

Santiago, catorce de abril de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 33.190, del Juzgado del Crimen de San Javier, por sentencia de catorce de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas 1316 a 1397 vuelta, dictada por la Ministro en Visita Extraordinaria, señora Juana María Venegas Ilabaca, se absolvió a Claudio Abdón Lecaros Carrasco y a Rolando Rivera Tucas de la acusación formulada como autores del **delito de secuestro calificado de Gerardo Antonio Encina Pérez**, cometido el 02 de octubre de 1973 y que fuera recalificado en el fallo como homicidio calificado, por encontrarse extinguida la acción penal respecto del primero y por no estar acreditada la participación, en el caso del segundo.

Apelado dicho fallo por la parte querellante, la Corte de Apelaciones de Talca, por resolución de seis de julio de dos mil nueve, escrita de fojas 1457 a 1460, complementada a fojas 1461, lo revocó y en su lugar condenó a Lecaros Carrasco como autor del delito de homicidio calificado de Gerardo Encina Pérez a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria legal y el pago de las costas de la causa, confirmando y aprobando el fallo en lo demás.

En contra de esta última decisión, la defensa del condenado dedujo el recurso de casación en el fondo que rola a fojas 1462 y siguientes, invocando al efecto la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la no aplicación de la prescripción y la amnistía, sin perjuicio de citar también las causales segunda, tercera y sexta, que, en todo caso, no desarrolla.

Declarado admisible tal recurso, a fojas 1472 se ordenó traer los autos en relación para conocer del mismo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, sin perjuicio del recurso impetrado en la especie, ha de tenerse presente que el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 de su homónimo penal, faculta a este tribunal, conociendo por vía de casación, para invalidar de oficio una sentencia, cuando los antecedentes del recurso manifiestan que ella adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre ese punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

SEGUNDO: Que, en el caso de autos, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante la etapa de estudio y análisis del fallo impugnado, por lo que no fue posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de ello.

TERCERO: Que, al respecto, no cabe duda que la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la decisión, 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. Sólo de este modo es posible estimar satisfechas las exigencias del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

CUARTO: Que, en este orden de ideas, cabe recordar que esta Corte, en reiteradas ocasiones, ha resuelto que la causal de nulidad formal contenida en el artículo 541 número 9 del Código de Procedimiento Penal, con relación al artículo 500 del mismo estatuto, concurre tanto cuando la sentencia carece totalmente de las consideraciones relativas a los extremos señalados en los numerales 4° y 5° de dicho precepto, como también cuando contiene argumentos errados o insuficientes, por cuanto dichas exigencias formales de la sentencia definitiva buscan evitar que una decisión carezca de razones que la justifiquen, no sólo por ausencia total de éstas sino

también cuando se ha discurrido sobre antecedentes fácticos y jurídicos del todo ajenos a las alegaciones propuestas, lo que por cierto importa un defecto que permite la anulación del fallo.

QUINTO: Que la defensa del recurrente solicitó en su escrito de contestación a la acusación fiscal, rolante a fojas 443, no sólo la absolución del mismo, sino también y como petición subsidiaria, la consideración de atenuantes de responsabilidad, dentro de las cuales si bien no mencionó la circunstancia especial contemplada en el artículo 103 del Código Penal, denominada prescripción gradual o media prescripción, resultaba imperativo para los jueces del tribunal de alzada emitir pronunciamiento respecto de la misma, en especial, dado que precisamente revocaron la decisión absolutoria de primer grado por considerar que no operaba la prescripción como eximente de responsabilidad penal.

SEXTO: Que, ahora bien, la sentencia condenatoria de segunda instancia no emitió pronunciamiento alguno respecto de la morigerante especial antes referida, limitándose a dar razones para rechazar la prescripción de la acción penal, así como también la amnistía, sin reparar que el instituto consagrado en el citado artículo 103 es diverso del contemplado en el numeral sexto del artículo 93 del Código Punitivo, ya que el primero sólo conduce a una rebaja de la pena, en tanto, este último produce la extinción de la responsabilidad penal, con todas las consecuencias que ello acarrea.

De este modo, si bien se trata de instituciones jurídicas con un origen común y que se nutren del tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito, la sentencia que rechaza o acoge la prescripción necesita razonar, en consonancia con lo decidido, sobre la procedencia o improcedencia de dicha especial causal de atenuación de la pena, sin que baste para ello la existencia de razonamientos sobre el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, pues éstos atienden a la determinación de la responsabilidad penal y no al establecimiento de la pena, contexto en el cual no se satisfacen las exigencias del artículo 500 número 5 del citado Código de Procedimiento Penal. (En este sentido, SCS de 15 de octubre de 2008, rol N° 4.723-07 y de 23 de julio de 2009, rol N° 6349-08).

SEPTIMO: Que, de esta manera, el fallo de alzada ha quedado incurso en la causal contemplada en el numeral noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 500, números 4 y 5, de la misma recopilación de normas, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, presentando deficiencias que no pueden subsanarse sino con la anulación del mismo, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544, de la compilación adjetiva penal citada.

OCTAVO: Que, en conclusión, atendida la existencia del vicio constatado, lo descrito en los motivos anteriores, y lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal con relación al artículo 808 de su análogo de enjuiciamiento civil, se tendrá por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del condenado Lecaros Carrasco a fojas 1462.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, con lo dispuesto en los artículos 535 y 541, del Código de Procedimiento Penal, **se invalida en la forma y de oficio** la sentencia de segunda instancia de fecha seis de julio de dos mil nueve, escrita de fojas 1457 a 1460, junto a su complemento de fojas 1461 y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 1462.

Regístrese.
Redactó el Ministro señor Dolmestch.
Rol N° 5279-09

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

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

En Santiago, a catorce de abril de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, catorce de abril de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo estatuido en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los motivos décimocuarto, décimoquinto, décimosexto, décimoséptimo, vigésimo y vigésimo primero, que se eliminan.

En el motivo primero, numeral 116), se sustituye la expresión “ramadas”, escrita en la octava línea del primer párrafo, por “armadas”.

En la enumeración de las citas legales, en las referidas al Código Penal, se agregan los artículos 24, 26, 29, 50, 68 y 103, y a su vez, se elimina la referencia al artículo 93 N° 6 del mismo Código.

De la sentencia anulada de segunda instancia, se reproducen, asimismo, sus considerandos primero al décimo, ambos inclusivos.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que los hechos que se tuvieron por acreditados en el motivo segundo del fallo en alzada, son constitutivos del delito de homicidio calificado, mediando alevosía, tal como se expresa en los considerandos tercero y cuarto de dicha sentencia, ilícito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, con una pena de presido mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

SEGUNDO: Que al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 nuestro país acató la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando proscritas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos.

TERCERO: Que, como ya se ha resuelto con anterioridad por esta Corte, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

CUARTO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Esta conducta resulta violatoria del artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, por lo que es inexequible respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidas en nuestro país durante su vigencia.

QUINTO: Que sin perjuicio de lo razonado en la sentencia de segundo grado dictada por la Corte de Apelaciones de Talca respecto de la prescripción de la acción penal, ha de tenerse en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, la señalada institución penal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos – en cuanto al transcurso del tiempo - y consecuencias jurídicas 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 provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y

aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una “idea afortunada de la CR “la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora).

SEXTO: Que, por otra parte, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, ejerciendo en definitiva a su arbitrio la facultad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

SÉPTIMO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados- generalmente en votación dividida- esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

OCTAVO: Que aceptada la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

En lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”.

Ahora bien, en el caso en estudio, el delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 N°1 del Código Penal, que establece el delito de homicidio calificado y cuya penalidad asignada es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

NOVENO: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en el plazo de quince años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito. En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción total, por lo que, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación resulta ser de siete años y medio.

DÉCIMO: Que en el procedimiento tendiente a la investigación del homicidio en estudio, se ha establecido que el delito se cometió durante los primeros días de octubre de 1973, según se concluye en el considerando 4° del fallo de primera instancia; apareciendo de ellos también que se dictó auto de procesamiento en contra del acusado con fecha 29 de agosto de 2003, de lo que se desprende, para los efectos legales que interesan, esto es, determinar el cumplimiento del requisito temporal exigido por el artículo 103 del Código Penal que, contado el plazo desde la comisión del hecho punible y hasta el de suspensión, transcurrió sobradamente el exigido para dar aplicación a la prescripción gradual de que se trata.

UNDÉCIMO: Que, por otra parte, favorece a Lecaros Carrasco la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, de su irreprochable conducta anterior, acreditada suficientemente con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes rolante a fojas 264, libre de anotaciones prontuariales pretéritas, la que, sin embargo, no se tendrá como muy calificada por no existir antecedentes en el proceso que revelen la existencia de una especial condición de vida que haga procedente tal circunstancia.

En cambio, no concurre en su beneficio la minorante del artículo 11 N° 9 del mismo texto legal, por cuanto no ha confesado el delito ni colaborado con datos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos. A contrario, tal como se ha establecido en el motivo sexto del fallo del juez a quo, Lecaros ha negado su participación en el delito, no obstante lo cual existen en su contra, como elementos de cargo, los antecedentes allí detallados, todo lo cual, por cierto, obsta a la configuración de la minorante alegada, sea en su actual redacción o en la primitiva.

DUODÉCIMO: Que, la pena asignada al delito de homicidio calificado por el cual se condena a Lecaros Carrasco, correspondiente a una de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, será rebajada en dos grados, por la concurrencia de la minorante especial del artículo 103 del Código Penal, sumada a la irreprochable conducta anterior, en mérito de las cuales, al menos el hecho punible debe considerarse revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, todo ello, a su vez, conforme con lo prevenido en el artículo 68 inciso tercero del citado cuerpo normativo.

DÉCIMO TERCERO: Que en virtud de los argumentos antes expresados, se discrepa de la opinión del Fiscal Judicial contenida en el informe de fojas 1449, en cuanto estuvo por confirmar el fallo absolutorio de primer grado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 29 y 103 del Código Penal, y 10, 509 y 514 del Código de Procedimiento Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se revoca la sentencia de catorce de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas 1316 en la parte que absuelve a **Claudio Abdón Lecaros Carrasco** y en su lugar se declara que se le condena como autor del delito de homicidio calificado de Gerardo Encina Pérez, cometido en los primeros días del mes de octubre de 1973 en la ciudad de San Javier, a la pena de **CINCO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas generadas a su respecto.

En atención a la duración de la pena impuesta, más el hecho de que el condenado goza de irreproachable conducta anterior y de que padece las dolencias físicas verificadas en el informe médico de fojas 1435 y siguientes, se estima que Lecaros Carrasco cumple con los requisitos legales para acceder a la medida alternativa de Libertad Vigilada, contemplada en el artículo 15 de la Ley 18.216, sin que sea óbice para su otorgamiento el informe presentencial desfavorable evacuado a su respecto y que rola a fojas 612, por cuanto el pronunciamiento del Consejo Técnico del Centro de Reinserción Social no resulta vinculante para el tribunal. En virtud de lo anterior, se le concede el referido beneficio, con un plazo de observación igual al de la sanción corporal aplicada, debiendo cumplir con las demás obligaciones contenidas en el artículo 17 de la citada Ley.

En caso en que el condenado deba satisfacer el castigo corporal en forma efectiva, le servirán de abonos los treinta y nueve (39) días que estuvo privado de libertad en esta causa, entre el 26 de agosto y el 03 de octubre de 2003, según consta a fojas 216 vuelta y 300, respectivamente.

II.- Que se confirma, en lo demás, la sentencia aludida.

III.- Que se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de fecha veintinueve de mayo de dos mil ocho, escrito a fojas 1301, dictado respecto del acusado José Basilio Muñoz Pozo en razón de su muerte producida el 01 de diciembre de 2005.

Acordada la condena de Lecaros Carrasco con el **voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal alegada por su defensa como causal de extinción de la responsabilidad penal y, por tanto, absolverlo, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que, 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, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, 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 de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad

penal que correspondan y de 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 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 (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 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. Tales convenios se aplican, en general, 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 emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, 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 el 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.

A su vez, 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...”.

3°.- Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 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 instrumento 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.

En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar 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.

4°.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado 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, 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.

Es más, de la propia lectura de la norma en comento se colige que al dictarla se tuvieron en consideración los siguientes aspectos: a) que 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.

De lo expresado en sus considerandos, se infiere 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 para tener por establecido que en Chile, a la época de perpetración de los hechos investigados, existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia -los primeros días del mes de octubre de 1973- haya existido 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 y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha establecido que el 12 de septiembre de 1973 -día en que se dictó el Decreto Ley N° 5-, existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos de dicha resolución.

Por ello, la disposición en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 2°, 3°, 4° y 5° del fallo de mayoría, relativos al estado de guerra interna a la época de los hechos y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los ilícitos existía un “conflicto armado no internacional” y por tanto, no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los episodios delictuales en estudio;

5°.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá 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 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 renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban”.

6°.- Que, asimismo, los disidentes -tal como lo expresaron en los autos Rol N° 2079-06- estimamos pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un 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 Pisagua 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...” (Página 44).”

7°.- Que, ahora bien, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, crimen cuya sanción es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

8.- Que, en estos antecedentes se instruyó sumario el 20 de febrero de 1991, según consta a fojas 4, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó en los primeros días del mes de octubre de 1973 y según consta del extracto de filiación de Pereira Rojas rolante a fojas 264, no existen antecedentes que permitan suponer que el acusado haya cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción.

9.- Que, en atención a lo expuesto, en la especie operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del encausado y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlo del cargo acusatorio, como se anunciara al comienzo.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch; y la disidencia, sus autores.

Rol N° 5279-09.

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

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

En Santiago, a catorce de abril de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.