

VI. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

I. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE FUNDAMENTAR LAS SENTENCIAS. II. CONCEPTO, ELEMENTOS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. III. CONCEPTOS DE PRESUNCIÓN JUDICIAL, INDICIOS, SOSPECHAS Y CONJETURAS. IV. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CRIMEN PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. V. DAÑO MORAL CAUSADO POR EL HOMICIDIO CALIFICADO ACREDITADO NO REQUIERE DE PRUEBA. VI. REAJUSTES E INTERESES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

DOCTRINA

- I. *La fundamentación de las sentencias importa para las partes y el tribunal superior quedar en posición de poder conocer, rebatir, impugnar y revisar, en su caso, las razones que formaron la convicción del tribunal a quo, comprometiendo así aspectos de orden público que no es posible soslayar. En dicho contexto, la exigencia impuesta por el legislador a los jueces del fondo, en cuanto los conmina a exponer en la sentencia definitiva las consideraciones en virtud de las cuales se dan por probados o no los hechos atribuidos al encausado, importa un examen razonado de los elementos de prueba que digan relación con la responsabilidad de éste, lo que involucra también aquellos que puedan eximir o atenuar esa responsabilidad, desde que los hechos acreditados deben encontrar justificación en las probanzas rendidas y entregar los fundamentos que conducen a dicha comprobación. La sentencia que se limita a enumerar los medios probatorios desfavorables al reo, sin hacerse cargo de aquellos que podrían exculparlos y sin razonar sobre las contradicciones o divergencias que de ellos emanan, no satisface las exigencias del artículo 500 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, lo que configura el vicio de casación formal del artículo 541 N° 9 del mismo Código (considerandos 4°, 5°, 9° y 10° de la sentencia de nulidad).*
- II. *La asociación ilícita u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades. Las principales características del tipo delictivo previsto y sancionado en el artículo 292 del Código Penal, son la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, en la que unas personas, con mayor responsabilidad, dan las órdenes*

a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; concertación; distribución de tareas o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido 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 a 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. La asociación ilícita exige dolo directo. La existencia del dolo importa el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal, que en el caso de este delito ha de abarcar los tres elementos que integran el tipo penal objetivo, esto es, una asociación de personas, jerárquicamente organizada y funcional y normativamente en pos de un programa criminal trascendente. Por su parte, el elemento volitivo consiste en querer asociarse de manera organizada y, lo que es más importante, adherir al propósito criminal común. Por último, el bien jurídico que protege este ilícito es la tranquilidad pública (considerandos 7° a 9°, 13° y 14° de la sentencia de reemplazo).

En la especie, atendida la particular naturaleza de la institución a que pertenecen los partícipes, el Ejército, no es posible considerar que concurren los elementos de carácter objetivo que se requieren para estar en presencia de una asociación ilícita, pues precisamente la jerarquización, existencia de grados, permanencia en el tiempo, distribución de tareas, etc., son consustanciales a su esencia, que distan con mucho de las intenciones delictivas que se le pretenden atribuir. Más bien se está frente a una situación de coautoría o coparticipación, en que personas actuaron coordinadas para un plan común. Desde un punto de vista teleológico, debe exigirse que los fines y medios empleados por la asociación sean delictivos. En el caso del Ejército, éste tiene por mandato constitucional la defensa de la Patria y la seguridad nacional y, por lo tanto, como persona jurídica constitucional no puede integrar per se una asociación ilícita. Distinta es la situación personal de sus miembros, quienes apartándose de este deber pueden llegar a constituir la, con el fin de perseguir fines delictivos ajenos a esta institución. Por lo demás, tampoco se ha acreditado el elemento subjetivo del tipo: la existencia de dolo directo (considerandos 9° a 12° y 15° de la sentencia de reemplazo).

III. *La presunción judicial es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona. Constituye el ejemplo más relevante*

de la prueba indirecta. El indicio y la presunción son conceptos diferentes, pero relacionados, ya que el indicio es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. También es útil diferenciar la presunción de las sospechas y conjeturas, ya que las dos últimos son anteriores a los indicios y provocan sólo un juicio ligero, por la vaguedad e imprecisión de los indicios no certificados. La conjetura es el juicio probable que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones; mientras que la sospecha es el recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho. La doctrina enseña que la sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero nunca puede ser fundamento de una condena.

Conforme al artículo 488 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, las presunciones judiciales sólo pueden llegar a configurar una prueba completa de un determinado hecho, si se basan en hechos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales. No es posible sacar una presunción de otra presunción. Por consiguiente, en la especie, al disponerse únicamente de presunciones judiciales como medio probatorio para llegar a acreditar los supuestos fácticos de que se trata, estos hechos no satisfacen las exigencias legales –reales y probados– y no está permitido inferir de ellos otras presunciones, con las cuales llegar a tener por comprobada con el grado de certeza que la ley exige la participación aludida. En estas condiciones, no se adquiere la convicción necesaria para condenar. Efectivamente, el cúmulo de presunciones judiciales que según el sentenciador eran suficientes para atribuir participación culpable a uno de los encausados, en realidad no son más que simples elucubraciones de un hecho cierto, pero anterior e indirecto en relación al delito, por lo que la conclusión final no obedece a una relación consecuencial lógica que permita la convicción a que se ha llegado en su sentencia (considerandos 24° a 30° y 32° de la sentencia de reemplazo).

- IV. *La pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal, conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, vínculo que en el caso de autos aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas –cometidas por agentes estatales– las que subyacen y originan la pretensión civil de los querellantes respecto del Fisco, resultando*

entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley. La conclusión antedicha se condice con la normativa internacional aplicable por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial (considerandos 35°, 36° y 39° de la sentencia de reemplazo).

A mayor abundamiento, atendiendo a la regla general de la competencia de la extensión contemplada en el artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales y a los artículos 10 y 40 del Código de Procedimiento Penal tras la modificación introducida por la Ley N° 18.857, se concluye que el tribunal que es naturalmente competente para conocer del juicio penal puede extender sus facultades jurisdiccionales a la demanda civil deducida por la querellante en contra del Estado en el carácter de tercero responsable civil por los perjuicios que aquélla ha sufrido como consecuencia de la desaparición de una persona a manos de agentes del Estado. En efecto, el sentido de la reforma introducida por la Ley N° 18.857 no fue restringir el ejercicio de la acción civil que autoriza el artículo 10 del Código precitado, sino por el contrario extender su contenido a mayores hipótesis de cobros indemnizatorios, de manera que da más posibilidades de demandar a personas distintas de los hechores del delito (considerandos 41° a 43° de la sentencia de reemplazo).

- V. *El daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores del homicidio calificado, debe ser indemnizado por el Estado. La comprobación del agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se ha producido y que debe ser reparado dicho perjuicio. En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que la muerte violenta de una persona produce sufrimiento a sus parientes y cercanos, lo que no requiere de evidencia (considerandos 48° y 51° de la sentencia de reemplazo).*
- VI. *El reajuste de la indemnización que en definitiva se fije debe aplicarse a partir del momento en que se notifica válidamente la demanda, pues es aquél en que se hace efectiva la pretensión del actor; mientras que los intereses habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir de la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada (considerando 52° de la sentencia de reemplazo).*

LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO EN EL DELITO DE
ASOCIACIÓN ILÍCITA

JORGE CABRERA GUIRAO*

La Excma. Corte Suprema decidió revocar la sentencia de primera instancia que condenaba a los acusados por el delito de asociación ilícita. De acuerdo a lo dispuesto en los considerandos Séptimo a Vigésimo de la sentencia de reemplazo, la absolución se sostuvo en la falta de concurrencia de elementos que, a juicio de la Excma. Corte Suprema, resultan necesarios, para la configuración del tipo contenido en el artículo 292 del Código Penal.

En relación al tipo objetivo, la Corte resuelve la absolución aduciendo la ausencia pruebas tendientes a demostrar la existencia de una organización con estructuras jerárquicas, estabilidad en el tiempo y comunicaciones e instrucciones entre sus miembros. Sin embargo, la doctrina nacional ha caracterizado tradicionalmente al delito de asociación ilícita requiriendo la existencia de un acuerdo entre dos o más personas, para constituir una organización con permanencia en el tiempo con el fin de cometer los delitos previstos en la ley¹.

Al efecto, se ha sostenido que la existencia de un acuerdo voluntario entre a lo menos dos personas para participar en dicha asociación resulta suficiente a fin de satisfacer los requerimientos del tipo². De este modo, sólo resulta necesario que dicha organización mantenga un mínimo de cohesión interna que garantice su estabilidad y permanencia en el tiempo, más allá del número de sus miembros o su duración concreta³.

Sin perjuicio de lo anterior, el requerimiento antedicho no necesariamente implica que sea necesaria la existencia de una estructura jerárquica piramidal⁴. Una asociación ilícita bien puede configurarse como una organización horizontal en que las partes actúan coordinadamente a fin

* Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad de Pennsylvania.

¹ GRISOLÍA, Francisco, El delito de asociación ilícita, en *Revista Chilena de Derecho*, 31 (2004), pp 75-88.

² ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV (Santiago, 1998), p. 317.

³ Idem.

⁴ GRISOLÍA, Francisco, ob. cit., p. 81.

de cometer un número indeterminado de delitos. Sobre el particular, debe considerarse que el artículo 292 del Código Penal, no contiene la exigencia de la existencia de una estructura jerárquica. Luego, resulta controvertible que pueda excluirse la tipicidad de la conducta sobre la base de sostener que en una organización no existen sujetos subordinados.

La doctrina también ha considerado la configuración de una asociación susceptible de ser considerada ilícita en hipótesis de aprovechamiento de la estructura de una asociación que persigue un fin lícito⁵. Lo anterior no tiene como consecuencia considerar ilícita a la asociación instrumentalizada con ocasión de la actividad delictual de alguno de sus integrantes. Subsecuentemente, no resulta claro que no pueda configurarse el tipo de asociación ilícita respecto de miembros de organizaciones lícitas utilizadas para la comisión de un delito como ha sostenido la Excma. Corte Suprema en el fallo comentado. A mayor abundamiento, la misma Corte Suprema ha considerado posible configurar el delito de asociación ilícita entre miembros de una organización con fines nominalmente lícitos, en casos que éstas hubieras sido desviadas de su fin⁶.

Finalmente, el tipo requiere la existencia de un objetivo delictivo consistente en la comisión de un número indeterminado de delitos en relación al modo, tiempo y lugar de su comisión. Lo anterior, se distingue claramente de los actos preparatorios, porque la acción típica es diferente. En efecto, al tratarse de un delito de peligro, no resulta necesaria la comisión de los delitos para los que se constituyó la asociación ilícita.

⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología, una Introducción a sus Fundamentos Teóricos* (Valencia, 2001), p. 244.

⁶ En efecto, la sentencia del considerando vigésimo séptimo del fallo del caso Prats dispuso “[...] resulta demostrado para estos fines procesales que en la República Argentina operaron miembros de una asociación ilícita que formaron parte de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) [...]”. SCS, 08.07.10, Rol N° 2.596-09.

TEXTO DEL FALLO (EXTRACTO)

I. SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil doce.

Vistos:

Que en estos antecedentes, rol N° 737-11, de la Corte Suprema, sobre el delito de homicidio calificado del Coronel de Ejército don Gerardo Huber Olivares, para cuya investigación se instruyó esta causa Rol N° 26.369, de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, correspondiendo su tramitación al Ministro en Visita de ese tribunal don Claudio Pavez Ahumada, quien por sentencia de primera instancia de tres de octubre de dos mil nueve, escrita a fs. 6890 y siguientes, decidió absolver a Eugenio Adrián Covarrubias Valenzuela de los dos cargos imputados en su contra, esto es, de ser autor del delito de asociación ilícita que describe el artículo 292 del Código Penal, en relación con el inciso 1° del artículo 293 del mismo texto legal; y de ser autor del homicidio calificado en la persona de Gerardo Huber Olivares. Asimismo, condena a Víctor Federico Lizárraga Arias como autor del delito de asociación ilícita, en calidad de jefe de la misma, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias correspondientes, y como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Gerardo Huber Olivares, también a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a sus accesorias. Condena, también, a Carlos Enrique Krumm Rojas, como autor de asociación ilícita, en calidad de miembro

de la misma, a la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias legales pertinentes, absolviéndolo del cargo de ser autor del homicidio calificado de Gerardo Huber Olivares. Condena, también, a Manuel Jorge Provis Carrasco, en calidad de autor del delito de asociación ilícita, en calidad de jefe de la misma a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias; y a la misma pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias, como autor del delito de homicidio calificado de Gerardo Huber. Finalmente, en lo penal, condena a Julio Eduardo Stalin Muñoz Bustamante a quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de asociación ilícita, en calidad de miembro de la misma, y a sesenta días de prisión como encubridor del homicidio calificado de Gerardo Huber. Concede beneficios de cumplimiento alternativo de la pena –remisión condicional de la misma– a los encausados Krumm Rojas y Muñoz Bustamante; mientras que a Lizárraga Arias y Provis Carrasco se los deniega, condenándolos al cumplimiento efectivo de las penas impuestas. En cuanto a lo civil, condena a los cuatro enjuiciados a pagar a los demandantes, en forma solidaria, una indemnización por daño moral ascendente a una suma única y total de cuatrocientos millones de pesos, con reajustes e intereses. Al mismo tiempo, rechaza la demanda civil deducida en contra del Fisco de Chile porque, a su juicio, tratándose de una asociación ilícita para delinquir, la actuación de

sus miembros no pudo serlo en su carácter de agentes del Estado, habiendo actuado, en tal caso, como personas que obedecían a acuerdos y directrices irregulares, secretas, clandestinas, que escapaban de los controles regulares y normales del Ejército de Chile.

Reclamando de este fallo las partes recurrieron, dos de ellas, de casación en la forma, y todas de apelación, para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que, por sentencia de veintinueve de noviembre de dos mil diez, que se lee a fs. 7469 y siguientes, resolvió rechazar ambos recursos de casación en la forma; revocar el rechazo de la excepción de prescripción de la acción penal del delito de asociación ilícita, en calidad de miembros, invocada por la defensa de Carlos Krumm Rojas y Julio Muñoz Bustamante, acogiendo ésta y, por consiguiente, absolviéndolos del cargo. Revocó, asimismo, la sentencia en cuanto había rechazado las excepciones de incompetencia y de prescripción de la acción civil, alegadas por el Fisco de Chile la primera, y por los acusados Lizárraga Arias, Provis Carrasco y Muñoz Bustamante, la segunda, acogiéndose tales excepciones y, como consecuencia, desestimó la demanda civil intentada en su contra. Finalmente, confirmó en lo demás, la referida sentencia.

En contra de esta sentencia de segundo grado recurrieron de casación para ante esta Corte Suprema las siguientes partes: de fondo, por la querellante, la familia Huber, representada por don Ciro Colombara López y doña Joanna Heskia Tornquist, a fs. 7497; de fondo, por don Cristián Letelier Aguilar, en

representación del encausado Manuel Provis Carrasco, a fs. 7512; de forma y fondo, por don Juan Domingo Acosta Sánchez, en representación de Julio Eduardo Muñoz Bustamante, a fs. 7531; de forma y fondo por don Vivian Bullemore Gallardo, en representación de Víctor Lizárraga Arias, a fs. 7565; y de fondo, por don Antonio Navarro Vergara, en representación del Fisco de Chile, a fs. 7587.

Los antes referidos recursos de casación, de forma y fondo, habiéndoseles declarado admisibles, se ordenó traerlos en relación.

Considerando:

Primero: Que de la sentencia de segundo grado recurrieron de casación en la forma, en primer lugar a fs. 7531, el abogado don Juan Domingo Acosta Sánchez, por su representado Julio Eduardo Stalin Muñoz Bustamante; y seguidamente a fs. 7565, el abogado don Vivian Bullemore Gallardo, por Víctor Lizárraga Arias.

El primero de los recursos invoca como causal que lo autoriza la contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N°s. 4 y 5 del mismo cuerpo de leyes, esto es, atribuye a la sentencia el vicio de no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, al no contener ésta las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos aleguen en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; como también las razones legales

o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.

Por su parte, el segundo de los recurrentes, también sostiene su arbitrio en la misma causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, relacionándolo con los artículos 500 N° 4 y 502 del mismo Código, alegando la falta de consideraciones de la sentencia para establecer la participación culpable que se atribuye a su representado, destacando la insuficiencia de elementos que pudieran dar cabida a la prueba indiciaria de que el fallo se valió para condenar, agregando que no existen pruebas suficientes de participación de su cliente en los delitos investigados, desde que, según dice, “Una ponderación real y efectiva de la prueba rendida en relación con la participación punible de nuestro defendido habría tenido, necesariamente que concluir, que las únicas acciones realizadas que se vinculen de algún modo con la muerte del Coronel Huber son posteriores a la fecha del fallecimiento”.

Segundo: Que al fundar el primero de los recursos de casación en la forma en análisis, la recurrente expresa que al momento de contestar la acusación fiscal formuló alegaciones tendientes a desvirtuar la participación de encubridor que se atribuye a su cliente, respecto de lo cual la sentencia de primer grado no analizó ni se pronunció, por lo que dedujo recurso de casación en la forma en contra del fallo de primera instancia,

el cual fue rechazado por ésta porque, según sostiene, “los vicios que reclama son susceptibles de enmendarse por la vía de la apelación, recurso que también interpuso en contra de la sentencia impugnada”. Agrega que, no obstante ello, tal fallo tampoco se hizo cargo, por la vía de la apelación, de las alegaciones de su parte, por lo que hubo de persistir de nulidad formal para ante esta Corte Suprema, ya que la Corte de San Miguel, en su momento, no cumplió con su obligación, reproduciendo así el vicio de que adolecía el fallo de primera instancia.

Tercero: Que, al efecto, la defensa de Muñoz Bustamante, acusado como autor de la asociación ilícita para delinquir y de encubridor en el homicidio del Coronel Huber, habiéndose declarado la prescripción de la acción penal a su respecto por el primero de los ilícitos, persiste en relación a los defectos de forma relativos al segundo de éstos y, así, en su recurso expresa que las sentencias de primero y segundo grado omitieron análisis y pronunciamiento sobre sus alegaciones 3° a 8° subsidiarias, que él denomina “razones subsidiarias”.

Manifiesta que la tercera de ellas se refiere al no cumplimiento del requisito de “habitualidad” exigido por el artículo 17 N° 4 del Código Penal, aunque ni siquiera se le había imputado tal habitualidad, ni menos aún está probada legalmente; la “Cuarta Razón (subsidiaria):... porque no se cumple el requisito de que se proteja a “malhechores” como exige el artículo 17 N° 4 del Código Penal, pues no consta quiénes serían ellos ni menos

aún han sido procesados ni acusados”; “Quinta Razón (subsidiaria):... porque no se cumple el requisito de “saber” que protege a malhechores (no consta quiénes serían ellos ni menos aún han sido procesados y acusados)”;

“Sexta Razón (subsidiaria):... porque no ha “suministrado noticias a los malhechores para que se guarden, precavan o salven los hechos materiales y eludan su responsabilidad prestando una cobertura engañosa respecto de la muerte de la mencionada víctima”;

“Séptima Razón (subsidiaria):... porque no ha suministrado auxilio a los malhechores para que se guarden, precavan o salven”;

“Octava Razón (subsidiaria):... porque no ha actuado dolosamente”.

Cuarto: Que las exigencias formales de la sentencia, reclamadas a través del presente recurso, dicen relación con la falta de razones o fundamentos de la decisión jurisdiccional, en este caso condenatoria, para cumplir con lo cual es indispensable que ésta se haga cargo no sólo de las imputaciones hechas por el ente acusador, sino que también debe analizar y pronunciarse sobre todas las alegaciones de su defensa, lo que claramente en este caso no se hizo.

En efecto, siendo un hecho el que la sentencia de primera instancia no consideró estas defensas tendientes a destruir el cargo de participación como encubridor en el delito de homicidio calificado que fue materia de la investigación judicial, se recurrió en su momento de casación de forma. Admitido este recurso a tramitación y en la vista de la causa, el tribunal de alzada estimó que no era del caso anular la sentencia por

este vicio pues tal agravio era posible ser subsanado a través del recurso de apelación que también se había deducido, pero es lo cierto que con la eliminación del acápite II del párrafo V del considerando 34° del fallo de primera instancia y la reproducción de los motivos 14° y 16° del mismo, se mantuvo la situación del tribunal a quo, sin que el tribunal de alzada realizara las rectificaciones, reemplazos o complementación de las alegaciones o defensas, debiendo haberlo, por lo que se mantuvo intacto el vicio de omisión que oportunamente se había denunciado.

De la sola lectura del fallo impugnado se desprende con claridad que éste omite absolutamente el hacerse cargo y emitir pronunciamiento respecto de las alegaciones o “razones” esgrimidas por el recurrente y que impugnan la existencia misma del ilícito, lo que por cierto no se subsana con la prescripción declarada.

Lo anterior es suficiente para estimar que la sentencia de segunda instancia adolece del vicio de faltarle las consideraciones o fundamentos exigidos por la ley, siendo por ello procedente acoger la casación de forma en estudio.

Quinto: Que, en general, la fundamentación de las sentencias importa para las partes y el tribunal superior quedar en posición de poder conocer, rebatir, impugnar y revisar, en su caso, las razones que formaron la convicción del tribunal a quo, comprometiendo así aspectos de orden público que no es posible soslayar. En dicho contexto, la exigencia impuesta por el legislador a los jueces del fondo, en cuanto los

conmina a exponer en la sentencia definitiva las consideraciones en virtud de las cuales se dan por probados o no los hechos atribuidos al encausado, importa un examen razonado de los elementos de prueba que digan relación con la responsabilidad de éste, lo que involucra también aquellos que puedan eximir o atenuar esa responsabilidad, desde que los hechos acreditados deben encontrar justificación en las probanzas rendidas y entregar los fundamentos que conducen a dicha comprobación. La sentencia que se limita a enumerar los medios probatorios desfavorables al reo o reos, sin hacerse cargo de aquellos que podrían exculparlos, y sin razonar sobre las contradicciones o divergencias que de ellos emanan, no satisface las exigencias del numeral cuarto del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Sexto: Que, además, del vicio formal específico invocado por el recurrente de casación, cabe señalar que en la sentencia se advierten, además, otras deficiencias de fundamentación que serían necesarias para configurar la existencia del delito de asociación ilícita –a que no se refiere este recurso– habiéndolo sí hecho cuando recurrió contra el fallo de primera instancia, debido a que el de la Corte de Apelaciones lo absolvió, pero sin hacerse cargo de los vicios denunciados respecto de los elementos del tipo, sino que declarando prescrita la correspondiente acción penal a su respecto, que también fue materia de la acusación– así como también de la participación culpable de los acusados en él. Además de lo anterior, se contiene una clara deficiencia decisoria en ma-

teria civil, como más adelante se dirá. En tal contexto, específicamente para el delito de asociación ilícita no se explica la forma en que se diferencian los organismos de inteligencia del Ejército de una asociación delictiva, desde que éstas, respecto de su orgánica institucional, son de fácil confusión, puesto que para tener configurados los elementos objetivos del tipo penal de que se trata, la doctrina ha desarrollado destacando, entre otros requisitos conexos a esta idea central, la jerarquización y sus grados de dirección y mando, confundiendo en tal aspecto con las estructuras del Ejército de Chile y en general de las Fuerzas Armadas, omitiendo por completo el análisis y consideraciones relativas al aspecto subjetivo del delito, materia esta ampliamente destacada por las defensas de los encausados.

Séptimo: Que, en efecto, la sentencia de primera instancia, en su motivo 4º, al describir el hecho material y su calificación jurídica, deriva en conclusiones que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley para tal efecto, desde que hace referencia, casi siempre en forma vaga e imprecisa, a la acción de un grupo –que directamente hace llamar como de “asociación ilícita”– en asuntos relacionados con hechos que se investigan en otras causas, sustanciadas por otros jueces, sin establecer con claridad y mínima precisión, como se dijo, el hecho material y su calificación jurídica, destacando básicamente los elementos de jerarquización, distribución de tareas y mando, sobre cuya base construye la denominada “asociación ilícita para delinquir”, atendido, seguramente, a

que tales características corresponden a la organización natural del Ejército de Chile y sin razonar en lo absoluto sobre las evidentes diferencias de objeto entre ambas, ni menos con los elementos del tipo penal correspondiente.

Unido a lo anterior, la sentencia omite considerar las alegaciones y pruebas de la defensa de los diferentes encausados, esto es, aquella que se presenta como descargo, contradiciendo los términos de la acusación, por lo que, en consecuencia, no se comprenden las razones que condujeron al tribunal a privilegiar los antecedentes de cargo por sobre estos últimos, lo cual se evidencia al considerar, sin fundamentos objetivos, la existencia de una supuesta organización contraria a la ley, sin tomar en cuenta y consiguientemente ponderar los elementos que para descartar esta apreciación fueron entregados por los defensores de los acusados en sus respectivos escritos de contestación.

Asimismo, cabe considerar que la conclusión contenida en el motivo 18° de la sentencia de segunda instancia no ayuda a clarificar lo que se echa de menos, esto es, el establecimiento del delito, pues se limita a concluir, en pocas líneas, que el injusto de que se trata se encontraría acreditado con sólo decir que “Tales elementos se dieron por establecidos por el tribunal a quo en el razonamiento 4° con las múltiples probanzas detalladas en el fallo que se revisa, los cuales permiten llegar a la convicción de que en la especie concurren los elementos configurativos del tipo penal de asociación ilícita atribuido a determinados encausados,

sea en carácter de jefes, sea en carácter de miembros”.

Octavo: Que, por otro lado, la sentencia de segunda instancia decidió revocar la resolución del tribunal a quo en cuanto éste rechazó la excepción de incompetencia absoluta del tribunal del crimen para conocer y resolver la demanda civil deducida por los querellantes en contra del Fisco de Chile resolviendo, en su lugar, acoger aquélla, y declarar en definitiva que la correspondiente demanda civil quedaba rechazada, en circunstancias que resulta evidente que si el tribunal era incompetente absoluto para conocer sobre la acción deducida estaba impedido para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la demanda, afectando de ese modo, gravemente, los derechos de la parte querellante y demandante.

Noveno: Que el ordinal cuarto del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal exige a la sentencia definitiva contener las consideraciones pertinentes relativas al establecimiento de los hechos atribuidos a los reos, como la consiguiente claridad sobre la calificación jurídica de los mismos; exige, también que se contemple aquéllas relativas a los hechos alegados en su descargo, como asimismo el estudio y decisión de las circunstancias que se reclamen y que puedan eximir o atenuar la responsabilidad de los acusados. Tales exigencias no se encuentran cumplidas en el caso que se revisa, como se ha razonado precedentemente.

Décimo: Que, en consecuencia, el fallo en alzada queda incurso en la causal contemplada en el literal noveno

del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N° 4 del mismo, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley, deficiencia que no puede subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene, por lo que esta Corte acogerá el recurso del encausado Muñoz Bustamante, sin que sea necesario hacerlo respecto del deducido por la defensa de Lizárraga Arias, quien también reclama la falta de consideraciones que se ha analizado. Por lo tanto, no resulta necesario emitir pronunciamiento sobre esta segunda casación de forma y, conforme lo dispone el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, se tendrá por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados por las partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 768, 772 y 808 del Código de Procedimiento Civil y 535, 541 N° 9 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se acoge el recurso de casación en la forma deducido a fs. 7.531 por don Juan Domingo Acosta Sánchez, en representación de Julio Eduardo Muñoz Bustamante, y por consiguiente se invalida la sentencia de veintinueve de noviembre de dos mil diez, escrita a fs. 7.469, la que es nula, y se la reemplaza por la que a continuación, separadamente y sin nueva vista, se dictará.

No se emite pronunciamiento respecto del recurso de casación en la forma deducido a fs. 7.531, por innecesario.

Téngase por no interpuestos los recursos de casación en el fondo de fs. 7.497, 7.512, 7.531, 7.565 y 7.587.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Juan Escobar Z. No firman los Ministros Sres. Rodríguez y Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones y estar en comisión de servicios, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 737-11.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil doce.

En cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de casación que precede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, que es de tres de octubre de dos mil nueve y está escrita a fs. 6.890, con las siguientes modificaciones:

a.- Se eliminan los considerandos tercero, cuarto, decimosexto, vigésimo noveno, cuadragésimo cuarto, quincuagésimo primero, quincuagésimo segundo, quincuagésimo séptimo al octogésimo, ambos inclusivos, y el octogésimo segundo. Además, se suprime el acápite 27° del motivo décimo, relativo a las declaraciones de Víctor Lizárraga Arias que rolan a fs. 7062; la frase final del apartado 17° del mismo razonamiento décimo, que se refiere a

la autoría mediata del nombrado Víctor Lizárraga, desde donde dice “y en el mismo hecho punible...” hasta su término, que se lee a fs. 7064; el último párrafo del acápite 13° del considerando duodécimo; el párrafo final del apartado 28° del razonamiento decimocuarto, que rola a fs. 7.076 vta.;

b.– Se prescinde, asimismo, de toda la parte final del considerando trigésimo primero, desde el párrafo V (fs. 7095) hasta su conclusión, que comienza con la frase “...el tribunal se estará a lo resumido y resuelto en el considerando octogésimo segundo de este fallo” (fs. 7.096 vta.); la parte final del considerando trigésimo segundo, referida a la contestación del procesado Carlos Krumm, desde donde dice “Pronunciamiento del tribunal acerca de la contestación a la acusación del procesado Carlos Krumm Rojas” hasta el apartado iv, inclusive), (fs. 7.097 vta.); parte final del motivo trigésimo tercero, desde donde dice “(III) Pronunciamiento del tribunal acerca de la contestación del procesado Manuel Provis” hasta el párrafo vii) inclusive (fs. 7.100); en el considerando trigésimo cuarto, toda su parte final, desde donde dice “(V) Pronunciamiento del tribunal acerca de la contestación a la acusación del procesado Julio Muñoz Bustamante”, hasta el apartado vii), que concluye con la frase “... se pronunciará en la parte resolutive pertinente”.

Se reproducen, también, las modificaciones formales hechas en lo expositivo de la sentencia de segundo grado, que se leen a fs. 7.469 y 7.470.

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

I.– En cuanto a los recursos de casación en la forma:

Primero: Que la defensa letrada del encausado Víctor Lizárraga Arias ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primer grado [...]

[...]

Tercero: Que, por su parte, la defensa del acusado Muñoz Bustamante deduce también recurso de casación en la forma [...]

[...]

Sexto: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 544 del de Procedimiento Penal, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo. En la especie, como es posible apreciar de los fundamentos que sostienen los dos recursos de casación en la forma en estudio, como también de los recursos que paralelamente impugnan la sentencia, claramente se desprende que los eventuales perjuicios que cada uno de ellos haya sufrido con la sentencia pueden ser reparados por la otra vía de invalidación utilizada, cuales son los respectivos recursos de apelación interpuestos a fs. 7.132, el primero; y a fs. 7.166, por el segundo de los encausados. En consecuencia y como este tribunal habrá de pronunciarse sobre estos últimos recursos, puede perfectamente reparar los agravios denunciados,

por lo que es procedente desechar los referidos reclamos de casación formal, dado que la nulidad no representa el único camino para corregir los defectos que se alegan.

II. EN CUANTO AL FONDO:

A.— Delito de Asociación Ilícita:

Séptimo: Que, respecto del delito de asociación ilícita que fuera materia de las acusaciones de autos, además de los razonamientos que al efecto contiene la sentencia de primer grado y que han sido reproducidos por ésta, para su adecuada comprensión, es indispensable que su concepto quede, en primer lugar, perfectamente deslindado o delimitado de los supuestos de codevincuencia o de transitorio consorcio para el delito. La asociación u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris*. De esta forma, son notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: la forma jerárquica de la misma, en la que unas personas, con mayor responsabilidad, dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; que dicha asociación u organización criminal posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobreve-

nidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.

Octavo: Que la asociación ilícita 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 consorciabilidad para el delito o mera codevincuencia. 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 S. Ziffer: “El Delito de Asociación Ilícita”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, página 72). La 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” (ob. cit., página 73).

Noveno: Que si bien es efectivo que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los criterios o elementos objetivos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictivo previsto y sancionado en el artículo 292 del

Código Penal, estimando, como se dijo antes, que las principales características del tipo la constituyen, en general, la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal, es lo cierto que, para el caso particular en estudio, si bien objetivamente podría estimarse que concurren en una importante cantidad, no es posible sin embargo, atendida la particular naturaleza de la institución a que pertenecen los partícipes, considerar que los elementos de carácter objetivo que se requieren concurren en la especie.

Décimo: Que, en efecto, si se estimara que la simple concurrencia de los elementos antes referidos, en términos objetivos, serían suficientes para calificar como de ilícita una organización, en el presente caso, aquello es imposible atendida la naturaleza y objeto propio de la institución castrense de que se trata, pues precisamente la jerarquización, existencia de grados, permanencia en el tiempo, distribución de tareas, etc., son consustanciales a su esencia, que distan con mucho de las intenciones delictivas que se le pretenden atribuir.

Undécimo: Que de los acontecimientos de autos no cabe inferir que existiese una verdadera organización o asociación constituida por miembros del Ejército de Chile, desde que la pertenencia a una organización criminal no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, y la existencia de personas coordinadas para un plan común como en el presente caso, no puede sin más implicar que miembros

del Ejército, con sus acciones individuales, transformen a todos los integrantes de dicha institución en elementos de una asociación criminal.

Desde un punto de vista teleológico, si tenemos en vista los elementos que configuran este delito acorde a las reflexiones precedentes, debe exigirse que los fines y medios empleados por la asociación sean delictivos. En el caso del Ejército de Chile, como institución del Estado, tiene por mandato constitucional la defensa de la Patria y la seguridad nacional, por lo tanto, como persona jurídica reconocida por la institucionalidad no puede integrar *per se* una asociación ilícita. Muy distinta es la situación personal de sus miembros quienes, apartándose de este deber puedan llegar a constituir la, con el fin de perseguir fines delictivos ajenos a esta institución.

Duodécimo: Que, en definitiva, aun cuando los elementos objetivos del tipo penal específico del delito en examen tampoco se dan en la especie, desde que los antes citados sólo corresponden a una enumeración que permitiría asociarlos a una organización y estructura castrense, ha de tenerse en cuenta que, por sobre cualquier otra consideración, los elementos subjetivos del tipo constituyen exigencia básica de éste, esto es, se requiere existencia de dolo directo, es decir, acreditar la intención generalizada de realizar actos delictuales en beneficio propio, circunstancia esta que ni remotamente se cumple en la especie.

Decimotercero: Que, en efecto, la existencia del dolo importa “el cono-

cimiento y la voluntad de realizar el tipo penal”. En el caso de este delito, tal conocimiento ha de abarcar los tres elementos que integran el tipo penal objetivo, esto es, una asociación de personas; jerárquicamente organizada; y funcional y normativamente en pos de un programa criminal trascendente. Por su parte, el elemento volitivo consiste en querer asociarse de manera organizada y, lo que es más importante, adherir al propósito criminal común.

Sobre la exigencia del dolo y el carácter de “directo” de éste no es una cuestión discutida en la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, históricamente, ya durante la formación de la ley, los legisladores concordaban en que el objeto de este artículo era “castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito”; enseguida, los artículos 292 y 293 del Código Penal no dan lugar a equívocos: el primero dispone: “Toda asociación formada con el objeto de atentar...”; y el segundo preceptúa: “Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración...”. En ambos casos, entonces, se alude a una asociación que se une tras un objeto criminal, no otro, la finalidad del consorcio criminal es, sin duda alguna, la comisión de crímenes o simples delitos. Y por último, ha de considerarse que el concepto de “asociación” supone la unión de varias personas en torno a un propósito común. En el caso del delito de asociación ilícita este propósito es el “programa criminal”, que trasciende a los miembros individualmente considerados. Luego, no basta que el sujeto conozca este programa delictual, es menester

que quiera ser parte de él de manera directa y precisa. Este conocimiento y voluntad de realizar el programa criminal determina el dolo de los miembros individualmente considerados.

Decimocuarto: Que, por otro lado, tampoco existe discrepancia doctrinaria respecto a que el bien jurídico que protege este delito es la tranquilidad pública. De este modo, la sanción punitiva tiene por objeto tutelar la confianza general de la sociedad afectada también genéricamente por una cuestión de orden público ante la posibilidad real de que estas asociaciones se formen con el objeto de llevar a cabo conductas criminales indeterminadas, permanentes en el tiempo, porque de formarse éstas para cometer delitos determinados, la dicha sociedad se transforma en una banda con pluralidad de sujetos y su actuación cae en el terreno de la coautoría. Es así como en el ánimo u objetivo de aquellas asociaciones, para que sean tales, deben proponerse una serie indefinida e indeterminada de delitos, constituyéndose así en una agresión permanente contra la sociedad civil. Eso es precisamente lo que el legislador establece en el artículo 292 al expresar “...importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.”, penalizando de acuerdo a la gravedad de los ilícitos y del mando que sus componentes ejerzan y se hayan propuesto cometer y/o ejercer.

Decimoquinto: Que, de la manera antes reseñada, es evidente que en la especie no se encuentra acreditado el delito de asociación ilícita por el que fueron acusados y condenados algunos de los procesados de la causa, pues, en

términos generales y absolutos, no se dan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, desde que no existe prueba legal alguna tendiente a tal efecto, dado que los razonamientos del fallo en revisión no conducen a la convicción de su existencia, porque ellos representan sólo meras afirmaciones que no se sustentan en hechos reales y probados y que no obedecen de modo alguno a una cadena inferencial lógica que conduzca al fin último de una asociación ilícita en los términos de las exigencias internas y externas de la correspondiente figura.

Decimosexto: Que la defensa de los imputados de autos, particularmente la de Julio Muñoz Bustamante, solicita la absolución de su cliente precisamente porque, a su juicio, “no se ha probado legalmente la existencia de una asociación ilícita”. En efecto, según sus alegaciones y que este tribunal comparte, como ya se ha dicho, no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo, dado que, en primer lugar, no se advierte la necesaria relación de jerarquía de los supuestos miembros, pues de los antecedentes acusatorios se desprende que la pretendida asociación estaría compuesta sólo por jefes o personas que ejercen mando o son provocadores, sin que existan destinatarios de las órdenes o instrucciones dadas por los jefes; no estarían probados los requisitos de permanencia y estabilidad en el tiempo; tampoco las funciones específicas y compartimentadas; el requisito de fungibilidad y, finalmente, no existen elementos de prueba suficientes para concluir que existiera dolo común entre sus miembros.

Decimoséptimo: Que, como consecuencia de todo lo anterior, habrá de acogerse la respectiva alegación de la defensa de los acusados, en orden a que no se ha logrado probar la existencia del delito de asociación ilícita por el que fueron imputados tanto en la acusación fiscal como la particular, y deberá, consecuentemente, dictarse sentencia absolutoria a favor de quienes resultaron condenados por el fallo de primer grado, sea en calidad de jefes o de miembros de la correspondiente asociación ilícita, pues ésta no resultó acreditada por los medios legales de prueba. Por lo tanto, resulta innecesario referirse a las alegaciones sobre falta de participación o participación atenuada en la misma a que se refieren los respectivos letrados en sus contestaciones.

Decimoctavo: Que, de esta manera, la imputación contenida en la acusación de autos, en el sentido que el grupo que participó en la muerte del Coronel Gerardo Huber constituía una asociación ilícita para cometer éste y otros delitos, no es posible tenerla por establecida y, consecuentemente, procede absolver a los acusados de dicho cargo por inexistencia del específico hecho punible.

Decimonoveno: Que el fallo en revisión, en su considerando “Cuarto”, en que establece el hecho material y su calificación jurídica, en relación al delito de asociación ilícita, se limita a señalar que a fines de la década del 80 y principios del año 1990 se formó un grupo liderado por el General Hernán Ramírez Rurange, en calidad de asociación ilícita, con el objeto de sustraer de la justicia a algunos oficiales involucrados

en violaciones a los derechos humanos y de aquellos que participaron en la venta de armas a Budapest, Hungría y destinada a Croacia. Todo ello conforme constaría en dos procesos llevados por otros ministros instructores.

Allí se afirma, además, que “para realizar y encubrir estas maniobras irregulares, la precitada organización, realizó innumerables acciones que demostraron actividad orgánica, confidencial, compartimentada, encubierta e ilegal; que en dicho contrabando de armas y en otras operaciones participan algunos oficiales superiores del Ejército, personal subalterno, civiles y el Coronel de Ejército Gerardo Huber Olivares, quien desaparece en circunstancias extrañas el día 29 de enero de 1992 y su cadáver fue encontrado el día 20 de febrero del mismo año, en un montículo de tierra en el río Maipo, en el sector de La Obra y presentaba una herida de proyectil de arma de fuego en el cráneo, que le provocó la muerte, impidiendo que informara detalladamente al señor Ministro que en la época sustanciaba la investigación del caso denominado “armas a Croacia” y que posteriormente al retiro del General Hernán Ramírez Rurange, asumió como jefe de la asociación ilícita, en enero de 1992, a lo menos, el General Víctor Lizárraga Arias, quien actuó apoyado, en forma irrestricta y clandestina por el Coronel Manuel Provis Carrasco, actividades que desembocaron en el homicidio del Coronel Huber, hechos que a juicio del tribunal constituyen el delito de Asociación Ilícita, que describe el artículo 292 del Código Penal, en relación con los artículos 293 y 294

del mismo texto legal, toda vez que existió una organización jerarquizada, con permanencia en el tiempo, con una jefatura y en que sus integrantes cumplían distintas misiones o tareas compartimentadas manteniéndose una relación de dependencia y fungibilidad de sus miembros, con el objeto de atentar contra las personas, las propiedades, para obtener enriquecimiento ilícito y encubrir los delitos perpetrados por dicha organización”.

Vigésimo: Que, como puede verse, tanto la descripción del hecho punible averiguado y su posterior calificación jurídica —todo en un mismo motivo— no se corresponde con la realidad del proceso, ni aun su corolario representa la conclusión lógica que de elementos, circunstancias y hechos concatenados pueda lograrse y que resulte suficiente para convencer que el delito principal de que se trata en autos sea atribuible a la existencia de una organización ilícita delictual, confundiéndose con ello una clara coautoría, con preparación y medios suficientes. Así, allí se razona en base a antecedentes claramente extra proceso, por cierto no comprobados en la causa, derivando conclusiones parciales que conducen a la errada convicción de que en la especie existiría una asociación delictiva que actuó como tal en éste y otros delitos relacionados.

III. EN CUANTO A LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL DE JULIO MUÑOZ BUSTAMANTE.

[...]

Vigésimo Segundo: Que, conforme a lo razonado precedentemente, y como en lo dispositivo de esta sentencia se declarará la inexistencia del delito de

asociación ilícita, contemplado en el artículo 292 y sancionado en los N.ºs. 293 y 294 del Código Penal, por lo que respecto de ese capítulo, habrá de acogerse la solicitud de absolución planteada por la defensa de Muñoz Bustamante, lo que, por lo demás, es congruente con las declaraciones del encausado durante la tramitación del proceso, resulta innecesario hacer mayores razonamientos en cuanto a su participación en el delito de asociación ilícita.

Vigésimo Tercero: Que respecto de los hechos descritos en la referida sentencia y de los cuales se infiere la participación que se atribuye al mencionado Muñoz Bustamante, ahora, en lo que interesa, en tanto encubridor del homicidio del Coronel Huber, cabe analizar los fundamentos de las presunciones que construye el fallo para llegar a la conclusión de que Muñoz Bustamante tuvo la señalada participación en dicho delito. Los elementos en que funda su prueba indiciaria son los siguientes:

a.— La circunstancia de haber concurrido éste, la noche del 1º de enero de 1992, conjuntamente con el Coronel Gerardo Huber, a visitar a la cárcel al señor Ramón Vicente Pérez Orellana, procesado y preso por el tráfico de armas de guerra a Croacia, agregando que no se acepta la explicación de Muñoz en orden a que dicha visita lo fue por razones humanitarias y presume que éste oculta información respecto a ese juicio y que estaba “interesado en el curso de los acontecimientos”.

b.— La circunstancia de haber ido éste, con el Coronel Lizárraga y el Teniente Coronel Provis, a Linares, a un

fundo cercano, los días 10 y 15 de febrero de 1992, a buscar al hijo menor del Coronel Huber, de 6 años de edad, como también documentación que presumiblemente aquél hubiere escondido allí, ello en tiempo que aún no encontraban el cadáver del Coronel. Se agrega que de tal hecho se dan respuestas justificativas distintas, agregando que Muñoz Bustamante antes pretendió amedrentar a la tía del niño doña Clina Polloni, cogiendo al menor cuando se encontraba en un sector del río Maipo, diciéndole a ella que “no siguiera indagando, porque era peligroso y el próximo podía ser el niño”, siendo ésta “una de las razones por las que ocultan al menor en el sur, en un fundo, al interior de Linares”.

c.— Que desde que supo de la desaparición del Coronel Huber se apropió de la dirección de los acontecimientos y sostenía en forma insistente, pero sin respaldo de prueba, que aquél se había suicidado. Trató de impedir que los familiares indagaran en profundidad, controlaba las comunicaciones telefónicas, estuvo vigilante en las actividades de la familia Huber y trató de apoderarse de José Ignacio, el hijo menor del Coronel, actitudes todas inexplicables “para quien fue amigo del occiso y que permiten concluir que se encontraba comprometido con otros intereses”. La misma situación se atribuye al encausado respecto de Astrid Huber Polloni, hija del Coronel Huber, a quien, al día siguiente de la desaparición de su padre, invitó a caminar y le señaló que éste se había suicidado “situación que resulta altamente sospechosa, toda vez que sólo habían transcurrido horas de

la desaparición del Coronel y nada se sabía respecto de su paradero o motivos de su ausencia”. Se concluye, en esta elaboración, que el procesado Muñoz “debía instalar la idea del suicidio desde un principio, evitando que se profundizara en la investigación y así evitar que se tuviera conocimiento que al Coronel Huber lo habían muerto”.

d.— Que el acusado Muñoz Bustamante, antes de los hechos materia de esta causa, mantuvo vinculación con los procesados Carlos Krumm Rojas y Víctor Lizárraga Arias, de quienes había sido subalterno y alumno en sus tiempos de Subteniente de Ejército, en tiempo que postuló al curso de paracaidista. Lo sospechoso es que, en la actualidad, tenía un trato amistoso y confidencial con el General Krumm, a quien, en una grabación telefónica había dado el trato de “tú” y de “huevón”, siendo no aceptable la explicación de que por haber transcurrido muchos años en situación de retiro, perdió las formalidades militares y además porque estaba viviendo un momento de crisis, demostrando así, según el tribunal, “la colusión y confianza que existía entre ambos procesados”. Se agrega, asimismo, que Muñoz Bustamante permaneció en la casa de la familia Huber casi un mes completo, faltándole únicamente que se quedara a pernoctar. Allí controlaba las comunicaciones “y a su vez informaba todo lo que acontecía a los procesados Lizárraga y Krumm, lo que demuestra que les daba noticias”, con el fin de precaverlos y alertarlos.

Vigésimo Cuarto: Que en cuanto a la prueba indiciaria, ya este tribunal en la

causa N° 2.263–10 de la Corte Suprema, dijo que una presunción judicial es “la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona” (artículo 485 del Código de Procedimiento Penal). Y, como toda presunción, constituye el ejemplo más relevante de la prueba indirecta, la cual reside en la inferencia que induce del suceso conocido el hecho sometido a prueba, o sea, que el resultado se obtiene por razonamiento en lugar de ser comprobado o declarado verbalmente por escrito, como en las otras pruebas (Graciela Latorre Ceballos, “Las presunciones en el proceso penal”, memoria de prueba, Editorial Universitaria S.A., mil novecientos sesenta y cuatro, p. 145; Francois Gorphe, “De la apreciación de las pruebas”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, mil novecientos cincuenta y cinco, p. 250).

Las presunciones judiciales, como sus semejantes las legales, parten de lo conocido a lo desconocido, pero esta circunstancia especialmente importante en materia penal en que el juez, a diferencia del magistrado civil que dispone de una versión de los hechos establecidos por las partes, actúa ante lo desconocido y a él le incumbe la búsqueda del autor del hecho o la determinación de la forma en que habría actuado en su perpetración (Latorre, cit., p. 145).

Vigésimo Quinto: Que en doctrina suele distinguirse entre indicios y presunciones, conceptos que nuestro

Código de Procedimiento Penal identifica, según se desprende del propio Mensaje, unido al tenor de los artículos 110 y 457. En realidad, apunta el entonces Ministro de esta Corte, don Marcos Libedinsky Tschorne, en su prevención contenida en la sentencia del 30.05.1995, recaída en proceso seguido contra Manuel Contreras y otro, debe concluirse que el indicio y la presunción son conceptos diferentes pero que se relacionan, por cuanto el indicio (la voz latina *indicium* deriva de *indicare*, que significa indicar, hacer conocer algo), es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro hecho desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. Este es el alcance del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicio o hecho indiciario), deduce el tribunal (razonamiento, operación mental de inferencia lógica), ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona (RDJ, t. XCII, 1995, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 70 y ss.).

Vigésimo Sexto: Que es menester diferir la presunción de las sospechas y conjeturas –aun cuando existe entre estos tres términos una relación estrecha–, ya que las dos últimas son anteriores a los indicios y provocan sólo un ligero juicio, por la vaguedad e imprecisión de los indicios no certificados (Latorre, cit., p. 160).

La conjetura es el juicio probable que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones. La sospecha es el recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho (Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Garnier Hnos., p. 1545). Para Dellepiane, la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre el camino a la duda, como basada en un indicio bruto, en un indicio que requiere verificarse. Estima que la sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero nunca puede ser fundamento de una condena (Dellepiane Antonio, “Nueva Teoría General de la Prueba”, Abeledo, Buenos Aires, mil novecientos treinta y ocho, pp. 93 y ss.).

La prueba de presunciones, “basada sobre la inferencia o el razonamiento, tiene, como punto de partida, por tanto, los hechos o circunstancias que se suponen probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, que constituye la X del problema, ya sea una incógnita por determinar, ya un dato por completar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto inculpativo” (Gorphe, cit., p. 250).

Vigésimo Séptimo: Que, de conformidad con el artículo 488 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, las presunciones judiciales sólo pueden llegar a configurar una prueba completa

de un determinado hecho, si se basan en hechos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales. No es posible sacar una presunción de otra presunción. El legislador se refiere aquí a la “calidad” de los hechos y las condiciones de reales y probados que exige la disposición, se satisfacen si los hechos han sido probados por otros medios legales diferentes de la presunción, esto es, que hayan sido legalmente demostrados en el proceso, excluyendo como medio de la comprobación a las presunciones de cualquier naturaleza (Latorre, cit., p. 178). Los hechos generadores deben hallarse probados en la causa y esta prueba debe constar por los otros medios, vale decir, no por otras inferencias (Mauricio Silva Cancino, “Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas”, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., mil novecientos ochenta y nueve, p. 58).

Vigésimo Octavo: Que las presunciones representan, como es obvio, la prueba del hecho por raciocinio, en otras palabras, por inferencia; de suerte que su requisito primero se constriñe consecuentemente a los hechos accesorios que le sirven de fundamento, y ordena que éstos se encuentren probados por medios naturales y no por meras especulaciones racionales, como sería el caso que otra presunción legal o judicial, se constituyera en el hecho circunstancial de esta nueva presunción (Silva, cit. p.129).

A la exigencia de estar probados los hechos, sigue la alusión negativa que las presunciones no se funden en otras

presunciones, cualquiera sea su origen, cuya finalidad es establecer que aunque una presunción descansa sobre un dato manifestado en el proceso, no es admisible construir a partir de ella una nueva presunción; el hecho que le da origen, no puede constar más que de un modo cierto, pues sin que haya certeza a su respecto, no puede nacer la presunción (Silva, cit., pp. 142-143).

Vigésimo Noveno: Que, por lo tanto, al disponerse únicamente de presunciones judiciales como medio probatorio para llegar a acreditar los supuestos fácticos de que se trata, estos hechos no satisfacen la exigencia legal (reales y probados) y no está permitido inferir de ellos otras presunciones, con las cuales llegar a tener por comprobada con el grado de certeza que la ley exige, la participación aludida.

Los requisitos del artículo 488 son copulativos, de modo que al faltar el primero, es inconducente examinar la concurrencia de los demás.

Trigésimo: Que el Mensaje del Código de Procedimiento Penal consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto de vista indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo, afirmación esta, que en el derecho positivo aparece consagrada en el 456 bis del mismo estatuto.

Trigésimo Primero: Que para la jurisprudencia “no bastan para condenar

las presunciones que permiten deducir que se ha cometido un delito y que debe haber sido realizado por una persona o alguna de varias personas que aparecen sindicadas en el mismo, si no llegan a establecer cuáles fueron precisamente las que lo cometieron o que lo fueron todas; es decir, no bastan para condenar las presunciones que sirven para comprobar el cuerpo del delito, pero no descubren la persona del delincuente” (SCA Talca, 29.12.1913, G. 1913, 2º sem., N° 1.105, p. 3179, cit. en Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T.II, p. 270).

Trigésimo Segundo: Que los antecedentes inculpativos del tribunal de primer grado en contra de Muñoz Bustamante, y que se han sintetizado en el motivo 23º de esta sentencia, constituirían, a juicio del fallador, un cúmulo de presunciones judiciales suficientes para atribuirle la participación culpable, en grado de encubridor, en el delito de homicidio del Coronel Huber Olivares. Sin embargo, lo cierto es que en la especie se trata de simple elucubraciones de un hecho cierto, pero anterior e indirecto en relación al delito, por lo que la conclusión final no obedece a una relación consecucional lógica que permita la convicción a que se ha llegado en el fallo aludido. En efecto, y sólo a modo ejemplar, cabe considerar que el hecho real de que Muñoz Bustamante acompañara el día de año nuevo de 1992 al Coronel Huber a visitar a un amigo militar a la cárcel, procesado y preso por el tráfico de armas de guerra a Croacia, no permite obtener como conclusión que éste –Muñoz– ocultaría

información respecto a ese juicio y que estaba “interesado en el curso de los acontecimientos”; asimismo, el hecho de que el trato familiar de “tú” y de “huevo” que el inculpado Muñoz diera al General Krumm, como también la circunstancia que aquél permaneciera en la casa de la familia Huber casi un mes completo, faltándole únicamente que se quedara a pernoctar, no faculta concluir que entre Krumm y Muñoz existiera “colusión y confianza”, ni que se habría aprovechado de su estadía en la casa de la familia Huber para “controlar las comunicaciones” y a su vez informar “todo lo que acontecía a los procesados Lizárraga y Krumm”, lo que “demuestra que les daba noticias, con el fin de precaverlos y alertarlos”.

Cabe afirmar, en todo caso, y aun cuando pudiera ser legítima o aproximada la conclusión anterior, que ello constituye una presunción y ésta sería la base para presumir, en definitiva, la participación que se le atribuye al procesado, lo que no es posible aceptar, pues el ya citado artículo 488 del Código de Procedimiento Penal exige que toda presunción deba derivarse de un hecho cierto y probado por otros medios y nunca de otra presunción, como sería el caso de autos.

En cuanto a la acción civil:

[...]

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.– Que se rechazan los recursos de casación en la forma interpuestos en lo principal de fs. 7.132 y 7.166.

[...]

d) Se rechazan las opuestas a fojas 6.634 por la defensa del procesado Víctor Lizárraga Arias en contra de Adriana Matilde Polloni Becker y de Alex Patricio y José Ignacio Huber Polloni, según se señala en los razonamientos 24° y 17°.

II.— Que se revoca la sentencia apelada de tres de octubre de dos mil nueve, escrita a fojas 6890 en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal del delito de asociación ilícita en calidad de miembros, invocada por las defensas de Kumm y de Muñoz Bustamante y, en su lugar se declara que se acoge la referida excepción, absolviéndoseles respectivamente por dichos cargos.

III.— Que se revoca la sentencia apelada de tres de octubre de dos mil nueve, escrita a fs. 6.890 y siguientes en cuanto condena a VÍCTOR FEDERICO LIZÁRRAGA ARIAS, MANUEL JORGE PROVIS CARRASCO, CARLOS ENRIQUE KRUMM ROJAS y JULIO EDUARDO STALIN MUÑOZ BUSTAMANTE, como autores del delito de asociación ilícita, en calidad de jefes los dos primeros, y de miembros los dos siguientes, previsto y sancionado en los artículos 292, 293 y 294 del Código Penal, y se declara en su lugar que todos ellos quedan absueltos de dicho cargo, al no encontrarse establecida en la causa la comisión de este delito.

IV.— Que se revoca, asimismo, la aludida sentencia, en cuanto condena a Julio Eduardo Stalin Muñoz Bustamante como encubridor, en los términos a que se refiere el artículo 17 N° 4 del Código Penal, del delito de homicidio

calificado de Gerardo Huber Olivares, previsto y sancionado en el artículo 391 inciso 1° circunstancia 5° del Código Penal, declarándose en su lugar que éste queda absuelto de dicho cargo.

V.— Que se confirma la antes aludida sentencia en cuanto se condena a VÍCTOR FEDERICO LIZÁRRAGA ARIAS a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo; y a MANUEL JORGE PROVIS CARRASCO a la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, y ambos a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas del juicio en materia penal.

VI.— Que se revoca, también, el fallo enalzada en cuanto no concedía el beneficio de libertad vigilada a Víctor Federico Lizárraga Arias y Manuel Jorge Provis Carrasco, decidiéndose en su lugar que sí se les otorga el referido beneficio, fijándose en cinco y cuatro años, respectivamente, el plazo de tratamiento y observación a que cada uno de ellos deberá someterse ante la autoridad administrativa correspondiente, debiendo cumplir, además, con las otras exigencias a que se refiere el artículo 17 de la Ley N° 18.216, con excepción de la establecida en la letra d) del artículo 5° de la misma ley, sin perjuicio de los derechos del acreedor para perseguir tales obligaciones por la vía ordinaria que corresponda.

VII.— Que se revoca el mismo fallo en cuanto condena a los encausados Carlos Enrique Krumm Rojas y Julio

Eduardo Stalin Muñoz Bustamante al pago solidario de la indemnización de perjuicios fijada en esta sentencia y en su lugar se declara que a su respecto se rechaza la demanda, por haber sido absueltos de la acusación penal deducida en su contra.

VIII.— Que se revoca, también, dicho fallo en cuanto rechaza la demanda civil intentada contra del Fisco de Chile, declarándose en cambio que ésta queda acogida, sólo en cuanto se fija como indemnización por daño moral, para los demandantes doña Adriana Matilde Polloni Bécker, Astrid Karina, Alex Patricio y José Ignacio, todos Huber Polloni, la suma única y total de TRES-CIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 300.000.000.) correspondiendo un 50% de ella, es decir, \$ 150.000.000.— a la cónyuge sobreviviente señora Polloni Bécker y los otros \$ 150.000.000.— a los hijos nombrados, por iguales partes, cantidad que se reajustará conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la notificación de la demanda hasta su pago efectivo, con más los intereses corrientes que se devenguen desde que la sentencia quede ejecutoriada.

No se condena en costas al Fisco de Chile por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.

IX.— Que se confirma la decisión civil que condenó a los acusados Víctor Lizárraga Arias y Manuel Provis Carrasco al pago solidario de la indemnización de perjuicios fijada, con declaración de que ésta se regula en la suma y con los reajustes e intereses precedentemente establecidos, también sin costas.

X.— Se confirma, en lo demás apelado, la referida sentencia.

Acordada la decisión civil que afecta al Fisco de Chile, con el voto en contra de los Ministros señores Rodríguez y Ballesteros, quienes estuvieron por no pronunciarse sobre el fondo de la demanda y acoger, por tanto, la excepción de incompetencia absoluta de este tribunal para conocer y pronunciarse sobre la demanda civil que se ha deducido en contra de éste. Para ello, tuvieron en consideración los siguientes argumentos:

1º.— Que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo este tribunal penal de competencia para conocer y resolver de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

2º.— Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

[...]

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C.,

Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Juan Escobar Z. No firman los Ministros Sres. Rodríguez y Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber

cesado en sus funciones y estar en comisión de servicios, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

Rol N° 737-11.