 177 del Código de Procedimiento Civil; 103, 292, 293, 294 del Código Penal; 408 del Código de Procedimiento Penal; Decreto Supremo N° 400, de 1978, del Ministerio de Defensa Nacional.*

CORTE SUPREMA:

I. Sentencia de casación

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio “Asociación Ilícita-ex Colonia Dignidad”, por sentencia de nueve de abril de dos mil catorce, a fojas 3.963, se absolvió a los acusados Rebeca del Carmen Schäfer Schneider, Peter Schmidt Spinti, Matthias Gerlach Marschke y Friedhelm Zeitner Bohnau de la acusación que les fuera formulada de ser autores del delito de asociación ilícita previsto y sancionado en los artículos 292 y 293 del Código Penal. El mismo fallo condenó a Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies, Gerd Seewald Lefevre, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, Karl Van Den Berg Schuurman, Juan Guillermo Contreras, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Gómez Segovia, cada uno, a cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras duren sus condenas más el pago de las costas de la causa, como autores del referido delito, cometido a contar del 11 de septiembre de 1973 en la denominada Colonia Dignidad, en la comuna de Parral.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil quince, a fojas 4.589, desestimó los primeros arbitrios y, con adicionales fundamentos, la confirmó.

En contra de ese fallo la defensa de los condenados Schnellenkamp Nelaimischkies, Mücke Koschitzke y Espinoza Bravo, así como el Fisco de Chile dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de las presentaciones de fojas 4.624, 4.672, 4.702 y 4.695, respectivamente, en tanto que la representante del enjuiciado Van Den Berg Schuurman, a fojas 4.633, dedujo recurso de casación en la forma, todos los cuales se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 4.734.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del condenado Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies se funda únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la que se reclama error de derecho en la aplicación de los artículos 293 y 294 del Código Penal.

Según explica, las normas indicadas contienen reglas especiales sobre autoría y participación respecto del delito de asociación ilícita, diferenciando a quienes toman parte, a los que ejercen

mando, a los jefes, los provocadores y los que a sabiendas y voluntariamente han suministrado medios e instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión. La sentencia calificó la intervención de Schnelllemkamp como la de “jefe medio”, nomenclatura que no existe en la ley, pero que se asimilaría a la del citado artículo 293.

Al contestar los cargos solicitó que la participación que se le atribuía se ajustara a los términos del artículo 294 del Código Penal, es decir, como autor miembro o partícipe de la organización, pues la llamada “Colonia Dignidad” a la época de los hechos operaba como una secta, con un solo jefe, lo que el fallo descarta, pero no incorporó hechos que correctamente calificados permitieren concluir que le cupo participación como autor jefe.

Enseguida se reclama el rechazo de la concesión de penas sustitutivas a la privativa de libertad impuesta, pues ninguno de los delitos por los que se le condena es de aquellos señalados en el artículo 1° incisos segundo, tercero y cuarto de la Ley N° 18.216. Incluso avalaba esa petición el hecho de haber permanecido en Chile cuando comenzó la investigación, pudiendo eludir la acción de la justicia, presentándose al tribunal cada vez que fue requerido. En consecuencia, como la nueva ley trata de penas y no beneficios alternativos, al desestimarse esta pretensión el fallo dejó de aplicar los artículos 18 del Código Penal y 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política, en relación con los artículos 3° y 4° de la Ley N° 18.216, que resultaban más favorables al sentenciado.

Por último, se sostiene que los hechos de este proceso ya fueron materia de un pronunciamiento anterior, rol 2182-1998, episodio Control de Armas, por los que ya fue condenado.

Finaliza solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que lo condene como autor del delito de asociación ilícita que sanciona el artículo 292 en relación al artículo 294 del Código Penal y luego de esa calificación se le imponga la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, sustituyéndola por la de remisión condicional o la que se estime conforme a derecho.

Segundo: Que la representante del condenado Karl Van Den Berg Schuurman formalizó recurso de casación en la forma por la causal del artículo 541 N° 11 del Código de Procedimiento Penal, esto es, haber sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada, cual es el fallo librado en los autos rol N° 2182-98, Control de Armas, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Explica que en el proceso señalado tanto su mandante como el enjuiciado Schnelllemkamp Nelaimischkies fueron condenados como autores del delito contemplado en el artículo 8° de la ley N° 17.798, norma que sanciona a los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitarren o indujerren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3°. También señala el precepto que incurren en la

misma pena, disminuida en un grado, los que a sabiendas ayudaren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armados con algunos de los elementos indicados en su artículo 3°.

Señala el impugnante que los hechos materia de dicho proceso consistieron en que “sus poseedores ... en cuanto a la organización, pertenencia, financiamiento, dotación de materias primas, operación e instrucción, indujeron a la creación y mantenimiento de un grupo de civiles como partidas militarmente organizadas”, ... “tal estructura orgánica se concretó poco antes del 11 de septiembre de 1973 y luego en la época inmediatamente posterior a esa fecha se armaron sus miembros ...” y que “el ocultamiento y almacenaje de parte de tales pertrechos, que lo fue hasta la fecha del hallazgo ... determinan el propósito antijurídico del superior jerárquico de Villa Baviera, para continuar permanentemente con la actividad delictiva al margen de la normativa jurídica del Estado de Chile, desafiándola de ese modo ...”. Esos hechos, en concepto del recurso, colman a cabalidad todos los elementos del delito de asociación ilícita por el que se le sanciona en estos antecedentes.

Para configurar el vicio, explica la impugnante, se requiere de identidad de persona y del objeto de la persecución. En este caso existen un mismo enjuiciado y comportamiento objetivo, pues la actividad delictiva que se le atribuye en ambos procesos se circunscribe al armamento y pertrechos bélicos que se

procuró la organización criminal existente en la ex Colonia Dignidad.

En la especie, en consecuencia, existe una conducta que puede ser subsumida en dos tipos penales. Pero el artículo 8° de la Ley de Control de Armas sanciona un tipo especial de asociación ilícita, cual es la creación de milicias privadas armadas, comportamiento que también reprime los artículos 292, 293 y 294 del Código Penal, existiendo una relación de género a especie, lo que hace improcedente la aplicación del artículo 294 bis del mismo ordenamiento punitivo, porque de procederse de ese modo se estaría sancionando dos veces la misma conducta.

Con tales argumentos solicita se anule la sentencia y acto continuo, sin nueva vista, se dicte la de reemplazo que corresponda conforme a derecho y al mérito del proceso.

Tercero: Que la defensa del condenado Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke dedujo recurso de casación en el fondo por las causales 3ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

La causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba se funda en la contravención de los artículos 456 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

En relación a la primera de estas normas se reclama del fallo que no tuvo por probados los hechos fundantes de sus descargos y que habrían impedido la condena, pues demuestran que al interior de la Colonia Dignidad se daban las características de una secta, donde existía una sola autoridad o jefatura, sin que concurren, al mismo tiempo, los elementos subjetivos del tipo penal.

En el caso del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, el fallo no indica cuáles serían los medios de prueba con los cuales se acreditan los hechos que constituyen el delito, lo cual impedía formar convicción condenatoria.

Por la causal 3ª de casación en el fondo se afirma que la sentencia dio por acreditada la existencia de una asociación ilícita desde septiembre de 1973 sin señalar cuáles son los medios de prueba fundantes de esa declaración, pues de haberse ponderado correctamente los elementos de convicción reunidos se habría concluido que tales no satisfacen los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal.

Según se postula en el recurso, no se probó que la actividad desplegada obedezca efectivamente a una asociación organizada con un plan delictivo común determinado y que en ella su mandante hubiere actuado con dolo directo y con plena conciencia y voluntad de formar parte de ésta con el fin de atentar en contra del orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad. Para que exista dolo se requería no sólo el conocimiento por parte del sujeto del programa delictual, sino querer ser parte de él de manera directa y precisa, es decir, un propósito común que trascienda a los miembros individualmente considerados, nada de lo cual concurre en relación a su mandante. Su conducta, por ende, no es típica desde la perspectiva del artículo 293 del Código Penal.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia y en reemplazo se dicte

otra conforme a la ley y al mérito de los hechos, absolviendo a su representado.

Cuarto: Que el recurso de casación en el fondo formulado en representación del Fisco de Chile se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dada la errónea aplicación de los artículos 94 y 103 del Código Penal, favoreciendo indebidamente a sujetos condenados por crímenes de lesa humanidad, respecto de los cuales la acción persecutoria es imprescriptible.

Según refiere, la prescripción total y la gradual comparten el mismo elemento fundante, cual es el transcurso del tiempo, el que es negado en este tipo de delitos, cometidos por agentes del Estado y por civiles. En consecuencia, aplicar la media prescripción a los hechos probados importa darles el tratamiento de un delito común, lo que no se ajusta a la ley penal y a la normativa internacional humanitaria, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º de la Constitución Política.

Finaliza solicitando que se anule el fallo y se dicte el correspondiente de reemplazo que imponga a los sentenciados al menos diez años y un día de presidio, como fuera requerido en la acusación particular.

Quinto: Que, por último, la defensa del sentenciado Pedro Espinoza Bravo formalizó recurso de casación en el fondo por la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al haberse dictado sentencia calificando como delito un hecho que la ley penal no considera como tal. Para estos efectos se reclama la infracción de los artículos 15, 292 y 293 del Código Penal.

Explica el recurrente que su representado tuvo una relación con la ex Colonia Dignidad entre los años 1968 y 1969, cuando fue destinado al Área de Movilización de la Escuela de Artillería de Linares, a partir de lo cual no es posible concluir que estaba asociado ilícitamente o que por haber tenido esa destinación se asociaría ilícitamente en una época posterior. En las fechas en que se habría cometido el supuesto delito, desde 1973 en adelante, sólo tuvo contactos de orden social y recreativo con miembros de la ex Colonia Dignidad, donde algunas veces concurrió junto a su familia.

La existencia de armas de fuego desde 1968 en el interior del enclave tampoco supone una asociación ilícita con Pedro Espinoza o con la Dirección Nacional de Inteligencia, que en todo caso fue creada en 1974. En la época en que ocurren los hechos, Espinoza Bravo estaba destinado como Director de la Escuela Nacional de Inteligencia en San José de Maipo, y sus asignaciones posteriores no fueron en la Colonia Dignidad. Ésta y la Dirección de Inteligencia Nacional no pueden calificarse como una sola organización, dado que contaban con gestión propia, instrumentos independientes, ámbito geográfico diverso y jerarquía claramente definida.

Está acreditado en el proceso que la Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad tenía un líder indiscutido, pero Pedro Espinoza no se encontraba en ninguno de los puestos de la estructura y ordenamiento jerárquico que mantenía. En todo caso, esa sociedad fue constituida en 1961 y todo su funcio-

namiento estaba instalado con mucha anterioridad al tiempo de creación de la DINA. Por ende, no basta señalar que los personeros de ambas organizaciones tenían estrecha relación, pues era indispensable que éstos formen parte de la asociación y como ninguna de las entidades estaba integrada jerárquicamente a la otra, no ha podido configurarse el delito de asociación ilícita. No se verifica, por último, la existencia del ánimo delictual que se pretende en la sentencia, pues el conocimiento de los agentes no abarca los elementos que integran el tipo penal, cuales son la asociación de personas, jerárquicamente organizadas y funcional normativamente en pos de un programa criminal trascendente.

En síntesis, la sentencia da por acreditado un delito a partir de hechos que no lo constituyen, sin perjuicio que no se consideraron otros antecedentes y medios probatorios que prueban la inocencia de su representado.

Con tales argumentos solicita que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que absuelva a su mandante del cargo de ser autor del delito de asociación ilícita.

Sexto: Que atendiendo a las diversas impugnaciones planteadas es más conveniente abocarse en primer término a la petición de invalidación formal de la defensa del sentenciado Karl Van Den Berg Schuurman.

Al efecto cabe tener en cuenta que, en materia penal, la cosa juzgada que emerge de las resoluciones judiciales señaladas por la ley permite la real vigencia del derecho, impidiendo una nueva persecución penal por los mismos

hechos, constituyéndose en un obstáculo para un nuevo enjuiciamiento al entender resuelto el conflicto que motivó el ejercicio de la jurisdicción.

La cosa juzgada, por una parte, posibilita el cumplimiento de lo decidido y, por la otra, impide que el asunto sea revisado en otro juicio, en pos del mantenimiento del orden y la tranquilidad social.

Séptimo: Que ante las distintas modalidades de la cosa juzgada civil y penal, las reglas de la primera no resultan del todo aplicables a la segunda. En efecto, las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona del responsable; de este modo, al no exhibir la segunda una reglamentación clara, como la tiene en materia civil, la doctrina unánime –compartida en reiterados fallos por este tribunal– sostiene que no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, postulando como únicas exigencias la identidad de los hechos punibles investigados e identidad de sujetos activos del delito, en función de aquello que constituye lo central del proceso penal, a saber, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o las personas responsables del mismo, extremos sobre los cuales, en consecuencia, versa el juzgamiento, cuya repetición se impide en virtud de la cosa juzgada.

Octavo: Que las normas de los artículos 76, 108, 110 y 274 del Código de Procedimiento Penal también giran en torno a dos ideas únicas, centrales y fun-

damentales en el juicio penal, la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de las personas responsables del mismo.

El estudio particular de estos aspectos ha llevado a don Rafael Fontecilla Riquelme a afirmar que surgen “dos elementos relevantes, que constituyen la médula de la decisión que el juez debe hacer en la sentencia: el hecho punible y la persona a quien se atribuye la ejecución o participación de ese hecho”, y “sobre estos extremos versa el juzgamiento y determinan, por ende, la cosa juzgada”, y concluye: “Por lo tanto, el concepto de identidad, del cual no podemos desprendernos, porque es de la esencia de la institución de la cosa juzgada que tiene por objeto evitar la repetición procesal, de lo que es idéntico, sólo puede surgir de la comparación del hecho y de la persona del procesado en el enfrentamiento de dos procesos”. De modo que “la excepción de cosa juzgada puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) identidad de hechos punibles, técnicamente tipos; b) identidad entre los sujetos activos del delito”. (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, pp. 231-232, Editorial Jurídica 1978).

Del mismo modo, el catedrático español Fernando Gómez de Liaño afirma que “para que se produzca la cosa juzgada penal ... sólo exige la concurrencia de dos identidades, la del sujeto pasivo y de los hechos, no influyendo en este sentido las partes acusadoras, por su carácter instrumental, y eventual en muchos

casos”. (El Proceso Penal, Editorial Forum S.A. Oviedo, 5ª Edición p. 242).

Noveno: Que las reflexiones anteriores aparecen recogidas por el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, de lo que es posible desprender que para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del actual procesado.

Décimo: Que tal como asienta la sentencia impugnada, el delito de asociación ilícita constituye un ilícito penal independiente, autónomo, que se sanciona en forma separada y sin perjuicio de las penas que se aplique a los crímenes o simples delitos cometidos por los miembros de la organización. Tal como indica el artículo 292 del Código Penal, toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Undécimo: Que concretando los conceptos que se vienen relacionando al caso en estudio ha de señalarse que Van Den Berg Schuurman resultó condenado en estos autos por los siguientes hechos:

A.- Al amparo de la “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”, se organizó una estructura jerarquizada que planificó y ejecutó múltiples delitos, integrada por personas que fueron

miembros y colaboradores de esa corporación, actividad que se inicia a lo menos desde el año 1970 en adelante, según consta de la documentación encontrada durante el año 2005 al interior de la ex “Colonia Dignidad”, actualmente conocida como “Villa Baviera”, comuna de Parral, Séptima Región; estructura que continuó organizada después de la disolución de la fundación dispuesta por la autoridad administrativa competente, precisamente disuelta por “desviación del objeto de ésta”.

Dicha estructura perfectamente organizada con el fin de actuar ilícitamente, contaba con un superior o mando responsable, el cual estaba muy bien informado con un sistema creado al efecto, y si bien no implicaba ello constituir formalmente una organización tradicional militar, sí lo era en cuanto a la aplicación de reglas, experiencias y adiestramiento propias de una actividad de esa naturaleza, contando de esa forma con capacidad suficiente para llevar a cabo operaciones militares y con la posibilidad plena de imponer una disciplina de ese carácter.

El sistema de información creado por el líder y su jerarquía desarrolló aspectos de archivo político, búsqueda de información, intento de intervención de los sistemas clasificados de comunicaciones de las fuerzas armadas, registro de personas, determinadamente de detenidos políticos, algunos de los cuales fueron interrogados dentro de la ex “Colonia Dignidad”, asignándoseles apodos a los informantes, estableciendo canales para entregar la información, con diferencias en el tipo de informa-

ción que se entregaba, esto es, archivos y borradores, además, muchas de las personas indagadas estaban ubicadas en Argentina y en otros países de este hemisferio y de Europa, lo que permitiría eventualmente ser el blanco de alguna operación en su contra; además de información sobre autoridades civiles, religiosas, exmilitares, militares en servicio activo y actividades profesionales de éstos. Creando con tal fin un vínculo o relación entre la DINA y ellos.

En el hecho, tal estructura implicó, ante la pasividad de algunas de las autoridades, el control de un territorio determinado, con permanencia tal que le permitió al líder servir el proyecto y realizar las operaciones ilícitas.

El carácter sostenido y concertado de estas operaciones no coinciden en absoluto, por su duración y persistencia, con algún hecho esporádico, sino que, por el contrario, su forma de ser se caracterizó porque la organización liderada por el “führer” o “jefe”, tuvo siempre un actuar organizado, ordenado y preparado, con capacidad de desarrollar el protocolo diseñado, con estructura suficiente para ejecutarlo.

Se operó además en un sistema con características propias de las sectas, utilizando la religión y el vínculo con la autoridad militar de la época que gobernaba en Chile, mecanismo que favoreció al líder, al abusar éste de la propia comunidad a la que pertenecía e impunemente desarrollar su conducta pedófila criminal, en contra de los desgraciados niños que quedaban a su alcance.

B.- En cuanto al armamento y pertrechos bélicos, a lo que se vincula

determinadamente al acusado Van Den Berg Schuurman, el fallo asienta que fruto de diligencias ordenadas por el tribunal se incautaron los días 14 de junio y 4 de agosto de 2005 dos arsenales ocultos bajo tierra con numeroso armamento, explosivos de diverso tipo e insumos químicos para su confección, municiones, accesorios y otros múltiples elementos de carácter bélico, cuyo hallazgo se produjo al interior de recintos de la ex Colonia Dignidad.

Dicho material bélico oculto estaba totalmente al margen de todo control y supervigilancia del Ministerio de Defensa Nacional y su obtención, fabricación o adquisición no aparece resguardada por medio de autorización alguna de la entidad fiscalizadora competente.

En general se trató de materiales de uso bélico tales como lanzacohetes, ametralladoras, subametralladoras, rockets, morteros, explosivos diversos y, en general, elementos de gran poder destructor y efectividad, que resultan aptos para ser utilizados en algún conflicto de guerra como medios de combate. Este factor permitió concluir que, además, los elementos incautados daban cuenta del tráfico internacional de armas realizado hasta y desde la ex Colonia Dignidad.

Otros de los elementos incautados estarían destinados a efectuar ataques especialmente odiosos, como es el caso de las armas de fantasía, encubiertas bajo la forma de lápices, bastones de apoyo para caminar y cámara fotográfica con dardos en su obturador, fabricados especialmente para ocultar su verdadera naturaleza.

Asimismo, se comprobó la existencia de metralletas “hechizas” e insumos químicos habitualmente utilizados en la confección de artefactos explosivos, tales como explosivo TNT, explosivo plástico T-4, polvo de aluminio, nitrato de amonio, antimonio, detonadores eléctricos y mecánicos, por lo que la organización fabricó parte del armamento encontrado.

El arsenal, al no tener el respaldo legal, fue introducido clandestinamente al territorio nacional.

De acuerdo a los peritajes, la mayor parte de las armas de fuego incautadas están aptas para su uso como tales.

Duodécimo: Que, por su parte, el fallo expedido en la causa rol N° 2182-98 Control de Armas, condenó a Van Den Berg Schuurman como autor de los delitos previstos y sancionados en los artículos 8° y 10 de la ley N° 17.798, lo que se circunscribe al descubrimiento de armas de fuego de diversa naturaleza que la ex Colonia Dignidad se proveyó y mantuvo desde la época inmediatamente posterior al 11 de septiembre de 1973 hasta la fecha en que son habidas, 14 de junio y 4 de agosto de 2005.

Decimotercero: Que si bien es efectivo que existe una estrecha relación entre el delito de asociación ilícita y el que sanciona la Ley de Control de Armas en su artículo 8°, la organización criminal operó con bastante antelación a la época de los hechos que configuran los ilícitos que describe la ley N° 17.798, los que no abarcan todos los componentes de la asociación delictual, tales como: a) el funcionamiento al mando de un líder con la compañía de un núcleo central

de personas (entre ellas Van Den Berg Schuurman) para la concreción de sus fines ilícitos; b) la distribución de funciones, propiamente de seguridad, resguardo de lugares y personas, funciones técnicas en relación al armamento, doblegar la voluntad de los colonos, entre otros; c) conformación y operación de sofisticados sistemas de seguridad a través de equipos de alta tecnología, como sensores de movimiento, construcciones ocultas; d) conformación y operación de un departamento de inteligencia o de registro de información; e) colaboración de redes de apoyo externo, entre ellas, la estrecha vinculación con la DINA; f) contar con un territorio determinado, de gran superficie, sobre el cual se ejercía un control absoluto, con plena tolerancia de la autoridad política administrativa de la época, lo cual facilitó su actuar delictivo.

Decimocuarto: Que, como se aprecia, del proceso penal que motiva la cosa juzgada esgrimida en esta causa no es posible concluir la doble identidad requerida por tal instituto, pues conviniendo que el enjuiciado es el mismo, los hechos de esta investigación exceden a aquellos que motivaron la condena expedida en los autos rol 2182-98 Control de Armas. La asociación ilícita no se refiere a una reunión circunstancial de personas que conjuntamente cometen un hecho delictivo, sino que se trata de una sociedad de carácter permanente en el tiempo, efectivamente organizada y jerarquizada, con clara distribución de las esferas de poder y de decisión. Tales sucesos no habían sido materia de juzgamiento.

Decimoquinto: Que no existe discusión en cuanto a que el Estado puede reaccionar sólo una vez por un hecho ilícito con el objeto de aplicar una sanción penal a su responsable, lo que supone para el inculpado la garantía de que no puede ser sometido a un doble juzgamiento por unos mismos acontecimientos, situación que en este caso no se evidencia, porque sólo existe un pronunciamiento judicial respecto de la responsabilidad de Van Den Berg Schuurman por el delito de asociación ilícita.

En definitiva, la persecución penal en su contra surge de dos hechos independientes que constituyen delitos autónomos y que se sancionan en forma separada, como prescribe el artículo 294 bis del Código Penal.

Decimosexto: Que, en consecuencia, al no configurarse la doble identidad que el proceso penal exige para que haya cosa juzgada, el recurso de casación en la forma deducido será desestimado.

Decimoséptimo: Que el recurso de casación en el fondo intentado por el condenado Kurt Schnellenkamp, en su primer segmento, reclama la calificación de la participación que se le atribuye en el delito como “jefe medio”, nominación que no se encontraría en la ley, postulando que su intervención correspondería a la que describe el artículo 294 del Código Penal.

Decimooctavo: Que el artículo 293 del Código Penal en el delito de asociación ilícita sanciona a los jefes, los que hubieren ejercido mando en la asociación y a los provocadores, con las penas que en ese precepto se indican dependiendo si

la organización criminal ha tenido por objeto la perpetración de crímenes o simples delitos.

El artículo 294 que le sucede reprime a cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión.

Decimonoveno: Que como se aprecia del fundamento 32° del fallo de primer grado, reproducido por el de alzada, la defensa de Schnellenkamp aceptó la existencia de la nomenclatura “mando medio” dentro de la descripción del artículo 293 del Código Penal, distinguiéndolo de los jefes de organización criminal, lo que ahora desconoce.

Se trata en este caso de quienes ejecutan con cierta autonomía lo que ya viene resuelto por los jefes, siendo su rasgo distintivo el de recibir órdenes respecto de las cuales tienen poder de ejecución sobre otros asociados.

Vigésimo: Que sobre lo objetado por el recurso la sentencia resolvió que “si bien la denominada Colonia Dignidad constituía una organización liderada por Paul Schäfer Schneider, dicho mando no podía ser absoluto, atendida la envergadura de la organización en cuanto a territorio y número de personas que participaban en ella, situación que involucraba una necesaria jerarquización y distribución de funciones, de modo que la actividad que desplegaban en la asociación, entre otros, Schnellenkamp, era de jefatura media, lo que queda comprendido en el artículo 293 del Código Penal.

Dotando de contenido a estas aseveraciones el fallo declaró que Schnellenkamp procuró armamento y pertrechos bélicos a la organización e intervino en el tráfico internacional de armas. Además, con dolo de cómplice, participó en los delitos de abuso sexual y violaciones contra menores cometidas por el jefe de la organización, lo cual se estableció en el proceso rol N° 53.914 de la Corte de Apelaciones de Talca.

Vigésimo primero: Que a partir de las reflexiones anteriores es posible sostener que la calificación que se ha hecho de la participación del acusado Schnellenkamp es acertada, dada la entidad de la prestación a la asociación y la calidad de su compromiso con ésta y su jefe, Paul Schäfer.

Vigésimo segundo: Que la objeción formulada al fallo por la misma defensa en relación al rechazo de la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por alguna de las incorporadas por la ley N° 20.603, no constituye el vicio de casación denunciado.

En efecto, como señala el artículo 1° de la ley N° 18.216, la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga por alguna de las que enumera el mismo precepto, pero tal prerrogativa corresponde al ejercicio de las funciones propias del tribunal del fondo que, en cada caso, con conocimiento de los antecedentes de hecho esgrimidos por los litigantes, resuelve acerca de su procedencia.

En la especie, el tribunal del fondo desestimó esa solicitud “atendida la naturaleza, modalidades y móviles

determinantes del delito”, de manera que, con adecuada justificación, los jueces resolvieron no hacer uso de la potestad con la que se les inviste acerca de este extremo de la decisión, lo que no provoca la invalidación del fallo, ni aun por ausencia de fundamentación.

Vigésimo tercero: Que por el apartado final del recurso brevemente se arguye la existencia de otro proceso penal en que los hechos imputados ya habrían sido objeto de juzgamiento y sentencia.

Tal alegación, propia de un recurso de casación en la forma que no se ha deducido por esta parte, ya se encuentra debidamente resuelta a partir del fundamento Séptimo precedente, de manera que a fin de evitar repeticiones innecesarias tales reflexiones se tendrán por reproducidas.

Por las consideraciones anteriores el recurso de la defensa del sentenciado Kurt Schnellenkamp será desestimado en todos sus capítulos.

Vigésimo cuarto: Que el representante del condenado Gerhard Mücke reclamó como vicio de nulidad la falta de acreditación de los elementos del tipo penal de asociación ilícita por el que resultó condenado.

Dados los términos del recurso, es menester resolver en forma previa la denuncia que formula de infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

El artículo 456 del Código de Procedimiento Penal invocado a estos efectos no guarda relación con lo argumentado por la defensa, consistente en que “no se han tenido por probados, ilegalmente, los hechos de descargo que, de haberse admitido, habrían impedido la conde-

na”, pues la norma únicamente alude a la ritualidad de las pruebas que tengan lugar en el plenario y no tiene el carácter de reguladora.

Respecto del artículo 456 bis del mismo cuerpo legal, en reiterada jurisprudencia esta Corte ha concluido que el precepto no señala una regla reguladora de la prueba ni contiene una disposición de carácter *decisorio litis*, sino que se limita a consignar una norma encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción de que realmente se ha cometido un hecho delictuoso y de que ha cabido en él participación al enjuiciado y, en tal virtud, sancionarlo con arreglo a la ley. En concordancia con esta tesis se ha resuelto que, dada la condición de dicha norma, su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues si así fuese, ello significaría rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso, lo que llevaría a desnaturalizar el recurso de casación, cuyo objeto y finalidad le impiden remover los hechos del pleito.

En tales circunstancias, la causal examinada no puede ser aceptada.

Vigésimo quinto: Que como consecuencia de lo sostenido los hechos demostrados en la sentencia resultan inamovibles, de manera que la siguiente sección del recurso, extendido también a la causal contemplada en el artículo 546 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, habrá de estarse a ellos para

resolver la adecuación típica del hecho incriminado.

Vigésimo sexto: Que en el caso de autos los hechos declarados en la sentencia quedan subsumidos a cabalidad en la descripción típica contenida en los artículos 292 y 293 del Código Penal.

En efecto, sin perjuicio de lo señalado en el motivo Undécimo precedente, que se da por reproducido, respecto de este enjuiciado, la sentencia da por establecido, además, que éste colaboró con los organismos de seguridad del régimen militar instaurado en el país, determinadamente, con la Dirección de Inteligencia Nacional, DINAI. Mücke se organizó para ejecutar acciones ilícitas en estrecha relación entre la DINAI y la estructura jerárquica de la ex Colonia Dignidad dirigida por Paul Schäfer Schneider. Así, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, el acusado Gerhard Mücke Koschitzke colaboró activamente en implementar parte de las actividades de los grupos militares desarrolladas por la DINAI en conjunto con la ex Colonia Dignidad, dirigida por Paul Schäfer y sus jefes, utilizando las instalaciones de la referida colonia alemana, secuestrando y haciendo desaparecer a civiles que fueron conducidos a ella y mantenidos en esa condición en su interior.

También se estableció, en parte por medio del reconocimiento de los propios colonos alemanes, que el líder mantuvo dentro de la ex Colonia Dignidad detenidos por razones políticas que fueron conducidos a ese recinto y que un número indeterminado de vehículos, vinculados a desaparecidos, fueron

enterrados en ese predio, según pudo constatar el propio tribunal al descubrir cierto número de piezas de automóviles que habían sido desenterradas desde el predio.

Asimismo se acreditó que el 29 de julio de 1974, Álvaro Modesto Vallejos Villagrán, a la época estudiante universitario de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), fue detenido en el domicilio de su padre en la comuna de Maipú, en Santiago, por dos individuos que se identificaron como agentes de Inteligencia del Gobierno y es llevado transitoriamente al centro de detención denominado “Cuatro Álamos”, desde donde fue trasladado por agentes del Estado hasta la ex Colonia Dignidad, la que en esa fecha funcionaba como centro de detención y torturas de personas perseguidas por el régimen militar instaurado en el país, momento desde el cual dicha víctima se encuentra desaparecida.

Además, la actividad en apoyo de la organización ilícita por parte del encausado Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, consistió en acciones directas en contra de las víctimas de la represión política de personas contrarias al régimen militar instaurado con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, muchas de las cuales se ignora hasta hoy su paradero, dando luz el acopio de archivos de la propia organización criminal confeccionados al efecto por el acusado Gerd Seewald Lefevre, determinadamente, por los interrogatorios cuyos registros han sido

encontrados, de que los últimos días en que se tuvo noticia de dichas víctimas, éstas se encontraban secuestradas en la ex “Colonia Dignidad”. Ello resulta evidente del análisis de las fichas que contienen datos de los interrogatorios a los desaparecidos, Álvaro Modesto Vallejos Villagrán y Pedro Merino Molina.

La culpabilidad del acusado Gerhard Mücke Koschitzke en el delito de asociación ilícita surge del hecho del concierto con el líder Paul Schäfer, con dolo de complicidad, para que aquél cometiera abusos sexuales y violaciones sodomíticas en contra de menores. En cuanto a la comisión de tales delitos, así se ha establecido en la causa rol N° 53914, y otras acumuladas tramitadas por un Ministro de la Corte de Apelaciones de Talca, en Visita Extraordinaria en el Juzgado de Letras de Parral. En efecto, engañando a los padres y madres de las víctimas, aprovechando la pertenencia de éstos a familias campesinas de la zona que deseaban un mejor futuro para los niños y con el falso propósito de brindar protección a éstos, la organización criminal implementó al interior de la “Colonia Dignidad”, una estructura jerárquica que operó para que el líder o “führer”, seleccionara niños de su agrado y consumara gravísimas agresiones sexuales en contra de aquellos, actuando otros integrantes de la misma como cómplices de esos delitos.

Vigésimo séptimo: Que, a partir de estos sucesos, inamovibles, como se señaló, los jueces de la instancia resolvieron acertadamente que la conducta demostrada coincide con el tipo penal de asociación ilícita, pues al contrario de

lo que sostiene el recurrente, el carácter típico de los hechos fluye naturalmente de los mismos, toda vez que en ellos pueden identificarse cada uno de los elementos del injusto en cuestión.

Vigésimo octavo: Que sobre esta materia esta Corte ya se ha pronunciado.

En lo atinente al delito de asociación ilícita establecido en la sentencia que se revisa, corresponde tener en consideración que el artículo 292 del Código Penal describe el hecho que debe tenerse por tal.

La Comisión Redactora del mencionado cuerpo legal, en la sesión 157, de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta y tres, a propósito de la sugerencia del comisionado señor Gandarillas, en torno a suprimir la palabra “partida” con que concluía la norma original del proyecto (artículo 285), aceptó sus conclusiones y acordó suprimir la expresión indicada, en mérito a los siguientes fundamentos: a) el sentido y alcance de la norma es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable; b) se diferencia la asociación ilícita de las meras conspiraciones para cometer delitos determinados que se castigan de manera independiente; c) no basta que se forme una partida de criminales para que tenga aplicación el artículo 395 (sic); d) es necesario que constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias; e) la pena sólo se impone a las asociaciones destinadas a cometer delitos, que importan verdaderos ataques contra los derechos reconocidos y amparados por la ley.

Vigésimo noveno: Que, en esta perspectiva, tanto la doctrina como la juris-

prudencia han diferenciado nítidamente la coparticipación de la asociación ilícita, precisando que lo sancionado por esta última, es diverso de otros injustos, requiriendo una acción y dolo propio. En efecto, la configuración de la asociación ilícita requiere el construir una estructura con ciertas particularidades objetivas, las que se pueden concretar en la concurrencia de pluralidad de sujetos activos que formen cuerpos permanentes, organizados jerárquicamente, con reglas propias, que tienen por fin la comisión de ilícitos establecidos por la ley.

Se trata, entonces, de una colectividad delictiva, cuyo método es penalmente antijurídico, en el que las relaciones entre los componentes del sistema, en particular las personas, se hallan funcionalmente vinculadas para fines criminales, y como mecanismo de injusto tienen una dimensión institucional de ser antisocial, lo que hace de ella no sólo algo más que la adición de sus partes, sino también algo independiente de esa sumatoria, y es en ese plano donde radica su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para delinquir, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la diferencia de otros regímenes sociales. Así, la asociación criminal comprende todos los supuestos en que dos o más sujetos elaboran en común un proyecto delictivo, conforme con un programa criminal o medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades.

En lo que se refiere a la culpabilidad, se requiere la conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia

que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo, de acuerdo a su papel en el organismo. A lo anterior es posible agregar el elemento esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual por sus componentes, aspecto que genera la sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes. En esta perspectiva, la asociación es el centro que reúne las manifestaciones de voluntad de sus autores, lo que se grafica en el deseo coincidente con el acuerdo de unirse, ya sea desde el inicio, al constituirse, o en uno sucesivo, pero en ambos el resultado consiste en quedar asociados manteniendo la intención en su resultado típico, la que debe prolongarse sin determinación temporal por obra de los propios agentes hasta extinguirse por disolución total, sea forzada o espontánea, o con el abandono individual de uno de sus miembros, mediando permanencia en el resultado.

Trigésimo: Que la ilicitud de la entidad criminal, como ya se ha anticipado, configura un delito autónomo, independiente de los injustos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, por lo que el comportamiento a sancionar del miembro activo del organismo debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del derecho penal, lo que hace posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier per-

sona que realice una conducta funcional a aquel método.

Trigésimo primero: Que, sin perjuicio de lo argumentado por el juez *a quo* y las consideraciones generales precedentes, es conveniente traer a colación mayores reflexiones en torno a la existencia, en este caso, del delito de asociación ilícita imputado a los enjuiciados, claramente diferenciable de los supuestos de codeincuencia.

Trigésimo segundo: Que a través de varios pronunciamientos de esta Corte, entre otros, los recaídos en los ingresos rol N° 5576-07, de siete de agosto de dos mil ocho; rol N° 2747-09, de once de marzo de dos mil diez; y rol N° 7712-08, de quince de marzo de dos mil diez, la jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para llenar de contenido el tipo delictivo en análisis, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, en la que personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes a otras que las ejecutan; concertación, reparto de tareas –lo que hace que un miembro con un cometido específico pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo– y una cierta estabilidad temporal, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria según las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.

Trigésimo tercero: Que en la misma dirección la doctrina ha señalado que la asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometi-

dos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización, empleo de medios materiales, continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional convergencia para el delito o mera codelincuencia. La conducta del autor –asociado para delinquir– deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos” (Patricia Ziffer, *El Delito de Asociación Ilícita*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 2005, p. 72). Esta misma autora expresa que: “ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la ‘voluntad social’; aun cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal, es requisito la aceptación común de esas reglas”.

Trigésimo cuarto: Que con respecto al bien jurídico cuyo amparo se ha buscado a través de la punibilidad de la conducta consistente en asociarse con el fin de cometer delitos, un sector de la doctrina lo radica en el propio poder del Estado, esto es, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el

delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera ‘existencia’ de una pluralidad de personas que, de forma ‘organizada’ (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado... de todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dálbora: *Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Número 2 (1998), pp. 158 y 159). Parte de la doctrina identifica al objeto jurídico del delito con el “orden público”, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del hecho criminoso. “La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, p. 106).

Trigésimo quinto: Que, en la especie, más allá de la discusión doctrinaria, resulta indubitable que la asociación

ilícita concibió, diseñó y aplicó un plan a desarrollar de acuerdo a requisitos o estándares como son los de una organización criminal, lesionando intereses vitales, individuales y colectivos, que todo legislador ha querido proteger jurídicamente, dada su alta significación social.

Todos estos componentes, objetivos y subjetivos, fueron debidamente demostrados, de modo que cualquier impugnación que quiera hacerse de ellos no se satisface con la sola invocación de la causal 3ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como hace la defensa, siendo inconcuso que todos los requisitos del tipo penal concurren en los hechos, que el impugnante aceptó, por lo que el recurso será rechazado.

Trigésimo sexto: Que, en cuanto al recurso de casación en el fondo formalizado por el Fisco de Chile, éste discurre en torno al equivocado reconocimiento de la prescripción gradual en el caso de un crimen de lesa humanidad y la consiguiente rebaja de pena que conlleva esa circunstancia.

Trigésimo séptimo: Que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Sin embargo, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo impugnado declaró expresamente en el fundamento 37º, situación que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria en los motivos 38º a 41º, y que no ha sido reclamada, cabe sostener

que 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.

Trigésimo octavo: Que, por otro lado, 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 dada 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.

Trigésimo noveno: Que, en consecuencia, al aplicar el artículo 103 del Código Penal a un caso en que resulta improcedente y, por ello, reducir la sanción, como se razona en los fundamentos 45º y 48º del fallo de primer grado, mantenidos en la alzada, y Vigésimo primero de este último pronunciamiento, se configura el vicio de casación en el fondo que sirve de fundamento a este recurso, cuya influencia resultó sustancial en lo decisorio, pues se impuso una pena

de menor entidad a la que legalmente correspondía, defecto que sólo puede ser enmendado con la invalidación de la sentencia que lo contiene, por lo que el recurso deducido en representación del Fisco de Chile será acogido.

Cuadragésimo: Que, por último, en cuanto al recurso promovido por la defensa del sentenciado Espinoza Bravo, su planteamiento central consiste en la carencia de reproche penal de sus actos, controvirtiendo la existencia del hecho punible, lo que para acogerse, necesariamente implica modificar los hechos establecidos por los magistrados del grado, pero tales acontecimientos son inamovibles para este tribunal, que sólo podría alterarlos si se demostrase que se los acreditó con vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, para lo que resultaba indispensable invocar la causal de casación en el fondo contemplada en el artículo 546 N° 7° del Código de Procedimiento Penal, lo que en la especie no ha sucedido, de modo que sólo con arreglo a tales hechos ha de examinarse la causal sustantiva esgrimida.

Cuadragésimo primero: Que además de lo sostenido en el motivo Undécimo precedente, en relación al acusado Espinoza Bravo la sentencia consigna que éste está vinculado a la actividad organizada en materia de violación de derechos humanos, señalándose que a lo menos al 11 de septiembre de 1973 y en la época posterior a esta fecha, los miembros de la organización de la ex Colonia Dignidad se armaron, adecuándose mediante un preciso protocolo a acciones de colaboración con los organismos de seguridad del régimen militar instaura-

do en el país, determinadamente, con la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA en adelante), por medio de los oficiales de ejército que la componían, existiendo una estrecha relación entre la DINA y la referida estructura jerárquica de la ex Colonia Dignidad.

Aparece de los antecedentes que, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, la DINA, con conocimiento y en concierto con los jefes de la ex Colonia Dignidad, este enclave implementó parte de sus actividades utilizando las instalaciones de la referida colonia alemana, secuestrando a civiles que fueron conducidos a ella y mantenidos en esa condición en su interior.

También se estableció que dentro de la ex Colonia Dignidad se mantuvo a detenidos por razones políticas; se comprobó que la organización desarrolló su actividad mediante la confección de archivos que contenían los datos y antecedentes de personas sindicadas como izquierdistas, muchas de las cuales se ignora hasta hoy su paradero; dando luz, por los interrogatorios cuyos registros han sido encontrados, respecto de los desaparecidos Álvaro Modesto Vallejos Villagrán y Pedro Merino Molina de que los últimos días en que se tuvo noticia de ellos, se encontraban secuestrados en la ex “Colonia Dignidad”. Ello resulta evidente del análisis de las fichas que contienen datos de los interrogatorios de los desaparecidos Álvaro Modesto Vallejos Villagrán y Pedro Merino Molina.

Asimismo, tales fichas dan cuenta de la actividad de interrogación de las personas privadas de libertad, con par-

ticipación de jefarcas de la ex “Colonia Dignidad” y miembros de la DINA, constatándose que se obtuvo información, a lo menos de algunos de las víctimas, empleando tormento en su contra.

Adicionalmente, en el motivo 21° del fallo del *a quo* se consignó que existió una estrecha relación, organización y colaboración entre la DINA y la referida estructura jerárquica de la ex “Colonia Dignidad”, es así que, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, la DINA, por medio de sus superiores máximos a nivel nacional, esto es, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Pedro Octavio Espinoza Bravo, y el jefe superior regional de la DINA de la ciudad de Parral, el acusado Fernando Gómez Segovia, se conciertan con los jefes de la ex Colonia Dignidad, implementando parte de sus actividades ilícitas, utilizando las instalaciones de la colonia alemana para proceder a secuestrar y hacer desaparecer a civiles por razones políticas, los que fueron conducidos a ella y mantenidos en esa condición en su interior, además de que un número indeterminado de vehículos vinculados a desaparecidos fueron enterrados en ese predio, según pudo constatar el propio tribunal.

Cuadragesimo segundo: Que a partir de estas reflexiones y de los hechos del fallo sólo cabe rechazar la impugnación planteada, ya que en el caso de autos los hechos declarados en la sentencia quedan subsumidos en el delito de asociación ilícita, como acertadamente resolvieron los jueces, pues la tipicidad de los hechos probados en la causa fluye de los mismos, donde pueden identificarse

cada uno de los elementos del injusto en cuestión. Es así como el tribunal de alzada ha dado recta aplicación a las disposiciones sustantivas indicadas en el recurso –artículos 15, 292 y 293 del Código Penal–, sancionando al enjuiciado por su intervención de autor en los hechos establecidos.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 500, 535, 541 N° 11, 546 N°s. 1°, 3° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve:

1.- Que se rechaza el recurso de casación en la forma promovido en representación del sentenciado Karl Van den Berg Schuurman contra la sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 4.589 y siguientes.

2.- Que se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos contra el mismo fallo por los sentenciados Kurt Schnellekamp Nelaimischkies, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke y Pedro Octavio Espinoza Bravo.

3.- Que se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile en contra de la indicada sentencia, la que es nula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, en forma separada y sin nueva vista.

Acordada la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas, quienes estuvieron por rechazarlo por las siguientes consideraciones:

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 responsabili-

dad 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 halla su razón de ser en motivos de política criminal que conducen a permitir una rebaja de la sanción en hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados. De este modo, en los 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 autoriza atemperar la severidad de la represión, de conformidad a los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

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, pero dentro del marco fijado por los preceptos anteriormente citados.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de De-

recho 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 del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, quedando excluida la impunidad de sus acciones ilícitas.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la disidencia, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Manuel Valderrama R.

Rol N° 14312-2016.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce el fallo apelado con excepción de su motivo 45° y la oración que principia con las expresiones “teniendo en consideración para ello

...”, hasta su término, inserta en el fundamento 48°, que se eliminan.

De la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de Santiago se reproducen su sección expositiva y sus fundamentos Primero a Vigésimo, Vigésimo segundo, vigésimo cuarto y Vigésimo quinto, párrafos primero y segundo.

De la decisión de casación que antecede se reiteran los motivos Séptimo a Décimo, Décimo tercero, Décimo cuarto, Vigésimo octavo a Trigésimo quinto, Trigésimo séptimo y Trigésimo octavo.

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

1° Que el delito de asociación ilícita que se sanciona en estos autos tipificado en los artículos 292 y 293 inciso primero del Código Penal tiene aparejada la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

2° Que, para efectos de determinar la sanción aplicable, considerando que favorece a los sentenciados la minorante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, sin que les perjudique agravante alguna, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, se impondrá el castigo en su grado mínimo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 509, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, y disintiendo parcialmente del parecer de la Fiscalía Judicial se decide:

1.- Se rechazan los recursos de casación en la forma interpuestos en favor de los sentenciados Karl Van Den Berg Schuurman, Gerhard Wolfgang Mücke

Koschitzke y Kurt Schnellemkamp Nelaimischkies.

2.- Se confirma la sentencia de primera instancia de nueve de abril de dos mil catorce, escrita a fojas 3.824, con declaración que Kurt Schnellemkamp Nelaimischkies, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, Karl Van Den Berg Schuurman, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Gómez Segovia, quedan condenados a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas más el pago de las costas de la causa, como autores del delito de asociación ilícita, previsto y sancionado en los artículos 292 y 293 del Código Penal, cometido a contar del 11 de septiembre de 1973 en la denominada Colonia Dignidad, en la comuna de Parral.

Atendida la extensión de las condenas, éstas deberán cumplirse efectivamente, sirviendo de abono a cada enjuiciado el tiempo que permanecieron privados de libertad con ocasión de esta causa según consigna el fallo que se revisa.

3.- Se aprueban los sobreseimientos parciales definitivos consultados respecto de los encausados fallecidos Albert Schreiber Rauschenberger, Paul Schäfer Schneider, Gisella Gruhlke Hann, Renate Freitag Hartmann, Gerd Seewald Lefevre y Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda.

4.- Se confirma en lo demás el aludido pronunciamiento.

Se previene que los Ministros señores Künsemüller y Cisternas, que concurren a la decisión condenatoria, fueron partidarios de reconocer a los encausados la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, en virtud de las razones sostenidas en su voto disidente en la sentencia de casación, en consecuencia, estuvieron por confirmar el fallo de primer grado, sin modificaciones.

Se previene que el Ministro señor Brito no comparte la sección del fallo de reemplazo que resuelve los recursos de casación en la forma instaurados contra el dictamen de primer grado, toda vez que el referido pronunciamiento, de acuerdo a lo que dispone el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil,

aplicable en la especie de conformidad al artículo 535 del de Procedimiento Penal, no se encuentra dentro del ámbito de competencia de esta Corte, que únicamente conoce y resuelve los recursos deducidos contra la sentencia que como tribunal de segunda instancia pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de las prevenciones, sus autores.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Manuel Valderrama R.

Rol N° 14312-2016.

SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA PRESCRIPCIÓN GRADUAL EN DELITOS IMPRESCRIPTIBLES

FRANCISCO JARA BUSTOS
Universidad de Chile

Se trata de la sentencia de la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema en el episodio “Asociación Ilícita – ex Colonia Dignidad” (SCS, 29/12/2016, rol N° 14312-2016) que rechazó los recursos de casación presentados por la mayoría de los condenados, acogiendo únicamente el recurso presentado por el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en calidad de querellante, anulando el fallo de segunda instancia, en cuando a la aplicación del artículo 103 del Código Penal en caso de crímenes de lesa humanidad, y por tanto imprescriptibles. Se reproduce a continuación lo más relevante para encuadrar la discusión.

En los autos rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio “Asociación Ilícita – ex Colonia Dignidad” se “condenó a Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies, Gerd Seewald Lefevre, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, Karl Van Den Berg Schuurman, Juan Guillermo Contreras, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Gómez Segovia, cada uno, a cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabili-

tación absoluta para cargos y oficios públicos mientras duren sus condenas más el pago de las costas de la causa, como autores del referido delito, cometido a contar del 11 de septiembre de 1973 en la denominada Colonia Dignidad, en la comuna de Parral”. Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil quince, desestimó los recursos y, con adicionales fundamentos, la confirmó.

Cinco de los condenados y el Fisco de Chile, en calidad de querellante dedujeron recursos de casación. En cuanto a los mismos, nos ocuparemos de tres, por presentar puntos de interés. Los primeros se refieren a la alegación de cosa juzgada hecha por dos condenados. En efecto, los recurrentes Schnelllemkamp Nelaimischkies y Van Den Berg Schuurman fundaron sus alegaciones principalmente los hechos del proceso habían sido objeto de un pronunciamiento anterior, a saber, rol N° 2182-98 “episodio Control de Armas”, por los que fueron condenados como autores del delito del artículo 8° de la ley N° 17.798, por organizar grupos armados militarmente al alero de la Colonia.

La Corte resuelve correctamente al desechar estos recursos atendido a que si bien existe una relación entre el delito de asociación ilícita y aquel de la ley de control de armas, el primero es mucho más amplio por los componentes de la asociación delictual (considerando décimo tercero), confirmando su calidad de delito autónomo. En efecto, al amparo de la “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad” se organizó una estructura altamente jerarquizada, con estabilidad temporal, liderada por Paul Schäfer Schneider y otras jefaturas medias, dotada de un amplio control territorial y reglas propias, organizada para cometer ilícitos, disponiendo de medios materiales, incluyendo armamento bélico, lo que fue facilitado por la pasividad e incluso colaboración de la dictadura cívico-militar, existiendo una fuerte relación entre la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y la Colonia en numerosos casos de desapariciones forzadas, incluyendo las de don Álvaro Modesto Vallejos Villagrán y don Pedro Merino Molina.

El tercer recurso objeto de análisis fue deducido por el Fisco de Chile por la causal del artículo 546 causal 1ª del Código de Procedimiento Penal, por la errónea aplicación de los artículos 94 y 103 del Código Penal, la que habría favorecido indebidamente a condenados por crímenes contra la humanidad. Sostiene en su alegación en que la prescripción total y la gradual comparten el mismo fundamento, a saber, el transcurso del tiempo. Por lo tanto, al sostener su aplicación implica darle tratamiento de delito común, vulnerando la ley penal y la normativa internacional.

Esta aplicación del artículo 103 denunciada, la encontramos en los basamentos 45° a 48° de la sentencia de primer grado, como en el Vigésimo primero del dictamen de segunda instancia, no obstante ambos fallos proclamaron la imprescriptibilidad de la acción penal. La pregunta que se plantea en el caso es ¿procede la aplicación de la prescripción gradual ante delitos imprescriptibles (*v. gr.* genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad)?

La sentencia, por mayoría (3-2), entiende que no procede, puesto que al tratarse de un delito de lesa humanidad “*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*” (considerando trigésimo séptimo). En el mismo sentido razona que, “*la estimación de la prescripción gradual [...] afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó*” (considerando trigésimo octavo).

Consecuencialmente, la aplicación del artículo 103 en forma improcedente, reduciendo la sanción, configura el vicio de casación influyendo sustancialmente en lo dispositivo del fallo, “*pues se impuso una pena de menor entidad a la que legalmente correspondía*”, por lo que se acoge el arbitrio deducido por el Consejo de Defensa del Estado invalidando la sentencia (considerando trigésimo noveno), declarando en sentencia de reemplazo que se condena a Kurt Schnellemkamp Nelaimischkies, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, Karl Van Den Berg Schuurman, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Gómez Segovia, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales.

Coincidiendo con el voto de mayoría, parece que la respuesta a la pregunta por la aplicabilidad de la prescripción gradual, sólo puede ser negativa. En efecto, es indubitado que (a) la prescripción y la prescripción gradual son instituciones íntimamente ligadas, encontrándose en el mismo título del Código, y teniendo como fundamento el mismo plazo, como puede constarse del inequívoco tenor literal del artículo 103: “*Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones [...]*”; (b) tampoco se discute la imprescriptibilidad de ciertos delitos conforme al Derecho internacional imperativo, existiendo antecedentes al menos desde el Acuerdo de Londres, la resolución N° 95 I de la Asamblea General de Naciones Unidas (1946), que en su considerando décimo noveno confirma los principios de Núremberg, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, de la Excelentísima Corte Suprema, e incluso, en la doctrina nacional desde hace décadas²; (c) contraviene las reglas de

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

² FONTECILLA, Rafael, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, 2ª ed. (Santiago de Chile), pp. 170-175.

la lógica, puesto que, si consideramos que la mitad –de acuerdo a la Real Academia Española– es “[c]ada una de las dos partes iguales en que se divide un todo”, nunca podría obtenerse esa cifra en un plazo imprescriptible, como tampoco existe la mitad del número *más grande*, porque se trata de un conjunto infinito; (d) su aplicación también repugna al principio de culpabilidad que de la aplicación del artículo 103 no resulten penas privativas de libertad, aun tratándose de crímenes tan graves³; (e) porque de acuerdo a la doctrina mayoritaria su aplicación es facultativa para el tribunal⁴; (f) también ha habido pronunciamientos expresos contra su aplicación por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del Comité contra la Tortura en sus revisiones al Estado de Chile, y (g) por último, los tratados internacionales deben cumplirse e interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta su objeto y fin, de acuerdo a lo preceptuado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este caso, el objeto y fin de los tratados es la sanción de los crímenes contra el Derecho internacional y su adecuada represión.

¿Cuáles son, entonces, los argumentos esgrimidos por el voto de minoría? Este voto estuvo por rechazar la totalidad de los recursos, incluyendo aquel del Fisco de Chile, por considerar que son instituciones de diferente naturaleza y que su aplicación es obligatoria. Así, sostiene “[q]ue 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”. La prescripción gradual, siendo una “minorante de responsabilidad”, “*halla su razón de ser en motivos de política criminal que conducen a permitir una rebaja de la sanción en hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados*”, toda vez que “*el lapso transcurrido autoriza atemperar la severidad de la represión, de conformidad a los artículos 65 y siguientes del Código Penal*” (considerando 1º). Exponen también que al ser una mitigante calificada, se trataría de una regla de orden público (considerando 2º).

Por último, para los redactores de este voto, no existiría ninguna restricción constitucional, legal, convencional ni de *ius cogens* para su aplicación “*desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal*”. De este modo, al declararse la imprescriptibilidad de los delitos, sin más, quedaría

³ FERNÁNDEZ, Karinna y SFERRAZZA, Pietro, La aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones a los derechos humanos, en *Estudios Constitucionales* 7(1) (2009), pp. 309 y ss.

⁴ Por todos, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 3ª ed. (Santiago de Chile, 1998), p. 263; NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno, Tomo II, 3ª ed. (Santiago de Chile, 2005), p. 414.

excluida la impunidad, sin considerar otras formas de la misma, equiparándola sólo con la existencia de una condena, sin importar si conlleva o no el cumplimiento efectivo de las penas.

Pese a que estas afirmaciones suscitan más preguntas que respuestas, la verdad es que la prevención citada no es aislada. En efecto, a partir del fallo del episodio “secuestro de Juan Luis Rivera Matus” (SCS, 30/07/2007, rol N° 3.808-2006) se inaugura una línea jurisprudencial bien identificable, fundada en “lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos” (considerando 18, sentencia de reemplazo), de la que este voto participa.

Las sentencias de la Excma. Corte Suprema que han acogido mayoritariamente la aplicación favorable de esta minorante se encuentran en el período 2007 a 2013 aproximadamente, identificándose esta jurisprudencia con el nombre de “Doctrina Dolmestch”. Esto obedece, en palabras del profesor Jean Pierre Matus, a que históricamente en estos casos sobre graves violaciones a los derechos humanos, han existido al menos dos *grandes* posiciones. La búsqueda de “justicia”, que persigue castigar estos crímenes y terminar con la impunidad, y otra identificada con el “perdón”, más amigable a las ideas de prescripción, cuando no derechamente amnistía. En este contexto, esta doctrina “apareció como una suerte de ‘compromiso’ entre los afanes de ‘justicia absoluta’ y ‘perdón absoluto’, permitiendo una condena (‘justicia’), pero otorgando al condenado alguno de los [entonces] beneficios de la ley N° 18.216, a que se puede acceder admitiendo la rebaja de la media prescripción ‘perdón’”⁵.

En los últimos años dicha tendencia ha disminuido, restringiéndose a votos de minoría, pero igualmente, cada cierto tiempo se expresa en algunos fallos, dependiendo de la composición de la Sala Penal. Sin embargo, la batida en retirada de la media prescripción parece confirmar que su invocación no obedeció a buenas razones dogmáticas, apego al texto legal o respeto por los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino a una cuestión más bien sociológica o política relacionada con las vicisitudes propias de la transición a la democracia, y las dificultades que aún hoy existen para hacer justicia.

⁵ MATUS, Jean Pierre, El fin de la doctrina Dolmestch, *El Mercurio Legal*, lunes 30 de julio de 2012. En el mismo sentido: MATUS, Jean Pierre, Justicia, perdón y compromiso: sobre el surgimiento de la ‘media prescripción’ como atenuante en la sanción de las violaciones a los derechos humanos cometidas en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. En su: Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 283-289.