

**Talca, seis de julio de dos mil nueve.-**

**VISTO**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos decimocuarto, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo y vigésimo que se eliminan, mutando a fojas 1398 vuelta la palabra “ramadas” que se lee en la línea quinta, por la expresión “armadas”.

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

**PRIMERO:** Que en la especie se ha dado por acreditado la existencia de un delito de homicidio calificado en la persona de Gerardo Antonio Encina Pérez, ya que si bien éste fue detenido y retenido sin dar información a sus parientes de su paradero, se acreditó que fue muerto, llevado luego al puente sobre el río Loncomilla desde donde fue lanzado al agua junto a otros cuerpos, ubicándosele posteriormente en las aguas de ese cauce, pero sin sacarlo y vuelto a sumergirlo ya que no había órdenes para retirarlo, siendo reconocido por las personas del sector que rastreaban el río en busca de otro individuo.

**SEGUNDO:** Que al momento de perpetrarse el homicidio de Encina Pérez el país se encontraba en estado de guerra, siendo aplicables a ese respecto las normas contenidas en los Convenios de Ginebra, constituyendo dicho homicidio un delito de lesa humanidad..

Un crimen es de lesa humanidad, en la medida que dicho crimen constituya un hecho atroz que pisotea la dignidad del individuo y, especialmente, de la humanidad entendida como el colectivo de individuos, grupos y pueblos.

La dignidad humana se considera como un supuesto básico de valor absoluto (Krystian Complak, citado por Aguilar Cavallo).

En la especie un campesino, que según el testigo Gatica Villagra, a fojas 205 y 873, “vivía a menos de 200 metros al poniente del destacamento, mas bien tranquilo que conflictivo”, se había puesto a disposición de la autoridad, cumpliendo con sus presentaciones, fue dejado libre, en esa condiciones concurre al reten policial acompañado de su mujer, quien lo espera todo el día, para volver al siguiente sin obtener noticias de él; lo busco y al requerir datos se le señalo que había sido dejado libre y que “debía andar en las cantinas”, sin embargo se le había dado muerte y lanzado su cuerpo al río para hacerlo desaparecer.

Siguiendo a Max Ernst Mayer (Filosofía del Derecho Pág.211) “lo que caracteriza o distingue a los seres humanos es el respeto y la bondad, respeto a la dignidad de la persona, a esa cualidad humana que desplaza todas las notas diferenciales y que nosotros consideramos como contenido de la humanidad”, en el caso que nos preocupa no se respetó la dignidad de Encina y se actuó con una falta de bondad tremenda hacia el vencido, incluso haciendo escarnio hacia su mujer.

**CUARTO:** Que se ha alegado por los acusados la prescripción de la acción penal y para convencerlos que no resulta procedente aplicarla en el caso sublitis se estará a lo siguiente:

Como lo ha reconocido la jurisprudencia a la fecha en que ocurrieron estos hechos se encontraba vigente en el país el Decreto Ley n° 5 de 12 de septiembre de 1973 que, fundado en la situación de conmoción interna en que se encontraba el país y en la necesidad de reprimir en la forma mas drástica posible las acciones que se estaban cometiendo en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, declaró interpretando el Decreto Ley n° 2 del día anterior, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, debía entenderse como estado o tiempo de guerra, para todos los efectos legales.

El estado de sitio declarado por la Junta de Gobierno fue equivalente a un estado de guerra, impuso consejos de guerra, estableció campos de prisioneros, ocupo ciudades, por lo que no cabe duda que fue un conflicto bélico interno cubierto por el artículo 3 de la Convención de Ginebra.

Consecuencialmente, en esos días el país, jurídicamente, se encontraba en tiempo de guerra interna, tanto mas cuando el decreto citado declara que debe entenderse como estado de guerra, interpretando el artículo 148 del Código de Justicia Militar “que el estado de sitio decretado por conmosión interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse estado o tiempo de guerra...”

**QUINTO:** Que del mismo modo a la fecha de comisión del delito de homicidio en la persona de Encina, el derecho internacional de los derechos humanos ya condenaba como crímenes contra la humanidad, la comisión de los actos inhumanos llevado a cabo por agentes del estado.

Al suscribir Chile la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948, se comprometió ante la comunidad de naciones a respetar los derechos humanos y, desde esa fecha que debemos entender que nuestro país admite y acata que en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad no es aplicable la prescripción.

A partir del año 1964 en Francia, lo que luego siguen otros países se comienza a declarar imprescriptibles los delitos que la Asamblea de las Naciones Unidas había definido como de lesa humanidad. El 26 de noviembre de 1968 dicha Asamblea aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad.

Desde entonces la imprescriptibilidad se incorpora al *ius cogens* y para su vinculatoriedad deja de ser necesario haberla asumido convencionalmente por el derecho interno.

SEXTO: Que el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos es uno solo, como también lo son el derecho penal nacional y el derecho penal internacional, en ese contexto el profesor Gonzalo Aguilar citando a Bacigalupo dice que el derecho penal internacional no obstante su nombre es derecho nacional, pues su fuente son las propias leyes nacionales y no normas convencionales acordadas con otros Estados” y que por tanto, el derecho penal internacional es producto de la soberanía de cada Estado.

De ese modo al admitir la imprescriptibilidad de un crimen de lesa humanidad no se trasgrede el derecho penal interno, sino que de contrario se está dentro de los márgenes de la soberanía aplicando normas que son parte de derecho nacional.

Esta Corte, en consecuencia, al resolver este recurso, no solo se refugia en los principios constitucionales, artículo 5° de la Carta Fundamental, y el derecho interno, sino que además en el derecho internacional aplicado directamente en el orden interno.

SEPTIMO: Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado los obstáculos de facto y de iure que mantienen y promueven la impunidad y que “viola el derecho a la justicia que le asiste a los familiares de las víctimas de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes y obtener reparación judicial por parte de estos” (Caso Chanfeau con Chile).

Para resolver como se dirá, esta Corte se atiene a lo que consagran Los Convenios de Ginebra de 1949 que ponen límites y prohíben medios y métodos de combate, bajo la premisa de inderogables deberes de cada beligerante, convenios ratificados por Chile en 1951, constituyendo por cierto ley de la república..

En esos convenios se dispone que las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluido los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, serán tratadas con humanidad y a tal efecto están y quedan prohibidas los atentados a la vida, especialmente el homicidio en todas sus partes, **las ejecuciones efectuadas sin previo juicio.**

Además la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, reconociendo Chile la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno no pudiendo invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, ni pudiendo invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por último hacemos referencia a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad de 26 de diciembre de 1968 que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, que aunque no ha sido ratificada por Chile tiene la categoría de norma *ius cogens*.

NOVENO: Que, para reafirmar nuestro parecer que el delito cometido es de aquellos denominados de lesa humanidad y que se infringió los Convenios de Ginebra y con ello el Derecho Humanitario, cabe tener presente que los artículos 146, 147 y 148 de dichos Convenios son de aplicación amplia, aun fuera del estado de guerra, ya que se repudia toda acción delictual que lleve a la comisión de “homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos”, es decir aquellos actos repudiables en la guerra y en la paz.

El Estado de Chile se impuso en consecuencia la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de nuestro territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando prohibido disponer medidas que amparen los agravios cometidos contra personas determinadas o para lograr la impunidad de sus autores.

DECIMO: Que los acusados al reclamar la aplicación de la prescripción se asilan en el principio de la seguridad jurídica, pero para refutar tal argumento baste con señalar que la prescripción de la acción penal derivadas de crímenes internacionales no da seguridad jurídica sino que produce el efecto contrario, una increíble inseguridad e incerteza jurídica,

ya que le da al delincuente del crimen internacional garantía de impunidad, que por el transcurso el tiempo quedara liberado de responsabilidad amparado.

UNDECIMO: Que por los mismos fundamentos desarrollados en los motivos anteriores se desestima la amnistía recabada por los acusados.

DUODECIMO: Que favorece al encartado Lecaros Carrasco la minorante de responsabilidad de su irreprochable conducta anterior acreditada suficientemente con su extracto de filiación y antecedentes que rola a fojas 264, la que se calificará por razones humanitarias, atendidas las dolencias de que padece según el informe médico de fojas 1456 y recurriendo a los principios del derecho humanitario que debió tener presente en sus actuaciones...

En cuanto a la minorante de n°9 del artículo 11 se le rechazará por no estar acreditada en autos.

Para la aplicación de la pena se tendrá presente que le beneficia una atenuante muy calificada por lo que se rebajara la pena que corresponde en un grado.

Disintiendo de lo informado por el Ministerio Público Judicial a fojas 1470 por los fundamentos antes referidos, y visto, además, lo prevenido en los artículos 514, 527, 529 y 534 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la sentencia de catorce de agosto pasado que se lee de fojas 1336 a 1418 vuelta, en su parte apelada, y en su lugar se declara que se condena a Claudio Lecaros como autor del delito de homicidio calificado a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA de presidio mayor en su grado mínimo como autor del homicidio calificado de Encina, se le sanciona además con la pena accesorias de y al pago de las costas de la causa..

Se confirma y aprueba en lo demás la aludida sentencia.

Acordada contra el voto del abogado integrante señor Francisco Pinochet Donoso, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada sin modificaciones al tenor de sus propios fundamentos.

Con lo dictaminado, también, por el Fiscal Judicial a fojas 1470, se aprueba la resolución consultada de veintinueve de mayo de dos mil ocho escrita a fojas 1.321.

Redacción del Presidente de la Segunda sala, Ministro don Rodrigo Biel Melgarejo.

Regístrese y devuélvase.

Rol n° 172-08