

Cosa juzgada fraudulenta en el caso “quemados”*

Fraudulent *res judicata* in the “quemados” case

Juan Pablo Mañalich R.
Profesor titular del Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho, Universidad de Chile
jpmanalich@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0003-4999-1469>

Fecha de recepción: 03/04/2021.
Fecha de aceptación: 20/04/2021.

Resumen

En referencia a una reciente decisión recaída en un caso que ejemplifica el terrorismo de Estado desplegado por la dictadura de Augusto Pinochet, se analizan los presupuestos y el alcance de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” como criterio de desconocimiento de la eficacia jurídica de sentencias penales de término. Sobre la base de su caracterización como un límite inmanente a la fuerza de cosa juzgada, se defiende su operatividad aun tratándose de sentencias (favorablemente) condenatorias, para lo cual se introduce la distinción entre las nociones de impunidad absoluta e impunidad relativa. La revisión puramente ilustrativa de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace posible identificar, con mayor precisión, criterios de “fraudulencia” susceptibles de ser invocados para desconocer la fuerza de cosa juzgada de una sentencia como aquella que, en el caso aquí considerado, ha sido esgrimida como obstáculo al pronunciamiento de una (nueva) decisión de condena.

Palabras clave: cosa juzgada, impunidad, violaciones de derechos humanos

Abstract

In reference to a recent decision addressing a case that exemplifies the State terrorism displayed by Augusto Pinochet’s dictatorship, the conditions and the scope of so-called fraudulent *res judicata* are analyzed. Upon its characterization as an immanent limit of the legal efficacy of final judicial decisions, its applicability with regard to (favorable) convictions is defended, for which a distinction between the notions of absolute and relative impunity is introduced. The purely illustrative revision of the case law of the Inter-American Court of Human Rights enables a more precise identification of criteria of “fraudulency” capable of being invoked for disavowing the force of *res judicata* of a decision as the one that, in the present case, has been recognized as an impediment for a (new) conviction.

* El presente texto se corresponde con una versión levemente revisada y ajustada de un informe en derecho elaborado a solicitud de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, acompañado al expediente del proceso radicado en la Corte de Apelaciones de Santiago (rol de ingreso Nº 4483-2019) con fecha 19 de marzo de 2021, y disponible aquí: <https://bit.ly/2PjMhbd>. Por su ayuda en la revisión del texto, agradezco a Rafaela Correa D., Clara Martner S. e Ilse Wolf V.

Keywords: *res judicata*, impunity, human rights violations

Introducción

El 21 de marzo de 2019, el ministro en visita Mario Carroza dictó su sentencia recaída en el nuevo proceso referido al caso que los medios de prensa han dado en llamar el “caso quemados”,¹ constituido por el ataque incendiario, ocurrido el 2 de julio de 1986, del que fueran víctimas Rodrigo Rojas De Negri y Carmen Gloria Quintana Arancibia, y que resultara en la muerte del primero y en gravísimas quemaduras para la segunda.² El ministro condenó a tres de los acusados como autores del homicidio calificado consumado perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri y del homicidio calificado frustrado perpetrado contra Carmen Gloria Quintana Arancibia,³ en tanto que a ocho otros acusados, como cómplices de uno y otro hecho punible.⁴ Por otra parte, la sentencia declaró la absolución de los restantes dos acusados, uno de los cuales había enfrentado el cargo de haber encubierto ambos crímenes,⁵ en tanto que respecto del otro acusado, P.F.D. (en lo que sigue, también: “el acusado”), el ministro Carroza llegó a establecer su responsabilidad como coautor de los dos homicidios calificados,⁶ fundando su absolución en el acogimiento de la excepción de cosa juzgada invocada por la defensa.

El presente informe tiene por objeto demostrar que la decisión de absolución del acusado P.F.D. es jurídicamente incorrecta, a lo menos si para su evaluación nos atenemos a los parámetros que, según lo ha establecido la Corte Suprema, tendrían que determinar que una sentencia penal de término logre desplegar el efecto de cosa juzgada material. En efecto, la fuerza de cosa juzgada atribuida a la sentencia previamente pronunciada contra P.F.D., que lo condenara como autor de un cuasidelito de homicidio perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri y como autor de un cuasidelito de lesión corporal perpetrado contra Carmen Gloria Quintana Arancibia, debe ser desconocida. La razón consiste en que esa sentencia previa adolece de aquella específica forma de vicio que la jurisprudencia y la doctrina denominan “cosa juzgada fraudulenta” (o “írrita”).

Para ello se reseñará, en lo inmediato, cómo se desarrolló el primer proceso resultante en la sentencia pronunciada contra P.F.D. y a través de qué hitos aquella llegó a adquirir el carácter de sentencia firme. Para explicar por qué, en contra de lo resuelto por el ministro Carroza, la

¹ Rol N° 143-2013, de 21 de marzo de 2019.

² Una pormenorizada investigación periodística acerca de los acontecimientos que constituyeron el caso y de las circunstancias que los sucedieron es ofrecida en el célebre libro de Patricia Verdugo, cuya primera edición data de 1986; véase VERDUGO (2015), *passim*.

³ A saber: los acusados de iniciales J.E.C.G., I.H.F.C. y N.F.M.G.

⁴ A saber: los acusados de iniciales L.A.Z.G., J.O.A.E., F.F.V.V., L.A.R.A., W.R.L.G., J.R.G.C., P.P.F.R. y S.H.A.

⁵ El otro acusado absuelto, que enfrentaba un (doble) cargo de encubrimiento, tiene por iniciales R.M.B.

⁶ En tal medida, es errónea la afirmación contenida en la parte considerativa del Informe de la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago, doña María Loreto Gutiérrez Alvear, de 27 de mayo de 2020, en cuanto a que el acusado P.F.D. habría resultado absuelto frente a los cargos de “encubrimiento” de uno y otro homicidio calificado. Que se trata de un mero *erratum*, empero, queda de manifiesto en el tenor del mismo informe, en cuya parte propositiva la fiscal judicial manifiesta un parecer favorable a revocar dicha absolución y reemplazarla por la condena del acusado como *autor* de los respectivos homicidios calificados consumado y frustrado.

fuerza de cosa juzgada de la resolución en cuestión debe ser desconocida, se ofrecerá un análisis de la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, para después describir la evolución de su reconocimiento jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo que sigue: “CIDH”), dando cuenta de la conexión interna que se da entre ese criterio de invalidación de sentencias firmes y la preocupación por la evitación de manifestaciones de impunidad —absoluta y relativa— frente a la perpetración de crímenes constitutivos de violaciones de derechos humanos. Ello hará posible, finalmente, presentar una respuesta dogmáticamente fundada a la pregunta de si la sentencia condenatoria previamente pronunciada contra P.F.D. admite ser reconocida como un obstáculo a su punición como responsable de los crímenes perpetrados contra Rodrigo Rojas De Negri y Carmen Gloria Quintana Arancibia como resultado del nuevo proceso instruido por el ministro Carroza.

1. La absolución del acusado con base en la excepción de cosa juzgada

1.1. Una genealogía (invertida) de la condena pronunciada contra P.F.D.

El recorrido procesal que llevó a que P.F.D. fuera condenado como autor de un cuasidelito de homicidio y de un cuasidelito de lesión corporal grave involucró, en lo fundamental, a tres tribunales que llegaron a pronunciar sendas decisiones de condena, pero de diferente tenor, respecto del acusado, a saber: el Segundo Juzgado Militar de Santiago, la Corte Marcial y la Corte Suprema. Es la pretendida fuerza de cosa juzgada de la sentencia pronunciada por este último tribunal lo que el ministro Carroza reconoció como fundamento para absolver al acusado en el marco del nuevo proceso seguido en su contra.

La sentencia por la cual la Corte Suprema condenó a P.F.D. como autor de un cuasidelito de homicidio en la persona de Rodrigo Rojas De Negri, a la vez que como autor de un cuasidelito de lesión corporal grave en la persona de Carmen Gloria Quintana Arancibia, data de 14 de diciembre de 1994.⁷ Esa doble condena se tradujo en la imposición de una pena única de 600 días de presidio menor en su grado medio, además de la pena accesoria de suspensión del cargo durante el tiempo de la condena, sobre la base de la aplicación, como regla pretendidamente más favorable que la del art. 75 del Código Penal (en adelante: “CP”) para el condenado, del art. 509 del Código de Procedimiento Penal (en adelante: “CdPP”).⁸

El caso llegó a ser conocido por la Corte Suprema como resultado de los recursos de casación en el fondo y de queja que fueron interpuestos contra la sentencia de segunda instancia, pronunciada por la Corte Marcial con fecha dos de enero de 1991.⁹ Este último tribunal había revocado la condena pronunciada contra P.F.D. por el tribunal (militar) de primera instancia, en lo tocante al cuasidelito de lesión corporal en la persona de Carmen Gloria Quintana Arancibia, manteniendo la condena por el cuasidelito de homicidio de Rodrigo Rojas De Negri. Notablemente, sin embargo, los dos ministros civiles integrantes de la Corte Marcial

⁷ Rol Nº 4110.

⁸ En contra de semejante comprensión de la relación entre uno y otro régimen penológico, más abajo, nota 92. Más allá de esto, la sentencia no especifica si la regla aplicada es la del inc. 1º o la del inc. 2º del art. 509 del CdPP, aunque en consideración a “naturaleza de la infracción” habría que asumir que solo la regla del inc. 2º resultaba aplicable. Al respecto, NOVOA (2005), pp. 225 y ss.; MAÑALICH (2018), pp. 158 y ss.

⁹ Rol Nº 1132-1986, de 2 de enero de 1991.

se inclinaron por confirmar la sentencia apelada con sendas declaraciones, que de haber encontrado respaldo en una mayoría del tribunal habrían llevado a la imposición de una pena considerablemente más severa sobre P.F.D. En efecto, el ministro Alberto Chaigneau estuvo por condenarlo como autor del delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, en concurso ideal con el delito de violencias innecesaria con resultado de lesión grave, de acuerdo con lo previsto en el art. 330 del Código de Justicia Militar, y así imponerle una pena de quince años de presidio mayor en su grado medio. Por su parte, el ministro Alfredo Pfeiffer estuvo por condenar a P.F.D. como autor de un delito de homicidio simple y así imponerle una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, la primera sala de la Corte Suprema lo rechazó por inadmisibile,¹⁰ dejando así inalterada la sentencia de segundo grado, que había condenado a P.F.D., exclusivamente, como autor de un cuasidelito de homicidio perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri. Sin embargo, y conociendo separadamente del ya referido recurso de queja, tres de los seis miembros de la sala —a saber: el ministro Adolfo Bañados, el abogado integrante Germán Vidal y Fernando Torres Silva en su calidad de Auditor General del Ejército— estuvieron por acoger el recurso y condenar a P.F.D., adicionalmente, como autor de un cuasidelito de homicidio perpetrado contra Carmen Gloria Quintana Arancibia; los tres miembros restantes —a saber: los ministros Mario Garrido y Eliodoro Ortiz, y el abogado integrante Eugenio Velasco— también estuvieron por acoger el recurso, mas de un modo conducente a condenar a P.F.D. como autor de un delito (doloso) de homicidio en la persona de Rodrigo Rojas De Negri y de un delito (asimismo doloso) de lesión corporal grave en la persona de Carmen Gloria Quintana Arancibia. En razón del empate en el número de miembros cuyos votos se inclinaron en una y otra dirección, prevaleció la decisión más favorable al reo, de acuerdo con lo establecido en el art. 74 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante: “COT”) entonces vigente.

De esta manera, la Corte Suprema reestableció la condena por un cuasidelito de lesión corporal grave, adicional a la condena por un cuasidelito de homicidio, que había sido pronunciada por el Segundo Juzgado Militar de Santiago y revocada por la Corte Marcial. En efecto, en su fallo de primera instancia de 24 de agosto de 1989,¹¹ reconociendo el carácter ideal del concurso entre los dos hechos punibles imputados a P.F.D., el juzgado militar había impuesto a este la pena de 300 días de reclusión menor en su grado mínimo, acompañada de la suspensión del cargo durante el tiempo de la condena, concediéndole el beneficio de la remisión condicional de la pena.

La instrucción del proceso por parte del ya referido tribunal militar fue la consecuencia de la declaración de su propia incompetencia que el 23 de julio de 1986 emitiera el ministro en visita Alberto Echavarría Lorca, inmediatamente tras someter a proceso a P.F.D. como presunto autor de un cuasidelito de homicidio y de un cuasidelito de lesión grave. En su condición de Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 7 de julio el magistrado Echavarría había sido designado, por el pleno de la corte de Santiago y mediante votación dividida (de 14 votos contra 9), para investigar el caso, después de que tanto el juez

¹⁰ Rol N° 28283.

¹¹ Rol N° 1609-1989.

Patricio Villarroel como la jueza Gloria Ponce hubieran alcanzado a efectuar algunas diligencias indagatorias, incluida la declaración prestada al primero, *in articulo mortis*, por Rodrigo Rojas De Negri. Como causal de incompetencia (*ratione personae*), el ministro Echavarría esgrimió la condición de militar del imputado.

1.2. La valoración del proceso resultante en la doble condena de P.F.D.

La razón para haber ofrecido esta reseña “en reversa” —esto es, en la dirección opuesta a su desarrollo cronológico— del recorrido procesal que llevó a la doble condena pronunciada por la Corte Suprema contra P.F.D. estriba en que de esa manera es más fácil advertir la significativa medida en la cual esa misma sentencia se vio condicionada por determinados hitos del proceso instruido por el Segundo Juzgado Militar de Santiago. Esto es especialmente importante, en atención a que, en su ya referida sentencia de 21 de marzo de 2019, el ministro Carroza justificadamente caracterizó ese proceso como “anómalo en su tramitación y fallo, por falta de imparcialidad y objetividad” (cons. 4º, sección 9º). Esto se fundaría, en palabras del ministro,

“en que la investigación en manos de la Justicia Militar intentó dejar los hechos en la impunidad o el restarle importancia a lo que realmente aconteció, y ello se refleja en los votos de minoría de los Jueces Civiles en la decisión de la Corte Marcial y de aquellos que suscribieron la resolución de minoría en el Recurso de Queja ante la Corte Suprema” [cons. 33º].

Un poco más adelante, el ministro Carroza agregaba que, a este respecto, la justicia militar

“siempre y durante toda la investigación [...] no dejó de opinar que los hechos eran los que relataban los militares y descartaban todo aquello que corroboraran la versión de las víctimas, como si dicha versión no existiera” [cons. 35º].

Una descripción suficientemente pormenorizada de esta orientación del ejercicio de la jurisdicción militar en referencia al caso, acompañada de una lapidaria valoración de esa misma orientación, es ofrecida en los considerandos 87º y siguientes del fallo del ministro Carroza:

“Que no puede dejar de reconocerse, que si bien el hecho descrito en el fundamento que antecede fue conocido y juzgado en distintas instancias por Ministros que integraron tanto la Ilma. Corte Marcial como la Excm. Corte Suprema, quienes en votación de mayoría, o por intermedio de la manifestación de votos disidentes, procedieron a efectuar un análisis de los antecedentes que obraban en los autos Rol N° 1609-86, y expresaron en sus fundamentos las diversas conclusiones a las que arribaron, calificando indistintamente los hechos como delito de ‘violencias innecesarias’, ‘homicidio simple’, o ‘cuasidelito de homicidio y cuasidelito de lesiones’, no es menos cierto que, el raciocinio siempre estuvo dirigido al ‘abandono’ que se hizo de las víctimas, y en el actual estado del proceso, hemos podido reunir elementos nuevos que van más allá de esa sola circunstancia, y que nos han orientado a no dictar sobreseimiento en estos autos y convencemos mediante una investigación seria, objetiva e imparcial, con los resultados conocidos, el considerar conforme a lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal que la investigación para la comprobación del cuerpo del delito y

la determinación de los delincuentes se hubiese encontraba agotada, lo que refleja aquello que hemos sostenido respecto a la falta de ecuanimidad e integridad de un proceso cuya investigación inicial podemos calificar de espuria o ilegítima, por la forma en cómo se dirige, sin una intención real de esclarecer los hechos y responsabilidades, con lo cual hacemos eco de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, que si bien entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, se ha instituido como un Instrumento del Derecho Internacional que vino a sistematizar un conjunto de valores preexistentes en la humanidad, y que son conocidos como *ius cogens*, que se han integrado de forma instantánea, al entender que son principios que devienen del derecho consuetudinario, y que por lo tanto, se han incorporado al Derecho incluso antes de haber sido recogidos por el Estatuto de Roma u otros Tratados Internacionales” [cons. 87°].

Inmediatamente a continuación, el ministro Carroza añadía que

“en particular, creemos que estos hechos no sólo no fueron investigados con total celo por la Justicia Militar, sino que además los propios integrantes de la patrulla militar, sin distinción alguna, realizaron diversas conductas tendientes a ocultar no sólo su propia participación, sino que también, pretendieron encubrir cómo se había producido el hecho delictual, manteniendo a lo largo de los años la tesis referida a que todo se trató de un accidente provocado por una caída accidental de una bomba molotov, o bien, por haber sido pateada con un puntapié por Carmen Gloria Quintana Arancibia, omitiendo en sus dichos que las víctimas fueron previamente rociadas con combustible, y alterando con ello la circunstancia de cómo se inicia la ignición, que hoy tenemos certeza se produce por el lanzamiento de un artefacto incendiario en las cercanías de sus cuerpos.

En este sentido, estimamos que la investigación incoada, y tal como lo hemos sostenido, en la Justicia Militar se alejó del debido proceso, y en el actual estado de estos autos, el hecho fáctico que hemos tenido por acreditado, basados en los nuevos elementos allegados al proceso, que nos dan cuenta de las distintas estrategias realizadas para alterar circunstanciadamente lo acontecido, nos permiten formar convicción en torno al incumplimiento de al menos uno de los requisitos que exige la cosa juzgada para ser declarada. Se trata entonces, precisamente de la identidad del hecho, de la que ya nos hemos hecho cargo en los considerandos que anteceden” [cons. 88°].

La constatación de que los hechos “no fueron investigados con total celo”, así como de las maniobras de autoencubrimiento desplegadas por los presuntos responsables, no impidió al ministro Carroza valorar diferenciadamente

“el pronunciamiento efectuado tanto por la Ilma. Corte Marcial, como por la Excm. Corte Suprema, en los años 1991 y 1994, respectivamente, en autos sobre recurso de apelación y recursos de casación en el fondo y de queja, fallos que consideramos se encuentran circunscritos en la llamada Justicia Transicional [...]. Es una Justicia transicional que se refleja por ejemplo, en la circunstancia que estos hechos, a pesar de haberse fallado en el período conocido como de ‘retorno a la democracia’, fueron juzgados en la época por la Excm. Corte Suprema de acuerdo a la normativa vigente dispuesta en el artículo 70-A del Código de Justicia Militar, que permitía la integración de salas tanto por Ministros letrados, como por un Auditor General de Ejército, o quien debiera subrogarlo. Asimismo, la Ilma. Corte Marcial de acuerdo a la normativa vigente estaba integrada por Ministros de la Corte de Apelaciones y Auditores Generales de la Fuerza Aérea, de Carabineros y del Ejército. Integración que hoy, al menos en lo que compete a la Excm. Corte Suprema y, a pesar de encontrarse vigente la disposición

aludida, se ve contrastada con lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política de la República de Chile” [cons. 89°].

Especial significación tiene la referencia que, en este preciso contexto, el ministro Carroza hiciera a las reflexiones que, en un seminario dedicado al tema “Poder judicial y derechos humanos”, propusiera el entonces Ministro de la Corte Suprema, Sr. Lamberto Cisternas.¹² Según lo consigna el fallo, el ex ministro Cisternas habría sostenido que

“la Corte Suprema, sea por recuerdo o por efecto del clima anterior al golpe, sea por el evidente espíritu conservador o reaccionario de la mayoría de sus integrantes, sea por temor, fue renuente a ejercer sus facultades a favor de los derechos ciudadanos”,

lo cual se habría visto acompañado por la circunstancia de que fueran ampliadas, por ley, “las competencias de los Juzgados Militares, tribunales que desplazaron a los ordinarios en el juzgamiento de civiles en todo tipo de asuntos en que interviniesen personas del fuero militar” (cons. 90°). De acuerdo con el ministro Carroza, esto último sería concordante

“con lo ocurrido en autos, toda vez que el proceso se inicia en el Décimo Noveno Juzgado del Crimen, luego por no tener jurisdicción son remitidos al Décimo Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, con posterioridad se designa al Ministro Alberto Echavarría de la Ilma. Corte de Apelaciones de esta ciudad, quien tras declararse incompetente, envía el proceso al Segundo Juzgado Militar de Santiago, siendo tramitado por la Fiscalía Ad-Hoc, designada” [cons. 90°].

La contundencia del juicio que, según el ministro Carroza, sería procedente formular acerca del comportamiento de la judicatura en lo tocante a la persecución y el juzgamiento de los crímenes perpetrados por agentes del Estado a lo largo del periodo dictatorial queda de manifiesto a través de la referencia que, en su ya aludida alocución, el ex ministro Cisternas hiciera a una declaración emitida el año 2013 por el pleno de la Corte Suprema, órgano según el cual

“no cabe otra actitud que no sea explicitar el reconocimiento de las graves acciones y omisiones que en ese entonces se incurrió, arrastrando con ello a parte de la judicatura del país, que claramente, a la hora presente y con la medida y altura de miras de hoy, corresponde decir que constituyó una dejación de funciones jurisdiccionales, por lo que es tiempo de dejarlo en claro a todos los miembros actuales y futuros de la institución y a las generaciones ciudadanas que vengan, para que ese comportamiento no se repita, por contradecir un Estado de Derecho propio de una República democrática” [cons. 90°].

1.3. El reconocimiento de la excepción de cosa juzgada

En consideración a este vasto conjunto de consideraciones concernientes a las anomalías y deficiencias estructuralmente exhibidas por los procesos judiciales instruidos por tribunales militares, formuladas desde el punto de vista provisto por los correspondientes parámetros de la llamada “justicia transicional”, habría sido esperable que el ministro Carroza hiciera

¹² El registro audiovisual de la presentación del ex ministro Cisternas se encuentra disponible aquí: https://www.youtube.com/watch?v=pPkM65n5IQg&feature=emb_logo.

descansar en ellas su decisión en cuanto a acoger o rechazar la excepción de cosa juzgada alegada por la defensa de los acusados I.H.F.C. y J.E.C.G., por un lado, así como por la defensa del acusado P.F.D., por otro.

Sorprendentemente, sin embargo, el ministro en vista se inclinó por examinar el problema sin siquiera tematizar la posibilidad de que el acogimiento de la excepción de cosa juzgada deba entenderse sometido a una restricción inmanente fundada en que, como observa Morgenstern, “la autoridad de la cosa juzgada sólo se justifica por la legitimidad que le transmiten la regularidad del proceso y la actuación del juez”.¹³ Plantear esta última pregunta habría resultado inmediatamente pertinente, en razón de la caracterización que, en el considerando 87º de su fallo, el ministro Carroza hiciera del proceso en cuestión como uno “cuya investigación inicial podemos calificar de espuria o ilegítima, por la forma en cómo se dirige, sin una intención real de esclarecer los hechos y responsabilidades”. En su sentencia, empero, aquel se limitó a comprobar si, respecto de los acusados cuyas defensas esgrimieron la excepción de cosa juzgada, se veía cumplido el requisito de la llamada “triple identidad”, que resultaría de la combinación de la exigencia de la doble identidad que se deja extraer del N° 7 del art. 408 del CdPP, por un lado,¹⁴ con la ulterior exigencia de identidad concerniente al “motivo de la persecución penal”, por otro.¹⁵

Así, y en referencia a los acusados I.H.F.C. y J.E.C.G., el ministro Carroza desestimó la excepción de cosa juzgada, en razón de que ellos “no fueron objeto de un proceso judicial, y no pueden por esta vía sustraerse del reproche penal, dado que no se produce la identidad de partes” (cons. 91º). Con ello fue desechada, acertadamente, la alegación de que la sentencia pronunciada como resultado del proceso incoado ante la justicia militar, en cuanto revestida de la fuerza de cosa juzgada, pudiera dar lugar, en la forma de un efecto “reflejo”, a un obstáculo a la persecución de dos personas en contra de quienes no había sido dirigida imputación alguna en el marco de ese proceso anterior.¹⁶

En referencia al acusado P.F.D., en cambio, el ministro Carroza se inclinó por conferir una importancia superlativa a que él hubiera terminado siendo “condenado por la Excma. Corte Suprema”, puesto que, a pesar de que el proceso en cuestión “careció de objetividad e imparcialidad”, la circunstancia de que el caso haya llegado a ser conocido por la Corte Marcial y en definitiva por la Corte Suprema no haría posible concluir que ese conocimiento del caso se haya orientado a “sustraer a uno de los responsables de una probable sanción penal o de favorecer su impunidad” (cons. 92º). Teniendo en cuenta que la pena que finalmente le fuera impuesta por la Corte Suprema resultó ser más severa que la

¹³ MORGENSTERN (2015), p. 174.

¹⁴ Disposición que instituye como causal de sobreseimiento definitivo la consistente en que “el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”.

¹⁵ Al respecto, véanse los considerandos 77º y 78º de la sentencia del ministro Carroza, donde erróneamente se sugiere que el mentado requisito de la triple identidad, en cuanto presupuesto de la operatividad de la excepción de cosa juzgada fundada en el principio *ne bis in idem*, se encontraría plasmado en el art. 20 del Estatuto de Roma.

¹⁶ Acerca de la llamada “cosa juzgada refleja”, que se correspondería con un efecto positivo de la cosa juzgada material, véase ya BINDING (1915) pp. 322 y ss.; también NIEVA (2012), pp. y 301 ss. Latamente al respecto, PÉREZ AGUILERA (2018), pp. 171y ss.

originalmente impuesta por el Segundo Juzgado Militar de Santiago, así como que “respecto del acusado [...] no solo se cumple con la triple identidad de personas, hechos y motivo”, sino que además no existirían “motivos suficientes para suponer la existencia de fraude” (cons. 92°), el ministro en visita concluyó que la excepción de cosa juzgada invocada por la defensa de P.F.D. debía ser acogida como motivo de absolución. Esta fundamentación del acogimiento de la excepción de cosa juzgada adolece de múltiples defectos argumentativos.

Por un lado, es desacertada la referencia ilustrativa que el ministro Carroza hiciera al art. 20 del Estatuto de Roma para sustentar la exigencia de “triple identidad” de cuya satisfacción dependería, a su juicio, la procedencia de la excepción de cosas juzgadas en casos en los cuales el o los hechos punibles imputados tienen, desde el punto de vista del derecho internacional, el carácter de crímenes de lesa humanidad. Aquello que en el fallo del ministro Carroza se tematiza como el “motivo de la persecución penal” no forma parte de las condiciones de identidad que necesitan darse para que un segundo enjuiciamiento resulte vedado por el principio *ne bis in idem*, tal como este se encuentra consagrado en el art. 20 del Estatuto de Roma. Antes bien, el apartado 3° de esta disposición estatutaria instituye una excepción a la prohibición de que la Corte Penal Internacional juzgue a una persona que ya hubiera sido juzgada, por otro tribunal, en referencia a un hecho que resultara punible bajo los arts. 6, 7 u 8 del estatuto, en la medida en que ese juzgamiento previo hubiera obedecido “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, o el proceso en cuestión no hubiera sido “instruido independiente o imparcialmente según las normas del debido proceso reconocidas por el derecho internacional” o hubiera sido sustanciado de “una manera que, en las circunstancias del caso, fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”. Esto muestra que el “motivo de la persecución” no interesa desde el punto de vista de las condiciones de identidad de cuya satisfacción depende que se configure un obstáculo a un nuevo juzgamiento con base en el principio *ne bis in idem*, sino para hacer reconocible el eventual carácter de un “juicio fingido” que hubiera podido exhibir el enjuiciamiento anterior.¹⁷

A lo anterior cabe agregar, por otro lado, que la tesis según la cual la excepción de cosa juzgada susceptible se fundaría no solo en una doble identidad concerniente a la persona juzgada y al hecho por el cual ella ya hubiera sido juzgada, sino también en una ulterior identidad referida al “motivo de la persecución”, ha sido justificadamente abandonada por la doctrina. La explicación se encuentra en que como sustento de esta última exigencia solo podría ser esgrimida una concepción *iusprivativista* de la institución de la cosa juzgada, de acuerdo con la cual el presupuesto de esta consistiría en la triple identidad relativa a los sujetos, a lo pedido y a la causa de pedir.¹⁸ Semejante concepción *iusprivativista*, empero, desconoce la especificidad que separa al proceso penal del género de los procesos civiles y que se expresa, en lo que aquí interesa, en que la calificación jurídica (variable) que pueda recibir el objeto del juzgamiento carezca de relevancia para la determinación de la unidad temática del proceso respectivo.¹⁹ Esto se traduce en que el fundamento —esto es, la

¹⁷ Al respecto, SCHABAS (2011), pp. 203 y ss.; CÁRDENAS (2006) pp. y 115 ss., pp. 125 y ss.

¹⁸ En detalle sobre esto, y en referencia al derecho español, PÉREZ AGUILERA (2018), pp. 125 ss., 131 ss., con nota 287. Para una reconstrucción crítica de la tradicional exigencia de “triple identidad”, véase COUTURE (2020), pp. y 336 ss., 344 y ss., 347y ss.

¹⁹ Véase MAÑALICH (2018), pp. 77 y ss., 89 y ss., con referencias ulteriores.

“causa”— de la pretensión punitiva que pudiera llegar a materializarse como resultado del ejercicio de la acción penal no condiciona el alcance de la fuerza de cosa juzgada de la decisión que ponga término al proceso en cuestión.²⁰

Más allá de esto, el único espacio de pertinencia para la eventual subordinación de la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* —entendido como mecanismo de clausura procesal— a la constatación de una falta de “identidad de fundamentos” se encuentra asociado, en el contexto intrajurisdiccional,²¹ a la pregunta por la admisibilidad de una activación sucesiva o simultánea de un proceso penal y un proceso (administrativo o judicial) potencialmente conducente a la imposición de una sanción no penal.²² Esta no es una posibilidad que necesite ser considerada para lo que aquí interesa.

Desde este punto de vista, lo que el ministro Carroza debió haber considerado para determinar si, *en principio*, se configuraba la excepción de la cosa juzgada a favor del acusado era, exclusivamente, la circunstancia de que contra este ya hubiera sido pronunciada una sentencia firme referida al mismo “hecho procesal” sobre el cual versaba el nuevo enjuiciamiento. Y si esto hubiera quedado suficientemente establecido por la investigación desarrollada en la fase del sumario, el ministro Carroza habría tendido que decretar su sobreseimiento definitivo, según lo prevé el ya aludido N° 7 del art. 408 del CdPP. Pero según ya se hiciera explícito, lo anterior sólo vale *en principio*. Pues tal como el ministro Carroza lo sugiriera, el reconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en el marco del proceso incoado ante la justicia militar tendría que entenderse sometido a una condición adicional, y que es independiente de la satisfacción de la ya analizada exigencia de doble identidad, a saber: a la condición de que la sentencia así pronunciada no deba ser tenida por *fraudulentamente obtenida*. Esta posibilidad, explícitamente considerada por el ministro en visita en su fallo, terminó siendo descartada, según ya se reseñara, en exclusiva consideración a que en el proceso llegó a intervenir la Corte Suprema, tribunal que, al resolver el recurso de queja, impuso una pena más severa que la originalmente impuesta por el tribunal (militar) de primera instancia.

De esta manera, el ministro Carroza renunció a examinar, de manera mínimamente pormenorizada, las posibles implicaciones de la mención que él mismo hiciera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo que sigue: “CADH”) en el cons. 77° de su sentencia, en específica referencia a los factores que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH, tendrían que ser reconocidos como indicadores de la “fraudulencia” de lo resuelto a través de una sentencia penal de término. Esto resulta todavía más llamativo si se presta atención al hecho de que, con base en la decisión que la CIDH emitiera en el caso “Almonacid Arellano”, los tribunales superiores chilenos han validado la construcción jurisprudencial de la cosa juzgada fraudulenta. A una revisión de la génesis y el alcance de esta construcción se destinará las dos secciones siguientes del presente informe.

²⁰ Sobre esto, OTTAVIANO (2008), pp. 104 y ss.

²¹ Esto es, en una situación en la cual la posibilidad de un doble juzgamiento se suscita al interior de un mismo sistema jurisdiccional; para la correspondiente diferenciación de los contextos intrajurisdiccional e interjurisdiccional de aplicación del principio *ne bis in idem*, véase MAÑALICH (2018), pp. 75 y ss.

²² Al respecto, véase OTTAVIANO (2008), pp. 114 y ss.; también MAÑALICH (2018), pp. 122 y ss., 129 y ss.

2. Cosa juzgada fraudulenta: fundamento y alcance

2.1. La cosa juzgada fraudulenta como criterio de desconocimiento de la eficacia jurídica de las sentencias penales de término

La expresión “cosa juzgada fraudulenta” designa un criterio de desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia de término pronunciada al cabo de un proceso cuyo desarrollo o cuya culminación ha sido irregular hasta el punto de que esa fuerza de cosa juzgada deba ser tenida por puramente *aparente*.²³ Si bien a veces se diferencia, terminológicamente, entre casos de “cosa juzgada írrita” y casos de “cosa juzgada fraudulenta” en sentido estricto,²⁴ es posible conferir a la segunda frase un sentido más amplio, de manera tal de aludir con ella a la generalidad de las situaciones en las cuales el proceso o la decisión que le pone fin se ven afectados por “una flagrante violación al Derecho y a elementales normas de justicia”.²⁵ Este último será el sentido en que, en lo que sigue, será usada la expresión “cosa juzgada fraudulenta”.

Como categoría procesal-civil, la alegación de la cosa juzgada fraudulenta suele asumir la forma o bien de una acción autónoma de anulación (o “revocación”) o bien de un recurso de anulación de sentencias cuyo contenido las convierte en manifiestamente injustas.²⁶ Como categoría procesal-penal, la cosa juzgada fraudulenta funciona como un criterio de desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada (“material”) de una sentencia firme ya recaída sobre un *hecho procesal* que se presenta como el objeto de un posible nuevo proceso seguido en contra de una persona alcanzada, en cuanto sujeto pasivo de la imputación, por esa sentencia anterior.²⁷ En tal medida, y para lo que aquí interesa, el reconocimiento del carácter fraudulento de lo resuelto a través de la sentencia firme previamente pronunciada debe traducirse en la *desestimación de la excepción de cosa juzgada* que el imputado pudiera esgrimir para ponerse a resguardo del nuevo enjuiciamiento, excepción cuya base se encuentra en el principio *ne bis in idem* en cuanto regla de clausura procesal. Esto basta para advertir que el desconocimiento de la cosa juzgada fraudulenta es divergente —y con ello: independiente— del mecanismo consistente en la revisión de sentencias condenatorias

²³ Al respecto, véase MORGENSTERN (2015), pp. 11 y ss.; más sucintamente, MONTIEL (2018), pp. 178 y ss., 183 y ss.

²⁴ Véase, por ejemplo, OTTAVIANO (2008), p. 201: “Igualmente es posible que en algunos casos, mediante una nueva decisión jurisdiccional que pondere adecuadamente los aspectos involucrados [...], se opte por la negación del efecto de cosa juzgada a una resolución cuestionada como incorrecta. Así ocurre, por ejemplo, en algunos ordenamientos en los supuestos de cosa juzgada írrita (decisiones gravemente injustas) y cosa juzgada fraudulenta (decisiones en las que el juez resuelve deliberadamente de manera incorrecta o bien falla coaccionado)”.

²⁵ Así MORGENSTERN (2015), p. 14. Para una fundada propuesta de favorecer, en cambio, la expresión “cosa juzgada corrupta”, véase PÉREZ BARBERÁ (2021), IV, enfatizando el factor del *abuso de una posición de poder* como presupuesto de operatividad del mecanismo en cuestión. En cambio, un énfasis en la contribución que el imputado o algún tercero actuando por su cuenta ha de haber desplegado en pos de la generación del resultado procesal fraudulento aparece en la propuesta de MONTIEL (2018), pp. 186 y ss., 190 y ss., cuyo contexto específico es el análisis de los mecanismos de neutralización de la impunidad en el marco de la llamada “lucha contra la corrupción”.

²⁶ Fundamental al respecto, COUTURE (1949), pp. 387 y ss., 405 y ss.

²⁷ Al respecto, y en referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación argentina y de la CIDH, MORGENSTERN (2015), pp. 149 y ss., 167 y ss. En la literatura chilena, véase BUSTOS y ALDUNATE (2007), pp. 13 y ss.

firmes, precisamente porque este último mecanismo asume la forma de una *acción* susceptible de ser ejercida en pos de la anulación de una sentencia que ha llegado a adquirir fuerza de cosa juzgada.²⁸

Es justamente en esta forma que la categoría de la cosa juzgada fraudulenta fue explícitamente invocada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en su sentencia de apelación de 14 de enero de 2013,²⁹ que confirmó la sentencia pronunciada por el Primer Juzgado de Letras de Rancagua en el marco del nuevo proceso desarrollado en referencia al caso “Almonacid Arellano”, como consecuencia del fallo que respecto de ese mismo caso dictara la CIDH, condenando al Estado de Chile.³⁰ Tras constatar que la defensa del acusado no había insistido en oponer la excepción de cosa juzgada, la corte de Rancagua observó que, en su carácter de “excepción mixta”, ella admitía ser examinada de oficio al ser pronunciada la sentencia respectiva, en conformidad con lo establecido en el inc. final del art. 434 del CdPP (cons. 3°). La corte de Rancagua entendió que lo decidido por la CIDH, en lo tocante a la ineficacia del sobreseimiento definitivo originalmente pronunciado a favor del imputado con base en el DL 2191, conocido como el “decreto ley de amnistía”, determinaba que en la pretendida fuerza de cosa juzgada atribuible a ese sobreseimiento definitivo no pudiera ser reconocida como un obstáculo al nuevo enjuiciamiento. Así reza, en efecto, el párrafo final del cons. 7° de la sentencia de la corte de Rancagua:

“Nuestro fallo no puede referirse a si el sobreseimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreseimiento”.

Esto quiere decir que, en sentido estricto, la corte de Rancagua pretendió limitarse a constatar la remoción del obstáculo al nuevo enjuiciamiento representado por el sobreseimiento definitivo en cuestión, resultante del pronunciamiento de la CIDH. Pero es claro que, al hacer prevalecer lo resuelto por la CIDH, la corte de Rancagua en efecto validó, para los efectos de la aplicación de la legislación penal chilena, el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada del sobreseimiento definitivo fraudulentamente conseguido.

Esto último ha llegado a ser corroborado, asimismo, por la Corte Suprema. En su sentencia de casación de 25 de mayo de 2017,³¹ referida al homicidio de Enrique González Cerda, perpetrado el 27 de abril de 1977 y calificado como un crimen de lesa humanidad, el máximo tribunal estableció, en el cons. 11°,

“[q]ue, dado el vínculo existente entre la muerte de Enrique González Cerda y el elemento de contexto invocado por el recurrente, el que ha sido *reconocido en primera instancia al declarar la existencia de cosa juzgada fraudulenta o aparente en la investigación asumida por la justicia militar de la época*, al calificar los jueces del fondo el hecho como un ilícito común y declararlo prescrito, han aplicado erróneamente las normas del derecho interno contenidas los artículos 93 y siguientes del Código Penal y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal. En estas condiciones, se configura el vicio

²⁸ Al respecto, véase MAÑALICH (2020), pp. 28 y ss., 30 y ss.

²⁹ Rol N° 103-2011.

³⁰ Véase más abajo, 3.1.

³¹ Rol N° 78951-2016.

denunciado por el recurso, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que ha servido de base a un improcedente sobreseimiento definitivo de la causa, impidiéndose la investigación, por lo que el arbitrio impetrado, fundado en la causal 6ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, será acogido”.³²

La consideración esgrimida por la Corte Suprema se refiere, inmediatamente, a la excepción de prescripción de la acción penal que fuera acogida, en el marco del nuevo enjuiciamiento, por el tribunal de primera instancia, siendo ello confirmado por la Corte de Apelaciones de San Miguel. En efecto, la calificación del homicidio en cuestión como constitutivo de un crimen de lesa humanidad tenía que traducirse, en contra de lo resuelto por los tribunales de instancia, en la inadmisibilidad de la alegación de la prescripción de la acción penal, justamente por ser esta imprescriptible en consideración al estatus exhibido por el hecho punible imputado, en conformidad con el derecho internacional, como un crimen de lesa humanidad. Para lo que aquí interesa, es crucial reparar en que la Corte Suprema validó así el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia absolutoria pronunciada por el Segundo Juzgado Militar de Santiago, con fecha 10 de diciembre de 1980, a favor de quienes habían sido acusados en el marco de ese primer proceso.

2.2. La cosa juzgada fraudulenta como límite inmanente a la eficacia de las sentencias de término

La precedente caracterización de la manera en que puede llegar a operar el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia de término fraudulentamente generada tiene importancia para responder la difícil pregunta concerniente a la admisibilidad de semejante desconocimiento como posibilidad prevista por el sistema jurídico chileno, así como para precisar el significado que ha de atribuirse al adjetivo “fraudulenta” en este contexto.

Tendría que ser claro, de entrada, que para la postulación de una cosa juzgada fraudulenta no es posible identificar un fundamento legal explícito. Y más específicamente, es enteramente inviable invocar la regulación de la acción (extraordinaria) de revisión, plasmada en el Título VII del Libro III del CdPP.³³ Pues en nuestra tradición legislativa este último es un mecanismo exclusivamente concebido para la invalidación de sentencias condenatorias firmes *a favor* de quien ha sido injustamente condenado.³⁴ Tendría que ser claro que un régimen regulativo así orientado no puede, por sí mismo, proveer premisa alguna para el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de sentencias de término *en contra* de quien se ha visto injustamente favorecido por la resolución en cuestión.

Pero de esta constatación negativa no se sigue que resulte *per se* inadmisibles tal desconocimiento cuando la respectiva sentencia amerita ser tenida por fraudulentamente generada, en términos tales que su fuerza de cosa juzgada deba ser caracterizada como puramente aparente. A este respecto, es necesario desactivar el argumento que, en la

³² Énfasis añadido.

³³ Véase, sin embargo, BUSTOS y ALDUNATE (2007), p. 14. Críticamente al respecto, MAÑALICH (2010), p. 191; HERNÁNDEZ (2013), pp. 212 y s.

³⁴ Latamente al respecto, en referencia inmediata al régimen establecido en el Código Procesal Penal (en adelante: “CPP”), MAÑALICH (2020), pp. y 36 ss., 39 y s.

dirección contraria, pudiera hacerse descansar en el art. 76 de la Constitución Política, cuyo inc. 1º dispone:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Esta disposición constitucional, tras radicar el ejercicio de las potestades judiciales en “los tribunales establecidos por la ley”, instituye la inhabilidad de los órganos titulares del poder ejecutivo —a saber: el Presidente de la República— y del poder legislativo —a saber: el Presidente de la República y el Congreso Nacional *qua* colegisladores— para involucrarse en el ejercicio del potestades judiciales y, en particular, para “hacer revivir procesos fenecidos”. Ello se traduce, entre otras cosas, en que una decisión gubernativa o legislativa que pretendiera desconocer la fuerza de cosa juzgada de una sentencia judicial exhibiría, sin más, un vicio de constitucionalidad, de manera tal que solo a través de una ley de reforma constitucional sería posible “hacer revivir [uno o más] procesos fenecidos”.³⁵ Pero esto no tiene impacto directo en la cuestión de si, bajo determinadas condiciones, un tribunal establecido por la ley pudiera llegar a desconocer la pretendida fuerza de cosa juzgada de una sentencia penal de término, precisamente porque el fundamento de la ya aludida disposición constitucional no se encuentra en el “rango superior del principio de cosa juzgada material”,³⁶ sino en los principios de separación de poderes e independencia judicial en cuanto basales de un Estado de derecho.³⁷

Con ello volvemos al punto de partida. Indudablemente, el derecho chileno no reconoce, de manera explícita, un mecanismo jurisdiccional para remover el obstáculo a la persecución representado por una sentencia firme recaída en el mismo hecho procesal en relación con la misma persona cuando esa sentencia ha sido fraudulentamente generada.³⁸ ¿Pero se sigue de

³⁵ Véase MAÑALICH (2010), p. 191.

³⁶ Así, empero, HERNÁNDEZ (2013), p. 213, nota 85, al dar cuenta del argumento presentado en el texto referido en la nota precedente. Atribuir una “dignidad jurídicamente superlativa” al efecto material de cosa juzgada —como se hace en MAÑALICH (2010), p. 189— no prejuzga el nivel jerárquico en el que, contingentemente, se encuentren situadas las reglas que lo instituyen. (Tal como lo refleja el Diccionario de la RAE, “superlativo” significa “muy grande o desmesurado”, mas no necesariamente “supremo”.) Esto es consistente con que, en el marco del sistema jurídico chileno, el principio *ne bis in idem* no se encuentre consagrado constitucionalmente, adquiriendo reconocimiento supralegal —a través de la regla del inc. 2º del art. 5º de la Constitución Política— en virtud de lo establecido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante: “PIDCP”), así como en el art. 8.4 de la CADH; al respecto, MAÑALICH (2018), pp. 67 y ss., 119 y ss. En estos dos últimos contextos, la operatividad del principio *ne bis in idem* en cuanto regla de clausura procesal se ve sometida a excepciones, algunas de las cuales se conectan inmediatamente con la preocupación subyacente al reconocimiento de la cosa juzgada fraudulenta como límite a la eficacia de sentencias penales términos: en referencia al art. 14.7 del PIDCP, véase OTTAVIANO (2008), pp. 347 y ss.; en referencia al art. 8.4 de la CADH, véase más abajo, 3.1., a propósito de la jurisprudencia de la CIDH.

³⁷ Al respecto, BORDALÍ (2008), pp. 185 ss., 209 ss., quien observa que “el ideal de un Estado de Derecho que reconoce la independencia judicial no tolera que el poder judicial comparta el ejercicio de la jurisdicción con otros poderes”; así BORDALÍ (2008), p. 204.

³⁸ Véase MAÑALICH (2010), pp. 189 y ss., en referencia a la situación jurídica posterior al pronunciamiento de la sentencia de la CIDH en el caso “Almonacid Arellano”, aunque previa a la admisión de la categoría de la

esto que no sería posible reconocer *límite inmanente* alguno a la fuerza de cosa juzgada susceptible de ser exhibida por una sentencia tal? Si nos atenemos a lo resuelto por la Corte Suprema en la decisión reseñada en la sección precedente, la respuesta tendría que ser negativa.

Por “límite inmanente” a la operatividad de algún obstáculo a la punición o a la persecución penal de alguna persona por algún hecho punible que pudiera serle imputado cabe entender aquí un límite que admite ser extraído del fundamento mismo sobre el cual descansa el obstáculo en cuestión. Así por ejemplo, el desconocimiento de la validez de una “autoamnistía”, como la que fuera establecida a través del Decreto Ley 2191, de 1978, encuentra su base en la consideración de que, en general, la operatividad de una amnistía depende de la alteridad subjetiva de —esto es: la falta de identidad entre— quien otorga la amnistía en cuestión y quienes se ven favorecidos por ella, en razón de que ese presupuesto de alteridad subjetiva es definitorio de la estructura de la relación punitiva susceptible de resultar extinguida como resultado del otorgamiento de una amnistía.³⁹ Y así también es posible sostener que la aplicabilidad de las reglas generales sobre prescripción de la acción penal depende de que el ejercicio de la correspondiente acción penal haya sido posible durante el lapso que se identifica con el plazo de prescripción.⁴⁰

Es importante notar que, en referencia a los dos ejemplos recién ofrecidos, el respectivo argumento es independiente de que, en particular tratándose de crímenes de lesa humanidad, se encuentre jurisprudencialmente consolidado el reconocimiento de límites *trascendentes* (en oposición a inmanentes), en cuanto fundados en el derecho internacional, a la operatividad de los correspondientes obstáculos a la punición o a la persecución penal.⁴¹ Esto es de importancia para lo que aquí interesa, justamente porque, más allá de cuán discutible sea la existencia de límites trascendentes a la fuerza de cosa juzgada de una sentencia que pudiera, con base en el principio *ne bis in idem*, obstaculizar el juzgamiento de una persona en referencia a un hecho procesal por el cual ella ya hubiera sido juzgada, la postulación de una cosa juzgada fraudulenta también queda apoyada en una consideración inmanente, esto es, referida al fundamento mismo de la fuerza de cosa juzgada (material) que puede llegar a exhibir una sentencia penal de término.

En general, la eficacia de una sentencia penal de término como obstáculo a nuevo juzgamiento por “lo mismo” se sustenta en la preocupación por la evitación del hostigamiento estatal que, en caso contrario, estaría implicado en la exposición del imputado al mismo *riesgo procesal* que él ya enfrentara en el marco de la persecución anterior.⁴² El riesgo procesal aquí relevante tiene que ser identificado con la *contingencia* de que el imputado llegue a ser correctamente condenado, o bien no condenado, por aquello que hubiera podido ser objeto de una imputación con base en las circunstancias fácticas constitutivas del

cosa juzgada fraudulenta, por parte de la Corte Suprema, tratándose de la imputación de hechos punibles susceptibles de ser calificados como crímenes de lesa humanidad con arreglo al derecho internacional.

³⁹ Latamente al respecto, MAÑALICH (2010), pp. 183 y ss., 186 y ss., con múltiples referencias ulteriores. Véase también HERNÁNDEZ (2013), pp. 208 y ss.

⁴⁰ Sobre esto, y detalladamente, MAÑALICH (2010), pp. 208 y ss., 211 y ss. Véase también HERNÁNDEZ (2013), pp. 210 y s.

⁴¹ Al respecto, MAÑALICH (2019), pp. y 75 ss., 77 y ss.

⁴² Véase MAÑALICH (2018), pp. 116 y ss.

respectivo hecho procesal.⁴³ Pero la operatividad de ese obstáculo *presupone* que el imputado haya estado efectivamente expuesto al correspondiente riesgo en el marco del primer proceso, pues de ello depende que ese proceso haya provisto el contexto para una auténtica persecución penal.⁴⁴

Así, en la medida en que el primer proceso se haya desarrollado de un modo que haya vuelto inexistente o ínfimo, en términos prácticos, semejante riesgo para quien aparecía ocupando el estatus de imputado, la fuerza de cosa juzgada de la resolución que haya puesto término a ese proceso admite ser tratada como solo aparente.⁴⁵ Pues no habiendo enfrentado el imputado un genuino riesgo de ser condenado por aquello de lo cual *podiera haber sido acusado* en consideración al conjunto de circunstancias fácticas constitutivas del *objeto temático del proceso* (y así del objeto de la actividad probatoria que se despliegue en el proceso), el rito de su enjuiciamiento no podrá ser caracterizado más que como un “esfuerzo para dar apariencia de proceso judicial a un mero otorgamiento de un escudo de inmunidad a través de un pronunciamiento judicial firme”.⁴⁶

La clave para captar el fundamento y el alcance del criterio recién enunciado la provee el concepto de *hecho procesal*.⁴⁷ Este concepto fija la extensión objetiva del objeto temático sobre el cual versa el proceso en cuestión, fijando así también la extensión objetiva del efecto de cosa juzgada de la sentencia que le ponga término. Y es claro que la identificación de ese objeto temático tiene que ser independiente de la calificación jurídica que las circunstancias constitutivas del sustrato fáctico de la correspondiente imputación pudieran recibir a lo largo del proceso, en consideración a que esa calificación jurídica es, por definición, mutable.⁴⁸ De ahí que el efecto de cosa juzgada de la respectiva sentencia de término se extienda al correspondiente hecho procesal con independencia de la calificación jurídica que el conjunto de circunstancias que lo conforman haya recibido, provisional o definitivamente, en el marco del proceso.

Esto último se traduce en que una persona que haya enfrentado una imputación en el marco de un proceso resultante en el pronunciamiento de una sentencia firme queda protegida a

⁴³ Esta conceptualización tiene la ventaja de evitar el psicologismo implicado en la asociación del riesgo procesal relevante con “la angustia de no saber si esas maniobras tendrán éxito”, y así con “un temor genuino a ser condenado”; así, empero, PÉREZ BARBERÁ (2021), VII.a), quien a partir de tal premisa rechaza la posibilidad de justificar de esa manera el correspondiente desconocimiento de la fuerza juzgada de la sentencia en cuestión.

⁴⁴ Véase MORGENSTERN (2015), pp. 25 y ss., 33 y ss.

⁴⁵ Ciertamente, lo mismo tendría que valer, *mutatis mutandis*, para el caso inverso en que la contingencia de la condena o falta de condena del imputado haya sido inexistente por el hecho de que el proceso se haya desarrollado de un modo que hiciera prácticamente imposible que su desenlace no fuera el pronunciamiento de una condena resultante en una punición no merecida por el condenado. Precisamente para “destruir” la fuerza de cosa juzgada de semejante sentencia condenatoria podría ser ejercida la correspondiente acción de revisión, cuyo éxito dependería, como es obvio, de que quien ejerza la acción logre demostrar la configuración de alguna de las causales legalmente previstas. No está de más observar que, en contraste con lo establecido en el art. 473 del CPP, el art. 657 del CdPP no consagra la causal consistente en que la sentencia condenatoria en cuestión haya sido dictada con prevaricación o cohecho por parte del juez o de algún miembro del respectivo tribunal colegiado (siempre que esto último hubiera sido establecido, a su vez, mediante sentencia firme).

⁴⁶ MORGENSTERN (2015), p. 28.

⁴⁷ Véase MAÑALICH (2018), pp. 89 y ss.

⁴⁸ Al respecto, DEL RÍO (2009), pp. 217 y ss.; MAÑALICH (2018), pp. 90 y s.

través de una inmunidad frente a la posibilidad de un nuevo juzgamiento referido al mismo hecho procesal, fundada en el principio *ne bis in idem* y susceptible de hacerse operativa a través de la excepción de cosa juzgada. La justificación de esa inmunidad frente a un posible nuevo enjuiciamiento se encuentra, en tal medida, en la consideración de que el Estado ya habrá contado con la oportunidad para hacer efectiva, plenamente, la responsabilidad jurídico-penal que pudiera haber sido atribuida al imputado en referencia al conjunto de hechos punibles eventualmente implicados en las circunstancias constitutivas del correspondiente hecho procesal.

Pero precisamente esta justificación de la inmunidad frente a una posible nueva persecución deviene impertinente en situaciones en las cuales la persona en cuestión haya quedado a resguardo de un riesgo mínimamente serio de recibir una condena adecuada a la magnitud de la culpabilidad eventualmente correspondiente al conjunto total de hechos punibles que hubieran podido serle imputados,⁴⁹ dada la extensión del hecho procesal que fijara el objeto temático del proceso ya concluido. Con ello, es la impertinencia de la justificación para la fuerza de cosa juzgada material que, en general, se atribuye a toda sentencia penal de término ya firme lo que explica que, en las situaciones en las cuales lo decidido a través de la correspondiente resolución admita ser caracterizado como una cosa juzgada fraudulenta, quepa desestimar la excepción de cosa juzgada que, en caso contrario, podría ser eficazmente opuesta por quien se enfrenta a un nuevo enjuiciamiento en referencia al mismo hecho procesal.

2.3. El desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de sentencias favorablemente condenatorias

La caracterización de la cosa juzgada fraudulenta como límite inmanente a la eficacia de sentencias penales de término, ofrecida en la sección precedente, contribuye a clarificar la conexión que cabe reconocer entre la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, por un lado, y la noción de impunidad, por otro.⁵⁰ Para advertir en qué consiste esa conexión, es necesario especificar el alcance del concepto de impunidad.

Lo que, *en sentido jurídico*, cabe llamar “impunidad” necesita ser distinguido, en primer lugar, de lo que cabe llamar “no-punibilidad”. Jurídicamente solo tiene sentido decir que una persona ha quedado impune si asumimos que a esa persona era efectivamente imputable una “acción u omisión [...] penada por la ley”, según reza el inc. 1º del art. 1º del CP. Dicho sucintamente: constatar que una persona se encuentra en una situación de impunidad presupone constatar la punibilidad de un comportamiento por el cual, en tal medida, esa persona tendría que haber sido penada en conformidad con el derecho aplicable al caso de

⁴⁹ Ello es compatible, como tendría que ser obvio, con que el número de hechos punibles pertenecientes a ese conjunto sea igual a uno (o aun: igual a cero).

⁵⁰ Se trata de una conexión equivalente a la que se da entre la noción de impunidad y los límites inmanentes a la operatividad de una amnistía o de la prescripción de la acción penal, ya considerados. Al respecto, MAÑALICH (2010), pp. y 186 ss., 211 y ss.

que se trate.⁵¹ Con ello, una situación de impunidad es una situación en la cual la *susceptibilidad-al-castigo* de una persona —entendida como la susceptibilidad de ser penada en conformidad con el derecho aplicable— por una acción u omisión punible no llega a dar lugar a la *punición* de esa persona.⁵²

Pero es claro que no toda situación en la cual una persona que ha podido ser penada, en conformidad con el derecho aplicable al caso respectivo, no ha llegado a ser penada admite ser caracterizada, *peyorativa o críticamente*, como una situación de impunidad.⁵³ Esto equivale a decir que no toda situación de falta de punición puede ser denunciada como una situación de *impunidad*. Como observa Pensky, para esto último es necesario, adicionalmente, que esa falta de punición se deba a factores externos —sean de índole fáctica o jurídica— a “la operación normal” del respectivo sistema de justicia criminal, en términos tales que esa falta de punición pueda ser vista como el resultado de una injusticia o irregularidad previa.⁵⁴

Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que una persona efectivamente responsable de un hecho punible termine sin sufrir la imposición y ejecución de pena alguna, como consecuencia de que la prueba aportada por el órgano acusador no haya logrado satisfacer el estándar de prueba de cuya satisfacción dependiera el pronunciamiento de una condena. En referencia a un caso tal sería correcto decir que, bajo el derecho sustantivo al aplicable el caso, el resultado del proceso es injusto.⁵⁵ Pero esto no equivaldría a decir que la injusticia consistente en la falta de punición de alguien que es culpable de aquello que se le imputara sea el resultado de una injusticia o irregularidad precedente,⁵⁶ y con ello que la injusticia del resultado del proceso se corresponda con una situación de impunidad *stricto sensu*.

Esto último sí se daría, por el contrario, en un caso en el cual la falta de punición resultara de un soborno que hubiera incidido en el desarrollo del proceso en el fallo, de la intimidación ejercida contra un testigo, de la presentación de una o más pruebas falsas, o del ejercicio de poder político encaminado a que la persecución no llegue a activarse en lo absoluto.⁵⁷ Y ello también puede darse en situaciones en las cuales, a través del fingimiento de una persecución o un juzgamiento por parte de un juez de instrucción predispuesto a fallar a favor del imputado, el responsable de un delito se vea puesto a resguardo de la punición por él

⁵¹ En esta dirección, DUFF (2018), pp. 138 y ss., 144; también PENSKY (2019), pp. 241 y ss., 251 (aunque contrastando esta noción estricta de impunidad con una noción más amplia, bajo la cual por “impunidad” habría que entender, más bien, una “falta de responsabilización” [*lack of accountability*]).

⁵² Esto se traduce, por ejemplo, en que la *falta de tipificación* de una determinada forma de comportamiento no pueda ser identificada una situación de impunidad, al menos si esta última noción es relativizada al sistema jurídico (interno) del respectivo Estado. Acerca del considerablemente más amplio alcance conferido al concepto de impunidad en la jurisprudencia de la CIDH a este respecto, véase DONDÉ (2010), pp. 263 y ss., 265 y ss., 268.

⁵³ Para la distinción entre un concepto *descriptivo* —esto es, axiológicamente neutro— y un concepto *peyorativo* de impunidad, véase SILVA SÁNCHEZ (2015), pp. 89 y s.

⁵⁴ PENSKY (2019), pp. 251 y s.

⁵⁵ Al respecto, MAÑALICH (2020), pp. 31 y ss., 35 y s.

⁵⁶ Y no más bien el resultado de una contingencia azarosa, en el sentido de una contingencia no controlable procesalmente. Acerca del fenómeno del azar en la aplicación judicial del derecho, véase MAUTNER (2008), pp. 217 y ss.

⁵⁷ Así PENSKY (2019), p. 252.

(jurídicamente) merecida. Situaciones como las recién enunciadas admiten ser caracterizadas como situaciones de impunidad *de facto*. En la literatura especializada se encuentra plenamente asentado, con todo, el reconocimiento de formas de impunidad *de iure*,⁵⁸ ejemplos de lo cual pueden encontrarse en el otorgamiento de amnistías o de indultos, así como en la radicación de procesos judiciales por crímenes de determinadas características en la competencia de tribunales militares.⁵⁹

La puntualización precedente tiene importancia para lo que aquí interesa, por cuanto ello tendría que llevarnos a advertir que la situación de una persona que queda a resguardo de la punición por ella merecida no necesita corresponderse con la falta de *toda* punición. Antes bien, y sobre la base de la definición de la noción estricta de impunidad (*de facto* o *de iure*), ya ofrecida, cabe diferenciar ahora las nociones de impunidad absoluta e impunidad relativa. Una situación de *impunidad absoluta* puede definirse como una en la cual una persona a la que son efectivamente imputables una o más acciones u omisiones “penadas por la ley” es puesta a resguardo de toda punición por aquello que le es imputable. En cambio, una situación de *impunidad relativa* es una en la cual la persona responsable de uno o más delitos es puesta a resguardo de una punición mínimamente adecuada a la gravedad de aquello que le es efectivamente imputable. Esto último es compatible, como es obvio, con que esa misma persona llegue a sufrir *alguna* punición por aquello que le es imputable, en la medida en que esa punición se encuentre relevantemente por debajo de la reacción punitiva por ella merecida, en términos tales que la punición por ella padecida tenga que ser caracterizada como tendencialmente irrisoria.⁶⁰

Es manifiesto que habrá casos en los cuales pueda resultar marcadamente incierto si la punición sufrida por una persona amerita ser tenida por irrisoria, en el sentido recién sugerido. Para los efectos del presente informe, sin embargo, solo importa notar que ello no impide reconocer casos claros del fenómeno ahora considerado. A modo de ejemplo: un hombre que ha dado muerte, dolosamente, a su cónyuge, impulsado por un ataque de celos, termina siendo condenado como autor de un cuasidelito de homicidio. En la medida en que el desenlace del proceso se debiera, verbigracia, a un esfuerzo del órgano persecutor motivado por un sesgo de “solidaridad de género” hacia el imputado, resultante en la manipulación de la evidencia que hubiera podido sustentar la imputación del hecho a título de dolo y así a su calificación como constitutivo de femicidio, no debería haber duda en cuanto a que, a pesar de haber terminado en una decisión de condena, el proceso habrá dado lugar a una situación de impunidad.

Ahora es posible volver sobre la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, para así hacer explícita su conexión con la noción de impunidad, tal como esta ha sido recién analizada. Según ya se estableciera, cabe caracterizar lo resuelto a través de una sentencia penal de término como una instancia de cosa juzgada fraudulenta siempre que, como resultado de una

⁵⁸ Acerca de esta distinción, véase AMBOS (2012), pp. 1 y ss., 3 y s. Véase también SILVA SÁNCHEZ (2015), p. 90, quien introduce la subdistinción entre una impunidad normativa “por acción” y una impunidad normativa “por omisión”.

⁵⁹ Así AMBOS (2012), p. 46.

⁶⁰ Acerca de la relevancia del *quantum* de la sanción eventualmente impuesta como un posible indicador de impunidad, véase OLLÉ (2013), pp. 79 y ss., 82.

desviación de las condiciones procedimentales a las que haya debido ajustarse el proceso respectivo, el imputado no haya enfrentado un riesgo serio de recibir una condena congruente con aquello de lo cual, eventualmente, él haya podido ser responsabilizado en el marco de ese mismo proceso. Y esto último es compatible con que la sentencia de término haya tenido, no obstante, carácter condenatorio. Este será el caso, precisamente, cuando la impunidad implicada en el desenlace del proceso sea relativa, esto es, cuando el imputado se haya visto *favorecido* por una sentencia condenatoria que, generada *fraudulentamente*, haya dado lugar a una *reacción punitiva* que, en comparación con aquella que le habría correspondido en conformidad con el derecho aplicable, aparezca como tendencialmente *irrisoria*.

3. Los criterios de reconocimiento de la cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la CIDH

3.1. La evolución jurisprudencial

En la sección anterior fue ofrecida una clarificación de la conexión que cabe reconocer entre la categoría de la cosa juzgada fraudulenta y la noción de impunidad. Para ello, el foco estuvo puesto en la pregunta de si, en el marco del proceso resultante en el pronunciamiento de una sentencia de término ya firme, el imputado efectivamente enfrentó un riesgo mínimamente serio de llegar a recibir una condena congruente en gravedad con aquello por lo cual hubiera podido ser eventualmente condenado, en consideración a las circunstancias constitutivas del respectivo hecho procesal. Para determinar con mayor precisión el catálogo de indicadores de la inexistencia de semejante riesgo, puede ser conveniente prestar atención a la jurisprudencia que, en torno de la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, ha sido desarrollada por la CIDH.⁶¹

Si bien la primera formulación explícita de su “doctrina de la cosa juzgada fraudulenta” se encuentra en la sentencia recaída en el caso “Carpio Nicolle vs. Guatemala”,⁶² una premisa de importancia para la posterior articulación de esa línea jurisprudencial aparece ya en su sentencia referida al caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”,⁶³ en cuyo párr. 219 se lee lo siguiente a propósito del dependencia de la validez de una sentencia judicial de la validez de los actos que conforman el proceso que resulta en su pronunciamiento:

“Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. [...] La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia”.⁶⁴

⁶¹ Al respecto, véase el panorama ofrecido por CHACÓN (2015), pp. 169. y ss., 172 y ss., 180 y ss. Véase asimismo —aunque en perspectiva crítica— OTTAVIANO (2008), pp. 254 y ss., 258 y ss.; también DONDÉ (2010), pp. 287 y ss.; PARRA (2012), pp. 7 y ss., 9 y ss. OLLÉ (2013), pp. 99 y ss., 104 y ss.; MORGENSTERN (2015), pp. 167 y ss.

⁶² De 22 de noviembre de 2004.

⁶³ De 30 de mayo de 1999.

⁶⁴ Esta consideración descansa en lo sostenido por la CIDH en el párr. inmediatamente anterior: “Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe

Inmediatamente a continuación, la CIDH remarcaba la necesidad de diferenciar las situaciones en las cuales la validez de la sentencia llega a verse comprometida por vicios que afectan a uno o más actos procesales, por un lado, frente a situaciones en las cuales la sentencia misma se ve afectada por un yerro en el que incurre el tribunal que la dicta, por otro:

“Es importante distinguir la hipótesis que se está examinando del supuesto que se presenta cuando el tribunal aplica inexactamente la ley en su sentencia, o aprecia erróneamente las pruebas, o no motiva o funda adecuadamente la resolución que emite. En estos casos la sentencia es válida y puede adquirir firmeza, aunque pudiera ser injusta o incorrecta. Tiene sustento procesal en actos válidos, realizados conforme a Derecho. Por ello, subsiste a pesar de que contenga errores de apreciación o aplicación de normas. No es el caso de una sentencia que carece de soporte procesal, por estar erigida sobre bases insubsistentes” [párr. 220].

El contraste planteado por la CIDH es suficientemente claro. La sola injusticia —en el sentido de “incorrección jurídica”— de una sentencia de término no es un obstáculo para que ella pueda adquirir firmeza, y así fuerza de cosa juzgada. Para que proceda el desconocimiento de esta firmeza sería necesario, en cambio, que el proceso resultante en su pronunciamiento sea a tal punto irregular que pueda decirse que la sentencia “carece de soporte procesal”, lo cual equivaldría a decir: que ella no sea más que una pseudo-sentencia, esto es, una sentencia solo *aparente*.

En una situación de esta última clase, agregaba la CIDH, correspondería al Estado respectivo “llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculcados” (párr. 221). Esta declaración se explica por el hecho de que la decisión judicial cuya fuerza de cosa juzgada fue así desconocida por la CIDH se correspondía, en el caso en cuestión, con una sentencia condenatoria (pronunciada por un tribunal militar), de manera tal que, en principio al menos, el desarrollo de un nuevo proceso, ajustado a los parámetros impuestos por la garantía de un debido proceso y seguido ante un tribunal imparcial, habría ido en interés de quienes habían sido condenados por la sentencia viciada.⁶⁵

No es difícil identificar en este último planteamiento una base para la jurisprudencia de la CIDH referida a la cosa juzgada fraudulenta, la cual, según ya se anticipara, encuentra su punto de arranque en la sentencia recaída en “Carpio Nicolle vs. Guatemala”. En el párr. 131 de este último fallo, y después de invocar explícitamente el “desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales” a este respecto, la CIDH declaró procedente “el examen de la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado

ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada”.

⁶⁵ Sobre este aspecto del caso y sus implicaciones, véase OTTAVIANO (2008), pp. 254 y ss.

las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”. Habiendo quedado demostrado que el juicio del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvo contaminado por tales graves vicios”, de ello se seguiría que “no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana”, en conformidad con la “regla básica de interpretación contenida en el artículo 29” (párr. 132).⁶⁶

Especial significación tiene que, en el párr. 133 de su sentencia, la CIDH observara que la situación general imperante en el sistema de justicia que denota *su impotencia para mantener su independencia e imparcialidad* frente a las presiones de que puedan ser objeto sus integrantes [...] coadyuva en el sostenimiento de tal afirmación”.⁶⁷ En consideración a ese contexto, concluía la CIDH que

“[e]n el cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar en el presente caso, el Estado debe remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad, otorgar las garantías de seguridad suficientes a los testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y a los familiares de las víctimas, así como utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso” [párr. 134].

En su sentencia recaída en “Gutiérrez Soler vs. Colombia”,⁶⁸ la CIDH volvió a esgrimir el incumplimiento de “los estándares de la Convención Americana” en lo concerniente a los presupuestos de un debido proceso como una condición suficiente para atribuir carácter fraudulento a lo resuelto por una decisión judicial, lo cual impediría al Estado en cuestión

“invocar [...] como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos” [párr. 98].

Pero fue la sentencia pronunciada por la CIDH en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, de 26 de septiembre de 2006, la que fijó más exhaustivamente el marco conceptual sobre el cual habría de quedar apoyado el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia penal de término en razón del proceso resultante en su dictación. En efecto, la CIDH explícitamente abordó el problema en consideración a los límites a los que se sujetaría

⁶⁶ El art. 29 de la CADH reza como sigue: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁶⁷ Énfasis añadido.

⁶⁸ De 12 de septiembre de 2005.

la aplicabilidad de la garantía del *ne bis in idem*, tal como esta se encuentra consagrada en el art. 8.4 de la CADH.⁶⁹

“En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’” [párr. 154].

En este pasaje encontramos enunciados, de un modo que ha devenido canónico,⁷⁰ los tres criterios alternativos que, de acuerdo con la CIDH, harían reconocible el carácter fraudulento, y en tal medida espurio, de lo resuelto a través de una sentencia penal de término en referencia a un caso que involucre la posible imputación de delitos constitutivos de violaciones de derechos humanos.⁷¹

En el mismo párr. 154, empero, la CIDH reconoció un límite ulterior a la aplicabilidad de la garantía del *ne bis in idem*, y que necesita ser distinguido de aquel representado por la cosa juzgada fraudulenta, consistente en que aparezcan “nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad”, en cuyo caso podrían “ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”. Esta última base para la admisibilidad de una reapertura de investigaciones fue ulteriormente afirmada en su sentencia recaída en el caso “La masacre de La Rochela vs. Colombia”.⁷²

⁶⁹ Sobre la manera técnicamente defectuosa en la que se encuentra formulado el art. 8.4 de la CADH, en cuanto parece sujetar la operatividad del impedimento para un nuevo juzgamiento “por los mismos hechos” a la condición de que el proceso anterior haya concluido con la *absolución* del imputado, así como sobre la viabilidad de una rectificación interpretativa de esa restricción, de manera que la posibilidad de un nuevo juzgamiento también quede excluida, *prima facie* al menos, cuando el primer proceso resulta en una decisión de condena, véase OTTAVIANO (2008), pp. 229 y ss., 234 y ss.; también MAÑALICH (2018), pp. 69 y s.

⁷⁰ Véase OTTAVIANO (2008), pp. 265 y ss.; CHACÓN (2015), p. 174; MORGENSTERN (2015), p. 172.

⁷¹ Tal consta en el párr. 155 de su fallo, la CIDH entendió que, en el caso puesto bajo su conocimiento, se veían satisfechos dos de los tres criterios así enunciados, a saber: “En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad”. Al respecto, MAÑALICH (2010), pp. 190 y s., con referencias ulteriores.

⁷² De 11 de mayo de 2007, en cuyo párr. 197 se declara: “Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”.

Las premisas así sentadas para el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de sentencias fraudulentamente generadas, en cuanto carentes de auténtico “soporte procesal”, han controlado las decisiones alcanzadas por la CIDH en casos posteriores. Así, en su sentencia recaída en “La Cantuta vs. Perú”,⁷³ la CIDH insistió en que

“el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales”,

de manera tal que “[u]na sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’” (párr. 153). En el caso de referencia, la CIDH estimó que la circunstancia de que el respectivo sobreseimiento hubiera emanado del “fuero militar” determinaba que este no pudiera tener “calidad de cosa juzgada”, en razón de que el tribunal (militar) habría carecido de “competencia e imparcialidad”, a la vez que el proceso así instruido habría estado “encaminado a cubrir [a los presuntos responsables] con un manto de impunidad” (párr. 154).

Como una muestra ulterior de este mismo desarrollo jurisprudencial cabe hacer mención del fallo recaído en “Nadege Dorzema y otras vs. República Dominicana”,⁷⁴ con ocasión del cual la CIDH mantuvo su compromiso con la proposición de que “el principio de ‘cosa juzgada’ implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia” (párr. 195). Según se lee inmediatamente a continuación, ello llevaría a que

“el principio *ne bis in idem* no result[e] aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, y sustrae al acusado de su responsabilidad penal, no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”.

Y esto se expresaría en que deba entenderse que se configura una cosa juzgada “aparente” allí donde

“del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad” [párr. 196].

En el caso de referencia, la CIDH prestó, una vez más y en concordancia con su doctrina de la “excepcionalidad de la jurisdicción militar”,⁷⁵ especial atención a la intervención del fuero militar en la investigación de los hechos, lo cual habría contravenido “los parámetros de

⁷³ De 29 de noviembre de 2006.

⁷⁴ De 24 de octubre de 2012.

⁷⁵ Véase la sentencia de la CIDH recaídas en “Las Palmeras vs. Colombia”, de 6 de diciembre de 2001, así como en “Diecinueve comerciantes vs. Colombia”, de 5 de julio de 2004, en sus párr. 165 a 167, y 173 y 174; sobre ello, véase respectivamente DONDÉ (2010), pp. 290 y s.; y OTTAVIANO (2008), pp. 261 y s.

excepcionalidad y restricción que la caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados” (párr. 197). Esto llevó a la CIDH a sentar la conclusión de que

“la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente” [párr. 198].

Un último pronunciamiento de importancia de la CIDH en el desarrollo de su jurisprudencia en materia de cosa juzgada fraudulenta lo encontramos en “Gutiérrez y familia vs. Argentina”.⁷⁶ Para determinar si la absolució que había sido dictada a favor del acusado en el proceso respectivo resultaba fraudulenta,⁷⁷ la CIDH puntualizó que

“lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Convención, en orden a que ‘[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos’, se inserta en el marco de las normas relativas al ‘juicio justo’ o a las garantías del ‘debido proceso’, previstas en el mismo artículo 8 de dicho tratado”,

en términos tales que “el artículo 8.4 de la Convención debe interpretarse en armonía con estas últimas normas y con las demás disposiciones de la Convención” (párr. 128). A este respecto, la CIDH declaró que, habiéndose establecido que “la investigación judicial de los hechos [...] no fue sustanciada de conformidad con los estándares internacionales exigibles”, podía concluirse “que en el caso de autos, las diligencias judiciales no se ajustaron, en realidad, a las garantías del ‘debido proceso’ previstas en el referido artículo 8 y, por ende, tampoco se produjo la ‘sentencia en firme’ aludida en el numeral 4 del mismo” (párr. 129).

3.2. El alcance y la pertinencia de los criterios de fraudulencia

De acuerdo con la reseña ofrecida en la sección precedente, el núcleo de la jurisprudencia de la CIDH acerca de los presupuestos y el alcance de la cosa juzgada fraudulenta quedó delineado en su sentencia recaída en “Almonacid Arellano vs. Chile”. Pues fue en esta última decisión que la CIDH enunció los tres criterios de cuya satisfacción dependería, alternativamente, que una resolución judicial emitida por un tribunal de algún Estado parte no pueda ser reconocida como dotada de fuerza de cosa juzgada con base en las reglas de la CADH, que ahora podemos recapitular como sigue: para que deba ser desconocida la fuerza de cosa juzgada de una sentencia que ponga término a un proceso penal referido a un caso que involucre una o más potenciales violaciones de derechos humanos, es suficiente

(i) que la actuación del tribunal que haya decidido sobreseer o absolver haya obedecido “al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal”; o bien

(ii) que el proceso no haya sido instruido de manera independiente e imparcial, en congruencia “con las debidas garantías procesales”, o bien

(iii) que no haya existido “la intención real de someter al potencial responsable a la acción de la justicia”.

⁷⁶ De 25 de noviembre de 2013.

⁷⁷ Véase el párr. 126. Al respecto, MORGENSTERN (2015), pp. 177 y ss.

Según Ottaviano, el criterio (i) resulta aplicable a situaciones que ejemplifican “el caso central de cosa juzgada ‘fraudulenta’”, en razón de que una resolución penalmente liberatoria que responda al propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad que pudiera haberle no es más que “una resolución tomada por un tribunal parcial”,⁷⁸ que precisamente habrá puesto al imputado a resguardo de enfrentarse al riesgo procesal al que, *de iure*, tendría que haberse visto enfrentado. Esto último sería, asimismo, definitorio de las situaciones que resultan cubiertas por el criterio (iii), con la particularidad de que aquí la neutralización del correspondiente riesgo procesal tendría que identificarse, más bien, con el resultado de la injerencia o intromisión de algún otro órgano del Estado en cuestión,⁷⁹ o bien —cabría agregar— con la falta de impulso de la persecución por parte del órgano habilitado para ello.

Al igual que el criterio (i), el criterio (iii) solo resulta aplicable a casos en los cuales el (aparente) enjuiciamiento ha dado lugar a una decisión liberatoria de pena, lo cual equivale decir: a una decisión de absolución o sobreseimiento. Si bien esto último no queda explícitamente plasmando en la formulación del criterio (iii) por parte de la CIDH, tendría que ser suficientemente claro que la evitación o el impedimento del sometimiento del presunto responsable de un hecho punible “a la acción de la justicia”, cuando ello llegue a expresarse en una resolución aparentemente revestida de fuerza de cosa juzgada, solo será compatible con que esta decisión exhiba carácter penalmente liberatorio.⁸⁰ En los términos del análisis ya ofrecido, esto quiere decir que los casos cubiertos por los criterios (i) y (iii) se corresponden con situaciones de *impunidad absoluta*.⁸¹

Lo mismo no se deja predicar, por contraste, del criterio (ii), aplicable a casos en los cuales “existan violaciones a las garantías del proceso equitativo que, sin darse directamente en las resoluciones que ponen fin al proceso, posibilitan la anulación de ellas”.⁸² Si bien al enunciarlo la CIDH apuntaba a que el proceso respectivo no hubiera sido “instruido independiente o imparcialmente”,⁸³ parece claro que el estándar que debe satisfacer un proceso para que a la resolución que le pone término pueda reconocerse fuerza de cosa juzgada consiste en que ese proceso sea instruido por, o se desarrolle ante, un tribunal que actúe independiente e imparcialmente, tal como reza, en efecto, el art. 8.1 de la CADH.⁸⁴ De ello se sigue, *a contrario sensu*, que en conformidad con el criterio (ii) una falta de independencia o una falta de imparcialidad en el comportamiento del tribunal son, aisladamente consideradas, suficientes para que lo resuelto como resultado del proceso respectivo pueda ser caracterizado como fraudulento. Y tal como ya se anticipara, esto último

⁷⁸ OTTAVIANO (2008), p. 265.

⁷⁹ Véase OTTAVIANO (2008), p. 266, para una interpretación de la jurisprudencia de la CIDH orientada en esta dirección.

⁸⁰ Véase OTTAVIANO (2008), p. 266.

⁸¹ Más arriba, 2.3.

⁸² OTTAVIANO (2008), p. 267.

⁸³ Énfasis añadido.

⁸⁴ Cuyo texto es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (énfasis añadido).

es independiente de que la resolución en cuestión se corresponda con una decisión de absolución o sobreseimiento, por un lado, o de condena, por otro.

Contra lo que pudiera pensarse, la falta de imparcialidad o independencia de un tribunal en el juzgamiento de una persona que, en virtud de esa falta de imparcialidad o independencia, no llega a enfrentarse al riesgo de terminar siendo condenada por aquello por lo cual, eventualmente, tendría que haber podido ser condenada, puede perfectamente manifestarse en que ese proceso concluya en el pronunciamiento de una sentencia condenatoria. Este será el caso, precisamente, cuando se satisfagan las siguientes dos condiciones: (1) que aquello por lo cual esa persona haya sido condenada se encuentre relevantemente por debajo de aquello por lo cual ella tendría que haber podido ser eventualmente condenada, dada la extensión del hecho procesal sobre el cual versara el proceso en cuestión; y (2) que el hecho de que esa persona no haya sido condenada por aquello por lo cual tendría que haber podido ser condenada se explique por el favorecimiento resultante de la falta de imparcialidad o independencia del respectivo tribunal. Un caso en el cual se vean satisfechas estas dos condiciones se corresponderá con una situación de *impunidad relativa*, en los términos del análisis ya ofrecido.⁸⁵

La razón para prestar atención a los criterios enunciados por la CIDH, así reformulados, no radica en que, como tales, esos criterios pudieran resultar sin más vinculantes para los tribunales de uno o más de los Estados parte, en referencia a casos distintos de aquellos a los que se refieren los pronunciamientos a través de los cuales esos criterios han quedado fijados. Se trata, más bien, de que esos criterios pueden contribuir a orientar la detección de sentencias cuya pretendida fuerza de cosa juzgada debe ser desconocida en razón del límite inmanente provisto por el fundamento mismo de la posible “firmeza” de la sentencia respectiva.⁸⁶ Si, tal como ya se ha mostrado, la Corte Suprema de la República de Chile ha reconocido explícitamente el límite inmanente representado por la cosa juzgada fraudulenta,⁸⁷ entonces todo habla a favor de que, en su propia actividad jurisdiccional, aquella pueda hacer aprovechables los criterios precedentemente analizados.

Esta última consideración lleva a hacer explícito, además, que no todo el desarrollo jurisprudencial de la CIDH en cuanto a los límites de la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* puede ser tomada como pertinente aquí. Pues ya se advirtió que, justamente en su sentencia recaída en “Almonacid Arellano vs. Chile”, la CIDH fue más allá de la categoría de la cosa juzgada fraudulenta para sostener que podrían “ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”, siempre que aparezcan “nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad” (párr. 154). ¿Podría esta segunda línea jurisprudencial encontrar aplicación en la actividad judicial de tribunales llamados a dar aplicación a la legislación penal y procesal chilena?

⁸⁵ Más arriba, 2.3.

⁸⁶ En específica referencia al derecho argentino, véase MORGENSTERN (2015), pp. 180 y s.

⁸⁷ Más arriba, 2.1.

Admitir la posibilidad de pasar por encima de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia penal de término en tal caso es, ciertamente, algo que un sistema jurídico puede prever. Bajo las reglas del CdPP, empero, esa posibilidad se encuentra privativamente asociada al ejercicio de la acción de revisión, una de cuyas causales consiste justamente en que “con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado”,⁸⁸ sin que ello necesite descansar en vicio procedimental alguno.⁸⁹ En referencia a un caso que satisfaga esta última descripción, no será posible sostener que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia (erróneamente) condenatoria sea solo aparente, lo cual impide que ella pueda ser desactivada en situaciones distintas de las causales legalmente previstas para la procedencia de la acción de revisión. Pues semejante desactivación solo es procedente, más bien, tratándose de sentencias que, por carecer de “soporte procesal”, no puedan reclamar ser reconocidas como pronunciamientos firmes, y así definitivos.

Sobre este trasfondo, es importante resaltar la interrelación que, en la jurisprudencia de la CIDH, se deja advertir entre la postulación de una cosa juzgada fraudulenta basada en una falta de imparcialidad o independencia del tribunal en cuestión, por un lado, y el postulado de la “excepcionalidad de la jurisdicción militar”, por otro. Como se habrá de mostrar en lo que sigue, la consideración del impacto que en el devenir del respectivo proceso puede llegar a tener una investigación llevada a efecto por un tribunal militar, particularmente cuando lo investigado son uno o más delitos perpetrados por militares en contra de uno o más civiles, es de la mayor significación para la evaluación de si, en el caso al cual se refiere el presente informe, la sentencia condenatoria en definitiva pronunciada contra P.F.D. puede representar un obstáculo a la materialización de una condena resultante del proceso posteriormente instruido por el ministro Carroza.

4. La fraudulencia de la sentencia condenatoria pronunciada contra P.F.D.

4.1. Bases para la desestimación de la excepción de cosa juzgada

Ahora nos encontramos en condiciones de ofrecer una respuesta fundada a la pregunta que da pie al presente informe: ¿es jurídicamente procedente el acogimiento de la excepción de cosa juzgada opuesta por la defensa de P.F.D. en contra de la acusación por los delitos de homicidio calificado consumado en la persona de Rodrigo Rojas De Negri y de homicidio calificado frustrado en la persona de Carmen Gloria Quintana Arancibia?

Tal como ya se apuntara, para acoger la excepción en cuestión, y así disponer la absolución del acusado, el ministro Carroza confirió una importancia decisiva al hecho de que el proceso instruido por el Segundo Juzgado Militar de Santiago, no obstante haber carecido “de objetividad e imparcialidad”, haya terminado en una condena pronunciada por la Corte Suprema, después de que el caso hubiera sido conocido, en segunda instancia, por la Corte Marcial. A juicio del ministro en visita, semejante derrotero jurisdiccional privaría de

⁸⁸ Así reza el N° 4 del art. 657 del CdPP; una formulación prácticamente idéntica aparece en la letra d) del art. 473 del CPP.

⁸⁹ Al respecto, véase MAÑALICH (2020), pp. 41 y ss.

plausibilidad a la hipótesis de que el proceso hubiera estado orientado a “sustraer a uno de los responsables de una probable sanción penal o de favorecer su impunidad” (cons. 92°). Según también ya se observara, a ello se añadiría la consideración de que la pena finalmente impuesta por la Corte Suprema resultó ser más severa que la impuesta, en primera instancia, por el juzgado militar, sin que existan “motivos suficientes para suponer la existencia de fraude” (cons. 92°).

Un primer aspecto problemático del razonamiento desplegado por el ministro Carroza radica en la aparente asunción de que la única forma de impunidad cuya generación fraudulenta pudiera justificar el desconocimiento de fuerza de cosa juzgada a la respectiva sentencia de término se identificaría con una impunidad *absoluta*. Esto pasa por alto que, para determinar la eventual fraudulencia que pudiera afectar a semejante resolución, la pregunta decisiva no es si el presunto responsable enfrentó *algún* riesgo de ser correctamente condenado, sino más bien si enfrentó, de manera mínimamente seria, el riesgo de ser correctamente condenado en congruencia con la gravedad de aquello que pudiera haberle sido efectivamente imputado, en función de la configuración correspondiente hecho procesal. La respuesta a esta pregunta puede ser negativa, aun cuando el resultado del proceso haya consistido en una sentencia condenatoria, precisamente en la medida en que, por no haberse visto el condenado expuesto al riesgo de ser condenado en congruencia con la gravedad de lo pudiera haberle sido imputado, pueda decirse que ese desenlace procesal se corresponde con una situación de impunidad *relativa*. Y tal como ya se explicara, esto puede darse, de manera suficientemente característica, en situaciones en las cuales la fraudulencia de lo resuelto a través de la sentencia de término se funda en la falta de imparcialidad o independencia con la que fuera instruido el proceso, también en su etapa de investigación.⁹⁰

Para lo que aquí interesa, el respectivo hecho procesal puede ser identificado con el conjunto de circunstancias que, en lo concerniente al comportamiento de cada uno de los imputados, circundaron el condicionamiento de las quemaduras sufridas por las dos víctimas y que resultaron en la muerte de una de ellas. Con ello, la pregunta pasa a ser la siguiente: ¿e vio enfrentado P.F.D., en el marco del primer proceso, al riesgo de ser condenado en congruencia con la gravedad de aquello que le podría haber sido efectivamente imputado, en referencia al curso de los acontecimientos conducentes a la muerte de Rodrigo Rojas De Negri y que pudieron haber llevado, asimismo, a la muerte de Carmen Gloria Quintana? En consideración a la reconstrucción de los acontecimientos a la que logró arribar el ministro Carroza a través de la investigación desarrollada en el segundo proceso, es manifiesto que la respuesta es negativa.

Una sustentación concluyente de este último aserto lo provee, justamente, la caracterización que, en su sentencia, el ministro Carroza hiciera del proceso instruido por el Segundo Juzgado Militar de Santiago. Tal como ya se observara, el ministro en visita concluyó que la investigación desarrollada por el tribunal militar “intentó dejar los hechos en la impunidad”, o en todo caso “restarle importancia a lo que realmente aconteció” (cons. 33°), hasta el punto de que esa investigación admitiría ser calificada como “espuria o ilegítima, por la forma en cómo se dirige, sin una intención real de esclarecer los hechos y responsabilidades” (cons.

⁹⁰ Más arriba, 3.2.

87°). Y tal como el ministro Carroza lo explicitara en el mismo considerando de su sentencia, los cauces así fijados para el destino de la imputación susceptible de ser dirigida contra P.F.D. se expresaron incluso en el tenor de los votos de minoría de los integrantes civiles de la Corte Marcial, así como del voto de los integrantes de la sala de la Corte Suprema que no concurrieron al voto en definitiva prevalente.

A pesar de la diferente (y más grave) calificación jurídica que en esos votos fue dada al comportamiento atribuido al imputado, “no es menos cierto que, el raciocinio siempre estuvo dirigido al ‘abandono’ que se hizo de las víctimas” (cons. 87) y no, en cambio, a la causación activa, dirigida y controlada del proceso de combustión desplegado sobre el cuerpo de cada una de las dos víctimas. Solo así cabe explicar, entre otras cosas, que una condena por dos hechos constitutivos de homicidio calificado —uno consumado y otro frustrado— no haya sido tematizada como una posibilidad en el marco del primer proceso. Y es precisamente la comprobación del rol que al acusado habría cabido como interviniente inmediato en la generación de las quemaduras sufridas por ambas víctimas, y en el deceso de una de ellas a resultas de ello, lo que hizo posible, como contrapartida, que en su sentencia el ministro Carroza declarara satisfechas las condiciones para atribuirle responsabilidad como autor de un homicidio calificado en grado de consumado y de un homicidio calificado en grado de frustrado.

Esta última es la consideración determinante para concluir que, en virtud de cómo fue instruida la investigación por el juzgado militar, la sentencia (favorablemente) condenatoria en definitiva pronunciada contra P.F.D. por la Corte Suprema quedó afectada por lo que cabría caracterizar como una fraudulencia *derivativa*. Adaptando lo resuelto por la CIDH en “Nadege Dorzema y otras vs. República Dominicana”, cabe sostener que la incidencia de la activación de la jurisdicción militar aquí “no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación” (párr. 198). Pues fue esta investigación, conducida sin imparcialidad e independencia, la que fijó el sustrato fáctico de la resolución finalmente adoptada por la Corte Suprema como consecuencia del acogimiento del recurso de queja que fuera interpuesto contra la sentencia de segunda instancia. Y aquí se encuentra la *ratio* en virtud del cual la excepción de cosa juzgada alegada por la defensa del acusado debe ser desestimada.

4.2. Consecuencias penológicas de la desestimación de la excepción de cosa juzgada

En caso de que, sobre la base de la argumentación desarrollada en el presente informe, la absolución pronunciada por el ministro Carroza a favor de P.F.D. se viera revocada, habría al menos dos preguntas ulteriores, relativas a la determinación de la pena, para las cuales habría que ofrecer una respuesta.

La primera concierne al impacto penológico que habría de tener la conjunción de las condenas por el homicidio calificado consumado perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri y el homicidio calificado frustrado perpetrado contra Carmen Gloria Quintana.⁹¹ En el

⁹¹ Cabe observar que, en contra de una cierta orientación jurisprudencial, una condena por el homicidio calificado frustrado de Carmen Gloria Quintana no alcanzaría a ser expresiva del desvalor propio del delito (doloso) de lesión corporal gravísima del cual ella también fue víctima, lo cual se traduce en que no pueda

entendido de que la relación en la que se encontrarían los dos crímenes sería una de concurso ideal, la aplicación de la regla de absorción agravada (o “asperación”), establecida en el inc. 2º del art. 75 del CP, debería llevar a que la pena prevista para el homicidio calificado consumado, en cuanto “delito más grave”, sea impuesta en el umbral de su “pena mayor”.⁹² Puesto que el marco establecido en el art. 391 Nº 1 según la versión vigente al momento de la perpetración de los hechos va de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, la pena exacta susceptible de ser impuesta contra el acusado tendría que ser determinada tomando como base la pena de presidio perpetuo, sin perjuicio de la incidencia que las circunstancias modificatorias eventualmente concurrentes pudieran tener en la concreción del marco penal así obtenido.⁹³

La segunda pregunta se refiere a la incidencia que pudiera llegar a tener la pena ya efectivamente cumplida por P.F.D., impuesta por la sentencia fraudulentamente generada, en el cómputo del cumplimiento de la pena que hubiera de serle ahora impuesta como resultado de la desestimación de la excepción de cosa juzgada. En principio, la solución más fácil de implementar consistiría en hacer aplicable analógicamente, de manera favorable al condenado, la regla sobre la llamada “acumulación de penas”, establecida en el inc. 2º del art. 164 del COT.⁹⁴ Con todo, hay que observar que si, de acuerdo con la explicación recién ofrecida, se concluyera que la pena susceptible de serle impuesta en conformidad con la regla del art. 75 del CP sería una de presidio perpetuo, el período de cumplimiento de la pena originalmente impuesta solo tendría relevancia para el cómputo del plazo de veinte años que tendría que transcurrir para que, de acuerdo con lo establecido en el art. 3º bis del DL 321, eventualmente pudiera ser otorgado el beneficio de la libertad condicional.

Conclusiones

Para concluir, cabe enunciar sucintamente las principales conclusiones alcanzadas a través de la argumentación ofrecida en el presente informe:

atribuirse carácter aparente al concurso en cuestión. A favor de la solución del concurso ideal en casos de esta índole, véase MAÑALICH (2018), pp. 297 y ss. En el presente caso, sin embargo, el reconocimiento de este concurso no llegaría a tener incidencia en la determinación de la pena. Pues concurriendo asimismo idealmente el homicidio calificado frustrado y la lesión corporal gravísima consumada perpetrados contra Carmen Gloria Quintana, por un lado, con el homicidio calificado consumado perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri, por otro, es la pena legalmente prevista para este último hecho la que debería ser impuesta en su umbral superior de gravedad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 del CP.

⁹² En contra de la de posible aplicación (analógica) de la regla del inc. 2º del art. 509 del CdPP como regla pretendidamente más favorable al condenado, cabría observar, más bien, que para determinar la magnitud del incremento de pena que ha de hacerse efectiva con base en esa disposición legal —en el entendido de que ese incremento ha de tener lugar “en bloque”, y no a partir del límite superior del marco penal asociado al hecho punible más grave— debe identificarse como límite mínimo el umbral de penalidad al que habría que llegar a través de la regla del inc. 2º del art. 75 del CP. Y dadas las penas en abstracto previstas para los dos crímenes por lo cuales el acusado tendría que ser condenado en el presente caso, ese umbral de penalidad se corresponde con el presidio perpetuo.

⁹³ Al respecto, véase COUSO (2011), pp. 679 y ss., con nota 193.

⁹⁴ Se trataría de una aplicación solo analógica (a favor del condenado), en razón de que la condición de aplicación de la regla del inc. 2º del art. 164 del COT consiste en la concurrencia de dos o más hechos punibles imputables a una misma persona que, habiendo dado lugar a condenas pronunciadas en procesos diferentes, hubieran sido susceptibles de ser conjuntamente imputados en un mismo proceso. Al respecto, véase OLIVER (2012), pp. 248 y ss., 251 y ss., 258 y ss.; también MAÑALICH (2018), pp. 143 y s.

(1) La absolución de P.F.D. frente a la imputación del homicidio calificado consumado perpetrado contra Rodrigo Rojas De Negri y del homicidio calificado frustrado perpetrado contra Carmen Gloria Quintana Arancibia, pronunciada por el ministro en visita Mario Carroza con base en el acogimiento de la excepción de cosa juzgada, no se condice con el reconocimiento jurisprudencial del límite a la fuerza de cosa juzgada de sentencias penales de término representado por la *cosa juzgada fraudulenta*.

(2) El fundamento de la excepción de cosa juzgada se encuentra en el principio *ne bis in idem*, entendido como una regla de clausura procesal. De acuerdo con este, una persona no debe estar expuesta más de una vez al *riesgo* de ser penalmente sancionada por aquello de lo cual haya podido ser eventualmente acusada, dado el alcance del respectivo “hecho procesal” (esto es, del conjunto de circunstancias fácticas constitutivas del objeto temático del proceso en cuestión). Esto quiere decir, entonces, que la efectiva exposición al correspondiente riesgo procesal es un *presupuesto* de la operatividad de la excepción de cosa juzgada. De ello se sigue, *a contrario sensu*, que no cabe reconocer fuerza de cosa juzgada material a una sentencia que haya puesto término a un proceso en el marco del cual, como resultado de una desviación de las condiciones procedimentales a las que ese proceso haya debido ajustarse, el imputado no haya enfrentado un riesgo mínimamente serio de recibir una condena congruente con la gravedad de aquello de lo cual hubiera podido ser eventualmente responsabilizado.

(3) Es la circunstancia de que el imputado haya quedado a resguardo del riesgo de ser condenado por aquello de lo cual hubiera podido ser acusado, dada la extensión del respectivo hecho procesal, lo que sustenta el reconocimiento de la fraudulencia de lo resuelto a través de una sentencia penal de término como un *límite inmanente* a la fuerza de cosa juzgada de la que, en caso contrario, esa sentencia quedaría revestida. Esto hace reconocible la conexión existente entre la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, por un lado, y el concepto (peyorativo) de *impunidad*, por otro, de un modo que lleva a advertir la necesidad de distinguir dos nociones de impunidad con relevancia para la detección de la posible fraudulencia de una sentencia penal de término, a saber: una noción de impunidad *absoluta* y una noción de impunidad *relativa*. De esto se sigue que el hecho de que en el marco del proceso respectivo el imputado haya quedado fraudulentamente protegido frente al riesgo de ser condenado por aquello de lo cual él hubiera podido ser responsabilizado, dada la extensión del correspondiente hecho procesal, es compatible con que ese proceso haya concluido en el pronunciamiento de una *sentencia condenatoria*. Este será el caso, precisamente, cuando la condena así pronunciada resulte ser irrisoria ante la gravedad del conjunto de hechos punibles que hubieran podido ser imputados al condenado, según cuál haya sido el objeto temático del proceso. De semejante sentencia irrisoriamente condenatoria cabrá decir que ella da lugar a una situación de impunidad relativa.

(4) Para identificar con precisión los criterios de reconocimiento del carácter fraudulento de una sentencia penal de término, es conveniente echar mano al *corpus* jurisprudencial que al respecto ha elaborado la CIDH. De especial importancia para lo que aquí interesa resulta ser el criterio concerniente a *la falta de independencia e imparcialidad* con que haya sido instruido el proceso respectivo, así como la explícita conexión que ese criterio muestra tener con el postulado de la *excepcionalidad de la jurisdicción militar*.

(5) La referencia a la jurisprudencia de la CIDH no se justifica por la pretendida fuerza vinculante que sus decisiones pudieran tener más allá de los confines de cada uno de los casos sobre los cuales ellas recaen. Antes bien, esa referencia se justifica por el hecho de que ella nos deja en posición de advertir, con máxima claridad, que la pormenorizada valoración del primer proceso seguido contra P.F.D. contenida en la sentencia del ministro Carroza es suficiente para concluir, contra lo resuelto por este, que la *fuerza de cosa juzgada* de la sentencia pronunciada al cabo de ese primer proceso debe ser *desconocida*. La fraudulencia de lo resuelto a través de esa sentencia (irrisoriamente) condenatoria asume, más precisamente, la forma de una *fraudulencia derivativa*, en cuanto determinada por la falta de independencia e imparcialidad con que se desarrolló el proceso radicado en el ámbito de la jurisdicción militar, y que fijó los muy estrechos cauces que pudo seguir, tanto ante la Corte Marcial como ante la Corte Suprema, la imputación formulada contra P.F.D.

(6) El desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria a la que condujo el proceso instruido por el Segundo Juzgado Militar de Santiago remueve el obstáculo para que P.F.D. pueda ser condenado, a lo menos, como autor de un homicidio calificado consumado y un homicidio calificado frustrado, como resultado del proceso instruido por el ministro Carroza. Concurriendo ambos hechos punibles en la forma de un *concurso ideal*, la aplicación del régimen penológico establecido en el art. 75 del CP debería llevar a la imposición de una pena de *presidio perpetuo*. Con base en ello, el *abono* del periodo de privación de libertad asociado a la ejecución de la pena impuesta a través de la precedente sentencia condenatoria solo podría tener impacto en el cómputo del plazo que tendría que transcurrir para que pudiera llegar a ser concedida una libertad condicional.

Referencias bibliográficas

- AMBOS, Kai (2004): El nuevo derecho penal internacional (Lima, Ara).
- BINDING, Karl (1915): Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen (Múnich y Léipzig: Duncker & Humblot), tomo II.
- BORDALÍ, Andrés (2008): “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (vol. XXX), pp. 185-219.
- BUSTOS, Juan; ALDUNATE, Enrique (2007): “Inadmisibilidad de autoamnistías en derecho penal”, en: Gaceta Jurídica (Nº 326), pp. 7-23.
- CÁRDENAS, Claudia (2006): “The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions”, en: KLEFFNER, Jann K.; KOR, Gerben (eds.), Complementary View on Complementarity (La Haya, TMC Asser Press), pp. 115-139.
- CHACÓN, Alonso (2015): “La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo”, en: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores (Vol. XVIII, Nº 35), pp. 169-188.
- CHINCHÓN, Javier (2012): “El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos”, en: Revista Electrónica de Estudios Internacionales (Vol. 24), pp. 1-31.
- COUSO, Jaime (2011): “Art. 75”, en: COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), Código Penal Comentado. Libro Primero (Santiago: Abeledo Perrot), pp. 625-666.
- COUTURE, Eduardo (1949): Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo III (Buenos Aires, Ediar).
- COUTURE, Eduardo (2020): Fundamentos de Derecho Procesal Civil (Montevideo y Buenos Aires, BdeF).
- DEL RÍO, Carlos (2009): Los poderes de decisión del juez penal (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DONDÉ, Javier (2010): “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Internacional (Berlín y Montevideo, Fundación Konrad Adenauer), pp. 263-294.
- DUFF, Antony (2018): “Crimes Against Humanity and Hostes Generis Humani”, en: Netherlands Journal of Legal Philosophy (Vol. 47, Nº 2), pp. 138-148.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2013): “La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile”, en: VV.AA., La ciencia penal en la Universidad de Chile (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), pp. 189-213.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): Terror, pena y amnistía (Santiago: Flandes Indiano).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena (Santiago, Thomson Reuters).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019): “El procesamiento transicional del terrorismo de Estado a veinte años del caso Pinochet”, en: Revista Anales (Nº 15), pp. 73-85.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “Justicia, procedimiento y acción de revisión”, en: Ius et Praxis (Año 26, Nº 1), pp. 28-56.

- MAUTNER, Menachem (2008): “Luck in the Courts”, en: *Theoretical Inquiries in Law* (Vol. 9, Nº 1), pp. 217-238.
- MONTIEL, Juan Pablo (2018): “Sobre la inoponibilidad de la prescripción y de la cosa juzgada en casos de corrupción (pública)”, en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor, MONTIEL, Juan Pablo y SATZGER, Helmut (eds.): *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo; Marcial Pons), pp. 171-194.
- MORGENSTERN, Federico (2015): *Cosa juzgada fraudulenta* (Montevideo y Buenos Aires, BdeF).
- NIEVA, Jordi (2012): *Fundamentos de Derecho Procesal Penal* (Montevideo y Buenos Aires; Edisofer y BdeF).
- NOVOA, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno, 3ª edición, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OLIVER, Guillermo (2012): “Aproximación a la unificación de penas”, en: *Política Criminal* (Vol. 7, Nº 14), pp. 248-275.
- OLLÉ, Manuel (2013): “Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales”, en: TURÉGANO, Isabel (ed.): *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario), pp. 79-115.
- OTTAVIANO, Santiago (2008): *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional, tesis doctoral, Universidad Austral (Buenos Aires). Disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/124> [visitado el 02/06/2021].*
- PARRA, Oscar (2012): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Año 13, Nº 1), pp. 5-50.
- PENSKY, Max: “Impunity (2019): A Philosophical Analysis”, en; BERGSMO, Morten y BUIS, Emiliano J. (eds.), *Philosophical Foundations of International Criminal Law* (Bruselas, TOAEP), pp. 241-268.
- PÉREZ AGUILERA, Luis Miguel (2018): *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada en el proceso penal, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/47970/1/T40009.pdf> [visitado el 02/06/2021].*
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2021): “Revisión de la cosa juzgada corrupta ‘contra reo’”, en: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, febrero.
- SCHABAS, William (2011): *An Introduction to the International Criminal Law, 4ª edición* (Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2015): *En busca del Derecho penal* (Montevideo y Buenos Aires, BdeF).
- VERDUGO, Patricia (2015): *Quemados Vivos* (Santiago, Catalonia).

Sentencias citadas

Tribunales chilenos

SEGUNDO JUZGADO MILITAR DE SANTIAGO, rol Nº 1609-1989, de 24 de agosto de 1989.

CORTE MARCIAL, rol N° 1132-1986, de 2 de enero de 1991.
CORTE SUPREMA, rol N° 4110, de 14 de diciembre de 1994.
CORTE SUPREMA, rol N° 28283, de 14 de diciembre de 1994.
CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, rol N° 103-2011, de 14 de enero de 2013.
CORTE SUPREMA, rol N° 78951-2016, de 25 de mayo de 2017.
MINISTRO EN VISITA MARIO CARROZA, rol N° 143-2013, de 21 de marzo de 2019.

Tribunales internacionales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, 30 de mayo de 1999.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Las Palmeras vs. Colombia”, de 6 de diciembre de 2001.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Diecinueve comerciantes vs. Colombia”, de 5 de julio de 2004.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Carpio Nicolle vs. Guatemala”, de 22 de noviembre de 2004.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gutiérrez Soler vs. Colombia”, de 12 de septiembre de 2005.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “La Cantuta vs. Perú”, de 29 de noviembre de 2006.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “La masacre de La Rochela vs. Colombia”, de 11 de mayo de 2007.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Nadege Dorzema y otras vs. República Dominicana”, de 24 de octubre de 2012.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gutiérrez y familia vs. Argentina”, de 25 de noviembre de 2013.