

Santiago, veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

Vistos:

En estos autos Rol N° 171-2010, seguidos ante el Trigésimo Cuarto Juzgado de Crimen de Santiago, por sentencia de uno de marzo de dos mil diecisiete, a fojas 1027, se condenó a **Carlos Nelson Matus Rojas** como autor de homicidio calificado de Jorge Enrique Pardo Aburto, perpetrado el 4 de septiembre de 1985, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de cinco de diciembre de dos mil diecisiete, a fojas 1205, rechazó el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del condenado Matus Rojas, y la confirmó con declaración que éste queda condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Jorge Enrique Pardo Aburto, el día 4 de Septiembre de 1985, sin otorgársele algunos de los beneficios de la Ley N° 18.216

Contra el anterior pronunciamiento el representante del Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y la defensa del condenado, a fojas 1211 y 1217, dedujeron recurso de casación en el fondo, el primero, y recursos de casación en la forma y en el fondo, el segundo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1242.

Considerando:



Primero: Que por medio del recurso de casación en el fondo deducido por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se denuncia la configuración de la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la contravención en que habría incurrido el fallo de alzada al permitir la aplicación del artículo 103 del Código Penal y, consecuencialmente a ello, reducir la pena al sentenciado.

Expone que la prescripción de la acción penal se constituye como una más de las expresiones de la limitación al *ius puniendi* que ostenta el Estado frente a sus ciudadanos y desde esa perspectiva no puede ser concebida como un derecho del autor de un ilícito, sino como una autolimitación de la potestad punitiva del Estado, de lo que se desprende que desde un punto de vista hermenéutico la prescripción gradual constituye una regla que trascurrida la mitad del tiempo de la prescripción anticipa consecuencias benignas en el otorgamiento de atenuantes para el imputado, y desde un punto de vista lógico, la prescripción gradual se sirve del transcurso del tiempo de la prescripción, por lo que si considerados los hechos como imprescriptibles, nunca será posible establecer que ha transcurrido más de la mitad del tiempo que exige la norma del artículo 103 del Código punitivo.

Agrega, en lo relativo a la incompatibilidad de la prescripción gradual en causas calificadas como crímenes contra la humanidad, que resulta lógico afirmar que el grueso de la normativa convencional como consuetudinaria que se encuentra vigente al momento de los hechos delictivos del presente caso, como en la actualidad, impide que éstos crímenes sean objeto de algún tipo de prescripción total o gradual, así, el reconocimiento por parte de la comunidad internacional del carácter imperativo de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se expresa en la concurrencia de una *opinio iuris congentis*, que



permite identificar dicha imprescriptibilidad, como una norma del ius cogens que, como tal, emerge de fuentes consuetudinarias y convencionales.

Finalmente se expone que aceptar lo establecido por la Corte de Apelaciones de Santiago importa sancionar como correcto la infracción al principio de proporcionalidad de la sanción penal, principio que no es otra cosa que el respeto por una escala de bienes jurídicos que se realiza de manera primaria por el legislador, que establece al momento de fijar los marcos penales en abstracto la sanción que trae aparejada una determinada conducta. De suerte que, si el bien jurídico en comento es el de la vida (como el caso que motiva el presente recurso) la ley y quienes le otorgan operatividad deben dar una respuesta desde el sistema de justicia penal acorde con la dimensión del daño ocasionado al bien jurídico. Ahora bien, abonando a lo anterior, se debe considerar al momento de establecer la sanción que los hechos han sido calificados como crímenes contra la humanidad puesto que es tal el nivel de gravedad, que las normas relativas a la prescripción no pueden operar.

En consecuencia y dado el error de derecho denunciado, que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, es que solicita se acoja, se anule la sentencia impugnada y se imponga una pena de entre cinco años y un día a diez de años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales.

Segundo: Que a través del recurso de casación en la forma la defensa del condenado Matus Rojas denuncia que la sentencia que impugna no fue extendida en la forma dispuesta en la ley, invocando la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 541 de Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 500 N° 3, 4, 5 y 7 del mismo cuerpo legal y el artículo 24 de la Ley N° 18.216 en su texto vigente al año 1985.



Señala que el fallo impugnado comete dos errores, a saber, incurre en una falta de fundamentación en lo que denomina “errores en la dinámica de los hechos”, como tampoco explica cómo construye las presunciones o indicios que le permitieron tener por establecidos los hechos; y el segundo lo centra en la no concesión de beneficios al tiempo de cumplir la pena.

Por su lado el recurso de casación en el fondo, en su primer capítulo, encuentra su fundamento en la causal contenida en el artículo 546 número 1° del Código de Procedimiento Penal en relación a los artículos 1 y 391 N° 2 del Código Penal.

Se expone que no existe prueba que permita acreditar la participación de su defendido en los hechos que se investigaron en este proceso, siendo el único elemento que permitió la imposición de la sanción penal el hecho de haber estado ahí, circunstancia que por lo demás se acredita sólo con su declaración. Agrega que la víctima fue atendida a las 13:15 horas, momentos en los cuales él no había llegado al lugar.

Afirma el recurrente que no hay pluralidad de indicios, estos no se encuentran plenamente acreditados, o existe “enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia” y se incurre en infracciones a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. En este ámbito precisa que el testigo Osorio no reconoce al sentenciado y los otros testigos no son concluyentes, por lo que si se tiene por acreditada su participación cabe reconocer la atenuante del 11 N° 9 de Código Penal dado que el elemento que permite llegar a dicha conclusión es la declaración de su parte.

En el mismo acápite se denuncia la infracción al artículo 24 de la Ley N° 18.216, norma que exige, en caso de negar la concesión de un beneficio, fundamentar dicha decisión, lo que no ocurre en el caso de autos.



La segunda causal de nulidad sustantiva que se invoca es la contemplada en el numeral 2° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal que relaciona con el artículo 490 del Código Penal, causal en la que se incurre desde que debió haber sido calificado como cuasidelito de homicidio, tal como lo hicieron los señores Ministros de la Corte Marcial el año 1992 cuando conocieron del trámite de consulta de sobreseimiento.

En una segunda alegación, dentro de la causal que se reseña, la defensa del sentenciado denuncia la infracción al artículo 7° del Estatuto de Roma; artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.357 sobre delitos de lesa humanidad.

Se expone que el artículo 7° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tratado suscrito y ratificado por nuestro país, dispone que “*se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los ataques siguientes, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”, lo que le permite aseverar que concurre, como elemento común, la generalidad y sistematicidad del ataque, elementos que en el caso de autos no están presentes, circunstancia que hace presente el Sr. Fiscal Judicial en su informe, cuestión que se traduce en que los hechos investigados no fueron ejecutados dentro de un ataque generalizado o sistemático contra la población, por lo cual no pueden ser enmarcados en la norma invocada.

Afirma, en este contexto, que a su defendido se le encomendó la protección de un Centro Abierto en donde funcionaba un jardín infantil y que era atacado por una turba, hecho que no permite afirmar que se haya estado en presencia de la ejecución de una política estatal de represión.

Se denuncian, también, la errada aplicación de los artículos 93 N° 6 del Código Penal que debía ser aplicada desde que se está frente a un hecho que no



puede calificarse como de lesa humanidad; y los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar en tanto se encuentra totalmente acreditado que el sentenciado Matus Rojas se encontraba cumpliendo órdenes en el sector.

Finalmente e invocando el artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 11 N° 9 del Código Penal se denuncia la infracción a las leyes reguladoras de la prueba desde que no existía ningún antecedente, más allá de la declaración de su representado, que permitiese tener por acreditado que le cupo participación en los hechos motivo de la presente causa.

Expone que de no haberse incurrido en los errores que se han venido en denunciar se debió haber dictado sentencia absolutoria o haber impuesto una pena menor y conceder alguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216.

Tercero: Que para una mejor comprensión de lo que debe resolverse es atinente recordar los hechos que el tribunal ha tenido por demostrados.

Consigna el fallo de primer grado, en la sección que es reproducida por el de alzada, que *“El día 4 de septiembre de 1985, a eso de las 13:15 horas mientras se desarrollaba una protesta nacional, una patrulla militar proveniente de la Escuela de Telecomunicaciones del Ejército de Chile al mando del entonces teniente Carlos Matus Rojas e integrada por un suboficial y dos soldados conscriptos llegaron a un inmueble de Cema Chile, ubicado en Av. Grecia N° 6740, comuna de Peñalolén, con el propósito de resguardar el recinto, el cual de acuerdo a un denuncia previo, se encontraba siendo atacado por una turba.*

... Los militares mencionados, actuaron con sus respectivas armas de fuego, el oficial a cargo y el suboficial lo hicieron con escopetas antidisturbios y los conscriptos con FAL, todos ello se apostaron de manera fija en diferentes puntos de recinto, con la expresa instrucción de parte del jefe de patrulla de disparar al



aire para disuadir a la gente y en caso de eminente peligro de dispararle directamente a los manifestantes, en tanto eso ocurría, el teniente Matus se movilizaba libremente en el recinto en custodia, entrando y saliendo de éste en más de una ocasión.

... A metros del lugar, precisamente en Av. Grecia, entre las perpendiculares calle Ictinos y Pasaje 8, el menor de 16 años de nombre Jorge Pardo, junto a su amigo Leonardo Osorio, se encontraban observando lo que acontecía en el centro abierto, pero al ver en el lugar un bus de carabineros decidieron retirarse, instantes en que Leonardo Osorio vio que uno de los militares, el jefe de la patrulla, salía al exterior del centro abierto y se ubicaba en Av. Grecia en posición de disparar el fusil FAL que portaba, con él alcanza a efectuar tres disparos en direcciones distintas, uno de ellos dirigido hacia el lugar donde se encontraban los muchachos, impactando de este modo el proyectil el cuerpo de Jorge Pardo y le provoca una herida de entrada y otra de salida de la bala, compatible con el arma usada, en vista de lo cual su amigo, ayudado por pobladores le llevan a pie al policlínico de la Iglesia San Roque, cercano al lugar, desde donde fue trasladado a la posta 4 y al llegar en atención a la gravedad de las heridas es derivado al hospital salvador donde fallece a las 15:10 horas”

Los sucesos, así descritos, fueron calificados en la sentencia como constitutivos de delito de homicidio previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal.

Al tiempo de la determinación de la pena los sentenciadores de segundo grado señalaron, en el párrafo segundo del motivo cuarto de la sentencia impugnada, que “es pertinente acoger la prescripción gradual a que se refiere el artículo 103 del Código Penal, aun considerando que se trata de delitos cuya acción penal es imprescriptible, pues si bien en ambos casos el transcurso del



tiempo es el elemento común, resulta indiscutible que una y otra atienden a fines distintos, puesto que lo pretendido con la primera es imponer una sanción menos rigurosa, precisamente en razón del tiempo transcurrido, desde la fecha de comisión de los hechos. No existe, por tanto, contradicción alguna en el reconocimiento que se hace de la imprescriptibilidad de la acción penal por tratarse de un delito de lesa humanidad y la aceptación de la atenuante en cuestión, cuando ejercida ya la acción penal sin límite temporal, lo que sin duda es excepcional, lo perseguido por ella es tan solo dar un trato más humanitario a quien, transcurrido tanto tiempo y habiendo cambiado las circunstancias desde la comisión del ilícito, debe sufrir el rigor de la sanción”.

Cuarto: Que en relación al error que se denuncia en el recurso de casación formalizado por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en relación a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es conveniente recordar que dicho artículo no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cuestión que el fallo declara, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal



humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

Quinto: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Sexto: Que, en consecuencia, al aplicar el artículo 103 del Código Penal a un caso en que resulta improcedente y, por ello, reducir en un grado desde el mínimo la sanción, como se razona en el fallo que se revisa, se configura el vicio de casación en el fondo que sirve de fundamento al recurso en análisis, con la infracción adicional al artículo 68 del Código Penal, cuya influencia resultó sustancial en lo decisorio, pues se impuso una pena de menor entidad a la que legalmente correspondía, defecto que solo puede ser enmendado con la invalidación de la sentencia que lo contiene, por lo que el recurso deducido en representación del Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia será acogido.

Séptimo: Que atento lo que se ha venido en resolver y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se omite pronunciamiento respecto del enderezado por la defensa de Matus Rojas.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo formalizado por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia en contra de la sentencia de cinco de diciembre de dos mil diecisiete, que se lee a



fojas 1205 y siguientes, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo **con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas** quien estuvo desestimarlos, sólo respecto de la prescripción gradual, para lo cual tuvo en consideración lo siguiente:

1º) Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2º) Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de



regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3º) Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la disidencia su autor.

N° 825-18

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Lamberto Cisternas R., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuaud, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinticinco de junio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

