

Santiago, veintinueve de abril de dos mil nueve.

**Vistos:**

En estos autos rol N° 31-2005, “Caso Pichoy”, seguidos ante el Primer Juzgado de Letras de Osorno, se dictó sentencia de primera instancia el dieciocho de diciembre de dos mil siete, de fojas 678 a 709, y por ella se decidió condenar como autores del delito de homicidio calificado de José Gabriel Arriagada Zúñiga, José Manuel Arriagada Cortes, José Manuel Carrasco Torres y Gilberto Antonio Ortega Alegría, perpetrado en el Puente Pichoy, en San José de la Mariquina, acaecidos el doce de octubre de mil novecientos setenta y tres, a Juan Bautista Rivera Obando, a cinco años 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, a Samuel Aburto Vera, Arturo Edalio Flandez Vergara y Oscar Enrique Arenas González, cada uno, a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, concediéndose únicamente a Aburto Vera el beneficio alternativo de la libertad vigilada.

Apelada esta decisión y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 774, una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha veintitrés de junio de dos mil ocho, según aparece de fojas 787 y 788, la confirmó, con declaración, que Samuel Aburto Vera, Arturo Edalio Flandez Vergara y Oscar Enrique Arenas González quedan condenados a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias impuestas en el fallo de primer grado, como autores del delito de homicidio calificado de José Gabriel Arriagada Zúñiga, José Manuel Arriagada Cortés, José Manuel Carrasco Torres y Gilberto Antonio Ortega Alegría.

Contra esta última resolución, la defensa del condenado Arenas González interpuso un recurso de casación en el fondo asilado en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como se desprende de fojas 789 a 795, y la asistencia jurídica de los enjuiciados Aburto Vera y Flandez Vergara, a 797 a 802 y 803 a 811, respectivamente, instauraron sendos recursos de casación en la forma por las causales 9ª y 11ª del artículo 541 del mismo cuerpo legal y en el fondo, sustentados en la motivación 1ª del artículo 546 del mencionado ordenamiento.

Declarados admisibles únicamente los arbitrios de nulidad de fondo, como se lee a fojas 816, se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el representante del acusado Oscar Arenas González Salinas ha planteado un recurso de casación en el fondo que descansa en el literal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, “en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”.

Aduce que el veredicto cuestionado ha infringido los artículos 488 y 502 del Código procesal del ramo, pues se basa sólo en presunciones que no reúnen las exigencias de la primera de las disposiciones señaladas. En efecto, sostiene que en la reflexión décimo cuarta del pronunciamiento de primer grado, no alterada por el de alzada, se alude a los testimonios de

cuatro personas que no atribuyen a su representado ninguna intervención en los sucesos, sus declaraciones no son precisas, concordantes ni directas, es decir, carecen de valor para constituir una presunción. Afirmar que ninguno de los carabineros que intervino en los hechos atribuye responsabilidad a su mandante, más bien están contestes en que recibieron una orden de trasladar a unos detenidos a la ciudad de Valdivia para ponerlos a disposición del IV Juzgado Militar de esa ciudad. Advierte que el dictamen no expone uno a uno los indicios que conducen a la resolución adoptada.

También reclama conculcado el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, dado que atendida la data de los hechos -doce de octubre de mil novecientos setenta y tres- los ilícitos indagados se encontraban amnistiados y la acción penal para perseguirlos se hallaba extinguida por la prescripción. Asevera que la normativa que invoca la sentencia para el rechazo de las instituciones aludidas no es aplicable, pues se trata de convenciones internacionales que no han sido ratificados por Chile o bien rigen a partir de una fecha posterior a los acontecimientos. Finalmente acota que de no mediar tales yerros se debió absolver a su poderdante.

**SEGUNDO:** Que, a su turno, los sentenciados Aburto Vera y Flandez Vergara, asistidos por un mismo defensor, formalizaron sendos recursos de casación en el fondo sustentados en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con los artículos 456 bis del mismo cuerpo legal, 1°, 93 N° 3, 94, 103 y 391 del Código Penal, 211 y 214 del Código de Justicia Militar y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República. Señala que en la causa existió un evidente error de calificación desde que obran antecedentes en que consta que la conducta de Aburto se debió a la reacción o sobrerreacción que tuvo ante el ataque de los detenidos y su inminente fuga, posición que se estrella con las calificantes de premeditación y alevosía que no están comprobadas, por lo que su comportamiento a lo más podría encuadrarse en el tipo del artículo 391, N° 2, del Código Penal.

Respecto del mismo Aburto, estima, además, que de su actuación y de la confesión prestada en que explica el motivo de aquella, debiera entenderse que ni siquiera corresponde al tipo penal del artículo 391, N° 2, o mejor dicho, al no mediar responsabilidad, no debe sancionársele, en consideración a las eximentes que concurren, o de lo contrario, a una pena ínfima por las atenuantes que le benefician, pues la calificación de su irreprochable conducta anterior ameritaba una rebaja de tres grados y la concesión de beneficios alternativos a la sanción corporal. Delata que medió error de derecho al calificar el delito con dos circunstancias que no concurren, al no considerar las instituciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada, al no estimar las circunstancias atenuantes contempladas en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar y, por último, al no emitir pronunciamiento acerca de la prescripción gradual que le beneficiaba.

Para el caso del encartado Flandez Vergara, se reclama en lo pertinente que su conducta fue la de informar a la superioridad del servicio en Valdivia, donde aclaró su intervención resultando exculpado de responsabilidad. También manifiesta que debió calificarse la atenuante de irreprochable pretérita reconocida por el veredicto cuestionado y proceder a la rebaja del quantum de la pena de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, en presidio menor en grado máximo.

En la conclusión, insta por la invalidación de la sentencia a fin que en su reemplazo absuelva a sus representados por prescripción de la acción penal o bien se rebaje el castigo al considerarse una impertinente calificación del delito o bien por la militancia de atenuantes de responsabilidad criminal no consideradas.

**TERCERO:** Que el artículo 775 del Código de Instrucción Civil, aplicable en la especie en razón de lo preceptuado en el artículo 535 de su homónimo penal, autoriza a este tribunal, que conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalide de oficio la sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

**CUARTO:** Que en ese orden de ideas, la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas. Únicamente de esta manera se puede estimar se puede estimar cumplida la exigencia del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

**QUINTO:** Que esta Corte, en reiteradas decisiones, ha resuelto que la causal de nulidad contenida en el artículo 541, N° 9, del Código de Instrucción Criminal, en relación con el artículo 500 del mismo estatuto, concurre cuando la sentencia objetada carece totalmente de las consideraciones relativas a los extremos señalados en los numerales 4° y 5° de dicho precepto, es decir, argumentos errados o insuficientes es una cuestión inidónea para configurar el vicio referido, por cuanto las exigencias formales de la sentencia definitiva tienen por objeto evitar que no se desarrollen las razones que justifican la decisión, sea porque existe ausencia total de éstas o porque se ha discurrido sobre antecedentes fácticos y jurídicos del todo ajenos a las alegaciones propuestas, lo que por cierto sí importa un defecto que permite la anulación del fallo.

**SEXTO:** Que, en concordancia con lo razonado, el dictamen de marras únicamente señala que formó parte de las alegaciones de los enjuiciados al contestar los cargos, la aplicación de la situación que regula el artículo 103 del Código Penal, pero no hay razonamientos en la decisión cuestionada acerca de este asunto.

**SÉPTIMO:** Que de ello se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos basamentos que, en forma concreta y determinada, comprendan las razones en las cuales se sustenta el rechazo de la atenuante de responsabilidad antes mencionada. En efecto, el fallo no incluye las necesarias reflexiones que lleven a sostener que la específica minorante invocada no es procedente, ya que los razonamientos contenidos en los considerandos vigésimo tercero a vigésimo noveno se refieren exclusivamente a la interdicción de la aplicación de los institutos de la amnistía y de la prescripción, como causales de extinción de la responsabilidad penal de los ilícitos que se han investigado en estos antecedentes; y no contienen referencia alguna a las motivaciones que son necesarias para sustentar el rechazo de la media prescripción que fuera alegada en las contestaciones de la acusación, sin reparar que este instituto y el de la prescripción son de naturaleza diversa, ya que el artículo 103 sólo conduce a una rebaja de la pena, mientras que, de acuerdo al artículo 93 del Código Penal, al haber prescrito la acción la responsabilidad penal se extingue.

**OCTAVO:** Que, al efecto, aún tratándose de instituciones jurídicas con un origen común y que se nutren del tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito, la sentencia que la rechaza o acoge necesita razonar, en consonancia con lo decidido, acerca de los argumentos que quien alega ha esgrimido en su favor, de modo que el argumento genérico de denegación que se funda en la naturaleza de delitos de lesa humanidad que poseen los crímenes establecidos, que hace inaplicable la prescripción, no satisface las exigencias del artículo 500, N° 5, del citado Código de Procedimiento Penal, desde que ese razonamiento sólo alcanza a la imprescriptibilidad de la acción penal (En este sentido, SCS de 15 de octubre de 2008, rol N° 4.723-07).

**NOVENO:** Que, por lo expuesto, el dictamen de alzada queda claramente incurso en la motivación contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código del ramo, pues no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la invalidación de la sentencia que la contiene, por lo que esta Corte, actuando de oficio, procederá a anularla, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

**DÉCIMO:** Que, atendida la existencia del vicio, lo descrito en el motivo anterior y lo dispuesto por los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 808 del de Enjuiciamiento Civil, se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos contra la misma sentencia.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 500, N° 5°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775, 776, 786 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **se invalida, de oficio**, la sentencia de veintitrés de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 787 y 788, la que, en consecuencia, es nula.

Díctese, a continuación, con esta misma fecha y sin nueva vista, la debida sentencia de reemplazo.

Téngase por no interpuestos los recursos de casación en el fondo instaurados por los enjuiciados Arenas González, Aburto Vera y Flandez Vergara, a fojas 789, 797 y 803, respectivamente.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carlos Künsemüller.

Rol N° 4321-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Nibaldo Segura P., Jaime RodríguezE., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Santiago, veintinueve de abril de dos mil nueve.

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

### **VISTOS:**

Se reproduce el fallo en alzada con las siguientes modificaciones:

a) En su motivo tercero, se sustituye la oración “circunstancias 1 y 5 del Código Penal, esto es, con alevosía y” por “circunstancia 5ª del Código Penal, esto es”.

b) En la reflexión décimo sexta se reemplaza la conjunción copulativa “y” que se lee en su parte final, por una coma “,” y se añade al término de dicho acápite los apellidos “Rivera y Arenas”.

c) En su basamento trigésimo quinto, las expresiones “primera” por “quinta” y “alevosía” por “premeditación”.

d) Se sustrae el considerando trigésimo sexto.

e) En las citas legales se cambia el guarismo “1” escrito después de la voz “circunstancia” por “5”.

**Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:**

1º) Que los encausados Flandez, Aburto y Rivera, en sus contestaciones a la acusación, alegaron en su favor la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 103 del Código Penal, denominada media prescripción o prescripción gradual, por darse en la especie los supuestos fácticos de dicha norma.

2º) Que, examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados hasta aquélla en que se interrumpió, el término necesario para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

3º) Que la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la pretensión penal contemplada en el artículo 93 del estatuto punitivo, no trae aparejada, como efecto inherente, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo estatuto.

En efecto, lo que consagra el segundo precepto legal precitado es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal, ejercido mediante el castigo del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de delitos que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, la que, en estas circunstancias, queda excluida.

Además, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente y, en caso de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la concreta rebaja que se concederá.

4º) Que concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 103, se dará aplicación a la referida circunstancia atenuante tanto a favor de quienes la alegaron formalmente, como de aquel procesado cuya defensa no lo hizo, desde que se trata de una norma de orden público que el juez ha de aplicar aún de oficio y que es claramente favorable a los encausados. La forma de determinar la magnitud de la sanción y la incidencia de esta atenuante se hará de la manera que más adelante se precisa, toda vez que la propia disposición que la contiene remite al sentenciador a las reglas generales contenidas, entre otros, en el artículo 68 del Código Penal.

5º) Que para la aplicación definitiva de las sanciones penales han de considerarse las siguientes circunstancias:

- a) Que la pena asignada al delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancia 5ª, del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

- b) Que a los acusados Aburto Vera, Flandez Vergara y Arenas González les favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior, que ha sido estimada por el sentenciador de primer grado como muy calificada.
- c) Que a Rivera Obando favorecen las morigerantes contenidas en los ordinales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.
- d) Que a todos ellos los beneficia la atenuante calificada de prescripción gradual y, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en tres grados para cada uno de los sentenciados, atendida la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos y en especial la concurrencia de las atenuantes señaladas.
- e) Que respecto de todos los encausados debe considerarse que se trata de una reiteración de delitos de la misma especie, por lo que conforme lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, la pena -efectuadas las deducciones precedentes- se elevará en un grado.

6º) Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 774, disintiendo del mismo en cuanto propone la confirmación del fallo de primer grado reduciendo el castigo de los acusados Arturo Flandez, Samuel Aburto y Oscar Arenas al mínimo dentro del mismo grado de presidio mayor en su grado mínimo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 29 y 103 del Código Penal, 509 y 514 de su homónimo de Enjuiciamiento Penal, **SE DECLARA** que:

**I.- SE CONFIRMA** la sentencia apelada de dieciocho de diciembre de dos mil siete, escrita de fojas 678 a 709, con declaración, que Samuel Aburto Vera, Arturo Edalio Flandez Vergara y Oscar Enrique Arenas González, quedan condenados a cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de sus condenas, como autores de los delitos de homicidio calificado de José Gabriel Arriagada Zúñiga, José Manuel Arriagada Cortes, José Manuel Carrasco Torres y Gilberto Antonio Ortega Alegría, perpetrados en el Puente Pichoy, San José de la Mariquina, el doce de octubre de mil novecientos setenta y tres.

**II.-** Juan Bautista Rivera Obando queda sancionado a cuatro años de presidio menor en su grado máximo, como autor de los mismos ilícitos, más las accesorias que indica el fallo que se revisa.

**III.-** Que todos los sentenciados quedan condenados, además, al pago proporcional de las costas de la causa.

**IV.-** Que atendidas las penas impuestas y reuniéndose los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los encartados el beneficio de la libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos al control y vigilancia del Delegado de Gendarmería de Chile, por el mismo tiempo de las penas corporales impuestas.

En el evento que tal beneficio les fuere revocado deberán cumplir efectivamente el castigo determinado, desde que se presenten o sean habidos, en cuyo caso les servirá de abono el tiempo que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, Rivera Obando y Aburto Vera, entre el 16 de enero de 2006, según consta de fojas 199 y 216, y el 3 de febrero del mismo año, como aparece a fojas 297; Flandez Vergara, entre el 17 de enero de 2006 y el 3 de febrero de ese año, como se desprende de fojas 207 y 297; y Arenas González, conforme se precisa en la sentencia en alzada.

**Acordada la condena de los acusados contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por las respectivas defensas, declarando su procedencia, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que , por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre el día doce de octubre de mil novecientos setenta y tres, y la querella para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentó el cinco de mayo de dos mil cinco, según consta a fojas 6, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de quince años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio calificado.

4.- Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica a favor de los encausados la causal de extinción de la responsabilidad penal, contemplada en el artículo 93, N° 6, del Código Penal , esto es la prescripción de la acción penal.

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o

integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

“Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ‘conflicto armado sin carácter de internacional’, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ‘conflicto armado no internacional’ ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.



Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro 'La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos', Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que 'para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya *hostilidades*, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un *carácter colectivo*; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean *fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable*.. '.

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que 'conflicto armado sin carácter internacional' es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, pues realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de

la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 16 de Octubre de 1973 existía un ‘conflicto armado no internacional’, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. ‘En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban” (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar uno comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares

insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

**Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller** concurren a la decisión, pero en ejercicio de la facultad concedida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal -a los cuales se remite el artículo 103- están por disminuir la pena aplicable sólo en dos grados al mínimo legal, atendida la gravedad de los ilícitos de que se trata, elevándola en un grado por la reiteración; en consecuencia, la sanción privativa de libertad queda fijada, en opinión de los previnientes, en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias legales, no siendo procedente la concesión de la medida alternativa de libertad vigilada.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados -por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a los enjuiciados, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos, los señores Ministros Rodríguez y Künsemüller, reconociendo la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, estuvieron por rebajar en dos grados el castigo y elevar la pena resultante en un grado por la reiteración de los ilícitos, concluyendo que la sanción aplicable es de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias correspondientes; el señor Dolmestch, en cambio, estimó que la aludida morigerante especial permite rebajar en tres grados la sanción corporal, aumentándola en un grado de acuerdo al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Ante ello, se llama a votación sobre este punto y allí los Ministros señores Segura y Ballesteros reconocen a los procesados la circunstancia atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, para lo cual se fundan en la circunstancia de que si estuvieron por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no les inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada en el máximo autorizado por las disposiciones que regulan el efecto de las circunstancias atenuantes.

En consecuencia, y en una nueva votación, se logró mayoría por el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Segura, Ballesteros y Dolmestch estuvieron por sancionar reconociendo la aludida media prescripción, otorgándole la eficacia suficiente para reducir el castigo en tres grados al mínimo, y a partir de ello, aumentar en un grado la pena dada la reiteración de ilícitos comprobados; en tanto que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller fueron de opinión de reconocer tal circunstancia, pero reduciendo la magnitud de la sanción sólo en un grado, adicionando un grado por la situación prevista en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

De la manera expresada se zanjó la discordia producida sancionando a los acusados como se ha expresado en lo dispositivo de esta sentencia.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carlos Künsemüller, y de las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 4321-08

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.