

Santiago, a catorce de septiembre dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 2182-98, episodio denominado “**Valdivia N°4**” de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el ministro de fuero don Joaquín Billard Acuña, el doce de octubre de dos mil seis, que se lee de fojas 589 a 606, se absolvió a Rubén Darío Aracena González de los cargos que se le formularon en la acusación fiscal de fojas 508, de ser autor de los delitos de **homicidio calificado cometidos en las personas de los hermanos Juan Bautista y Pedro Robinson Fierro Pérez, y de José Víctor Inostroza Ñanco, perpetrados en la ciudad de Valdivia el día 25 de octubre de 1973.**

Impugnado dicho fallo por la vía del recurso de apelación, una de las salas de la referida Corte, por sentencia de doce de noviembre de dos mil ocho, escrita de fojas 659 a 667, desestimó la excepción de prescripción de la acción penal, así como la media prescripción alegadas a favor del encausado, procediendo a revocar el laudo apelado y a declarar que se condena al mentado Aracena González, en calidad de autor de los delitos ya referidos, a sufrir la pena única de presidio perpetuo. Atendida la extensión del castigo impuesto, se le denegó la concesión de beneficios contemplados en la Ley N° 18.216, reconociéndole los abonos que se expresan en el veredicto.

En contra de esta última sentencia la defensa del condenado representada por el abogado señor Mauricio Unda Merino, formalizó recurso de casación en el fondo, basado en el número 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por resolución de diecisiete de marzo último, escrita a fojas 681 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, se tiene presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de la casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

SEGUNDO: Que, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiendo este tribunal que la sentencia en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

TERCERO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número quinto con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”.

CUARTO: Que, la defensa del acusado Aracena González por intermedio de su presentación de fojas 519, solicitó en forma subsidiaria el reconocimiento, entre otras

circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, aquella de la media prescripción contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

QUINTO: Que, a su turno, los jueces de la segunda instancia destinaron parte del raciocinio 11°) para referirse a dicha circunstancia, sin emitir un pronunciamiento fundado y directo al respecto, toda vez que se limitaron a rechazarla, teniendo para ello presente, lo manifestado en otros fundamentos, segundo y noveno, en donde se pronunciaron latamente respecto de una solicitud diferente de los acusados, consistente en reclamar la existencia de una circunstancia extintiva de la responsabilidad penal, como fue la prescripción de la acción de igual carácter.

SEXTO: Que, de lo dicho anteriormente, aparece de manifiesto que los sentenciadores de segundo grado, dejaron en los hechos sin motivación específica el planteamiento y resolución acerca del rechazo a aplicar el artículo 103 del texto penal. De ese modo, no es posible encontrar en el dictamen en estudio, motivo alguno que permita dilucidar las circunstancias que llevaron a los jueces a resolver de la forma en que lo hicieron, lo que prueba la ausencia de los requisitos que ordena la ley, los que conllevan como sanción la nulidad.

SÉPTIMO: Que 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, por lo que para estimar cumplida la exigencia de los numerales 4° y 5° del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, incumbe a los jueces del fondo razonar en términos que permitan comprender las razones que los conducen a dar por probados o bien denegar los hechos invocados por los litigantes.

OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, al revocar el fallo de primer grado y sancionar al encausado como autor de los delitos materia de la acusación judicial, los jueces de segundo grado se limitaron a imponerle la pena privativa de libertad que consideraron apropiada a los hechos probados en la causa, omitiendo dar aplicación al artículo 27 del Código Punitivo que demanda asignar al convicto otras penas accesorias a la principal, lo que significó que el fallo quedase desprovisto, en parte, de la exigencia del numeral 7° del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal que ordena resolver sobre la condena en sus diversas manifestaciones.

NOVENO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el numeral 9° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 500, números 4, 5 y 7 de la misma recopilación, 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 de dicho dictamen, 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 antes citada.

DÉCIMO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, lo descrito en el motivo anterior, y lo dispuesto en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y el 808 de Enjuiciamiento Civil, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo, deducidos por la defensa del acusado Aracena González en lo principal de fojas 670.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 535 y 541 del Código de Procedimiento Penal, **se invalida de oficio** la sentencia de segunda instancia de fecha doce de noviembre de dos mil ocho, escrita a fojas 659 y siguientes, la que por consiguiente es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado Rubén Darío Aracena González a fs. 670 y siguientes.

Regístrese.

Redacción de cargo del ministro señor Ballesteros.

Rol N° 8117-08.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

En Santiago, a catorce de septiembre de dos mil nueve, 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 septiembre dos mil nueve.

En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación, la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos séptimo, octavo y noveno, así como las citas legales de los artículos 93 N° 6, 95 y 96 del Código Penal, que se eliminan.

En las citas legales, se agregan los artículos 11 N° 6, 28, 103 y 391 N° 1, todos del Código Penal, 503, 504 y 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal y 17 de la Ley N° 18.216.

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

PRIMERO: Que, establecida en autos la participación criminal de Rubén Aracena González en calidad de autor de tres delitos de homicidio calificado, perpetrados en la ciudad de Valdivia el 25 de octubre de 1973, con la concluyente prueba analizada en el fallo que se revisa, corresponde hacerse cargo de las alegaciones formuladas por su defensa en su escrito de fojas 519, comenzando por la solicitud de favorecerle la eximente de responsabilidad penal de la prescripción de la acción penal, invocada en primer término como excepción de previo y especial pronunciamiento y, posteriormente, como alegación de fondo. Acto seguido se analizarán las defensas subsidiarias demandadas en el escrito de contestación de la acusación judicial, relativas a la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal y las minorantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar e irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 del Código Penal, requeridas en carácter de muy calificadas, las dos primeras.

SEGUNDO: Que se encuentra probado que los crímenes sublite ocurrieron en días posteriores al 11 de septiembre de 1973, en el contexto de las circunstancias excepcionales extremas por las que atravesaba el país, de gravísima convulsión social, en que, en la fecha en referencia, las Fuerzas Armadas y de Orden destituyeron al Gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende Gossens, asumiendo el ejercicio de las facultades ejecutiva, constituyente y legislativa. En dicha oportunidad la Junta Militar de Gobierno, dictó con fecha del 12 de septiembre de ese año el Decreto Ley No. 5/1.973, por el cual, y como lo consigna a la letra su artículo 1º, ordenaba: “Declarase, interpretando el artículo 418º del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en

general, para todos los demás efectos de dicha legislación.” El consignado “estado de sitio decretado por conmoción interna” a que se refiere la disposición transcrita, dice relación con lo dispuesto en Decreto Ley N° 3/1.973, de 18 de septiembre, que disponía: “ARTICULO UNICO: Declarase a partir de esta fecha, Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operará en la emergencia.” Cabe tener presente que, según consta de los motivos que fundamentan la dictación del Decreto Ley N° 5/1.973, según lo señala explícitamente este cuerpo de ley, la Junta Militar de Gobierno tuvo en consideración, “a) La situación de conmoción interna en que se encuentra el país”, como, “La necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general”.

A título de más decantada ilustración, conceptualización y determinación del marco legal en torno de lo cual gira la materia sublite, el Decreto Ley N° 641/1.974, de 11 de septiembre, estableció en su “ARTICULO UNICO: Declarase que todo el territorio de la República se encuentra en Estado de Sitio, en grado de Defensa Interna, por el plazo de seis meses, a contar desde la publicación del presente decreto ley en el Diario Oficial”, lo cual, a los efectos de su interpretación, debe concatenarse con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 640/1.974, de 10 de septiembre, el que, en lo pertinente precisa: “Artículo 6°. La declaración de Estado de Sitio podrá decretarse en alguno de los siguientes grados: b) Estado de Sitio en grado de Defensa Interna, que procederá en caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”, situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, es decir, hasta el 11 de marzo de 1975.

TERCERO: Que, la existencia del “estado de guerra” es un hecho asentado por esta Corte en diversos fallos, debiendo agregarse que, según lo dispone el artículo 418 del Código de Justicia Militar, “se entiende que hay *estado de guerra*, o que es *tiempo de guerra*, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.” Por tal razón, y como asimismo lo ha concluido esta Corte en diversas sentencias que anteceden a la presente, v.gr., en los autos Rol 3.462-06, “los referidos Decretos Leyes Nos, 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea de forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640./1974. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Además, el Decreto Ley N° 5, interpretó el *estado o tiempo de guerra* para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación” o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos

cincuenta y uno”, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos.”

CUARTO: Que, el examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por la República de Chile por Decreto Supremo N° 752/1.951, de 17, 18, 19 y 20 de abril, llevan a concluir que su aplicación no se agota exclusivamente en lo que dice relación con conflictos armados *entre dos o varias de las Altas Partes contratantes*, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que -y como lo consigna su artículo 3°- alcanzan los casos de *conflicto armado sin carácter de internacional*, situación ésta última concurrente en la especie, como lo ha interpretado en diversos fallos esta Corte.

QUINTO: Que, y como también lo ha concluido este Tribunal, una de las características que presenta este tipo de ilícitos, entre otras, es su *imprescriptibilidad*, en atención a las estipulaciones de las Convenciones de Ginebra, y de la aplicación del Derecho penal internacional en las materias propias de este ámbito de protección, lo que debe tenerse expresamente presente para los efectos aquí pertinentes.

En este sentido el Derecho Internacional Humanitario se contiene en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, ratificados por Chile según Decreto Supremo N° 732/1.951, de 17, 18, 19 y 20 de abril, en la actualidad ratificados por prácticamente todos los países del orbe.

A lo anterior se suma el hecho cierto que esta Corte ya ha acogido el *principio de imprescriptibilidad respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, considerando entre otras razones para ello su cabida y naturaleza en el ámbito del Derecho punitivo universal, como efecto de la ley penal en el espacio y su consecuencia en el tiempo, a cuyos específicos efectos el Convenio IV, de Ginebra, referido a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que en Chile cobró vigor el 21 de octubre de 1.950, manifiesta en su Título IV, denominado “Aplicación del Convenio”: “Artículo 146. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.” A su turno, el “Artículo 147. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del

presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.” Finalmente, en lo que respecta a la cita textual de estas disposiciones de ley, el “Artículo 148. Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.”

Resulta conveniente destacar, *además*, las disposiciones de *ius cogens*, como ocurre con el preámbulo de la Convención de 1.968, cuyo artículo primero es conciso en cuanto a que, los crímenes de guerra (letra a) y de lesa humanidad (letra b) “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.”

SEXTO: Que, nuestro Ordenamiento punitivo establece, como institución a la que concede efectos generales respecto de los delitos, *la prescripción* -tanto de la acción punitiva como de la pena- atribuyéndole la finalidad de “*extinguir la responsabilidad penal*”, en atención expresa del decurso o transcurso del tiempo, como consta del Título V del Libro I del Código Penal, según lo manifiestan los artículos 93 y siguientes pertinentes, siguiendo en este sentido, el baremo humanista adoptado por la legislación punitiva acunada a partir del iluminismo propio de la legislación penal de raigambre liberal.

SÉPTIMO: Que, ocupándose de desentrañar el *thelos* de la institución de la *prescripción*, el destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, Profesor Dr. h.c. Hans Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho Penal español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981), pág. 1.238 y 1.239, razonando en torno de la teoría mixta, “que considere la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo...Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la necesidad de pena, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros, permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total...También desempeñan un papel la idea del ejercicio de derecho de gracia, de la equidad y la necesidad de autolimitación del Estado frente al factor tiempo y al cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no solo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas.”

OCTAVO: Que, el *thelos* de la institución de la prescripción alcanza asimismo acogida en la *seguridad jurídica* como *fin del Derecho*, lo que requiere que en algún momento o instante, en consideración, entre otras, de afinaciones de tiempo, el Estado autolimite su potestad punitiva, situación que no concurre respecto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, debido a que, por la gravedad de los mismos, se vulneran derechos esenciales del ser humano, lo que les sitúa en el ámbito de protección de la Justicia Universal, legitimando su imprescriptibilidad -*acotada ésta a que los referidos crímenes, atendida su naturaleza no queden en la impunidad*- institución ésta -*la de la imprescriptibilidad*- que permite acoger en dicho fin, *cual es el de evitar impunidad*, las más diversas hipótesis de prescripción que pudieren emanar de los actos humanos y que de otra manera conducirían a la extinción de la responsabilidad

penal. Sin embargo, lo expresado no importa ni significa por cierto, la consagración de jure de la atemporalidad, situación ésta ajena al humano acontecer e insondable por tanto a la luz de la razón en cuanto ésta emana de la experiencia.

Sin embargo, la conclusión manifestada en el párrafo que antecede no obsta al reconocimiento del tiempo como elemento objetivo en el arte de juzgar, lo que impulsa al sentenciador al estudio, análisis, y por cierto, aplicación de la institución pertinente -que contemple el decurso- y que en nuestro Ordenamiento de punición no tan solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad, cuyo es el caso de la *“media prescripción”* o *“prescripción gradual”*, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna *la imprescriptibilidad al patrimonio jurídico del Derecho Penal Internacional, sino que más bien, la armonización unívoca de las instituciones de jure vigentes y propias del derecho punitivo interno, con aquellas de jure también vigentes propias del orden punitivo internacional.*

NOVENO: Que, en lo atingente y, como ha sostenido esta Corte en diversas sentencias -RCS N°6212-07; N°1013-08; N° 6.188-06;N° 1.489-07; N° 1.528-06; N° 3.587-05; 559-04; 559-04, entre otras-, 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.

En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquella descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo.

En definitiva, la prescripción gradual constituye una atenuante muy calificada cuyas consecuencias inciden sólo en el rigor del castigo, quedando entregada a la discrecionalidad del tribunal del fondo, disminuir en un grado o dos la pena correspondiente o, simplemente, abstenerse de hacerlo, toda vez que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de determinación de la pena que tiende a favorecer a todo procesado, y cuyo efecto morigerador de la pena en tanto a la rebaja y/o quantum, constituye una facultad privativa del juzgador.

DÉCIMO: Que, en lo atingente, resulta fundamental lo que dispone el Código Penal, al expresar: “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.”.

UNDÉCIMO: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite *-afecto a la imprescriptibilidad-* resulta o no menester aplicar el artículo 103 del Código Penal antes transcrito, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “media

prescripción” o “prescripción gradual” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

DUODÉCIMO: Que, al respecto, se tiene presente que, **a)** la institución de la *media prescripción*, no es una entidad de jure que contemplen todos los ordenamientos 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 afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los Profesores señores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en artículo de la autoría del Profesor de Derecho Penal, don José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002, págs. 103 y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr. Actas, 497), la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro -con horizonte alicorto”; **b)** que, en este mismo orden de consideraciones, los estudiosos están contestes en la flexibilidad que observa nuestro Código punitivo, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1.848., inspirado este -como arguye el muy destacado catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004, Tomo I, págs. 102 y siguientes- en el *eclecticismo* de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro Código punitivo y que ha permitido que en él encuentren cobijo muy diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º, lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, flexibilidad que permite hacer cima (en el sentido de culminación, ápice o punto más alto que alcanzan una cualidad o proceso) en los elevados presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; **c)** que, la República de Chile según los Convenios suscritos, y por aplicación del Derecho punitivo internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, *la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla-* ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría efectos de afectación limitativos severos para el fin de Justicia, más aún sopesando que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad penal “*discrecional*”; **d)** que a título de más luz, y recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al *método histórico*, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “*media prescripción*” -como circunstancia de *atenuación muy calificada de la responsabilidad penal-* se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1.874, esto es, su vigencia alcanza incluso veteranía con mucha o suficiente demasía al acogimiento de la *imprescriptibilidad* o inextinción de la responsabilidad criminal para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad en términos, como se ha indicado, *discrecionales* respecto del Juzgador, encontrándose éste en consecuencia, facultado en su ejercicio conforme a lo menos en base de dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o

miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente; y, e) que, en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte ha acogido la institución consistente en la *media prescripción*, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos rol N° 6.188-06; N° 1.489-07; N° 1.528-06; N° 3.587-05; 559-04; 559-04.

DECIMO TERCERO: Que, del estudio de la “prescripción” o “*prescripción completa*”; y, de la “media prescripción” conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

DÉCIMO CUARTO: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la “prescripción” como la “media prescripción” más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos – *extinción y no extinción* de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” *la extinción de la responsabilidad penal*, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afinándose estrictamente *en la atenuación de la pena*. Así entonces, la “*prescripción completa*” adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “*la media prescripción*” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o 456.

DÉCIMO QUINTO: Que, el hecho que la institución de la “*media prescripción*” se ubique en el Título V del Libro I del texto punitivo, dedicado éste a la “extinción de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de *atenuación*, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicha extinción, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su texto, persigue sólo el modificar, concretamente el atenuar, no el extinguir. Esta situación -de aparente promiscuidad en el sentido de mezcla de las instituciones de jure- no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, v.gr., que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la hermenéutica en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código en comento, en tanto éste los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen *atentados en contra de la vida humana dependiente*, debiendo separarse de otros tipos punitivos disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten la misma cuna. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto

de las figuras punitivas comprendidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son *bienes jurídicos tutelados*, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, *la vida humana; la salud individual o la integridad física; la vida humana y la salud individual; y, el honor*, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, tanto el disipar aquellas aparentes confusiones o espejismos, como el salvar los severos escollos tan propios de la geografía de jure, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un *estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático* encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia, o thelos.

DÉCIMO SEXTO: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, y que precisamente por haber visto ya la luz, nada obsta aquí a la cita de su enjundia- e intitulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que, “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de homicidio calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo conforme se estableció en el motivo 5° del fallo en alzada, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la atenuante consistente en la *media prescripción* que registra el artículo 103 del texto punitivo.

DÉCIMO OCTAVO: Que conforme con lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, ámbito atingente al punto debatido, en el plazo de quince años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, 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 y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y seis meses.

DÉCIMO NOVENO: Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar 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 -25 de octubre de 1973- hasta aquélla en que se interrumpió -28 de marzo de 2001, como consecuencia de la denuncia que dio origen a este proceso-, el término necesario para considerar la circunstancia atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

VIGESIMO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede en consecuencia desestimar el requerimiento de sobreseimiento definitivo por aplicación de la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de reconocer respecto del acusado la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en relación a las demás defensas esgrimidas a favor de Aracena González, se desestimarán las atenuantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, atendido la improcedencia de considerar como una orden de servicio el asesinar a personas que se encontraban en calidad de prisioneras, en una situación de desamparo y privación de sus derechos más elementales, siendo exigible a quien recibe una orden de esa naturaleza negarse a cumplirla o representar su ilegalidad, conducta que por cierto no demostró el encausado.

Sin embargo, favorece al sentenciado la circunstancia de irreprochable conducta anterior, en mérito del extracto de filiación y antecedentes de fojas 452 bis, exento de anotaciones penales pretéritas, atenuante que será estimada como simple o no calificada, en atención a que no se han acreditado en la causa especiales méritos o antecedentes relevantes que conduzcan a considerarla muy calificada, en los términos del artículo 68 bis del Código Punitivo, además que no concurre como única causal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que para la aplicación definitiva de la sanción penal 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 del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.
- b) Que al acusado Aracena González le favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior.
- c) Que le beneficia la atenuante calificada de prescripción gradual.
- d) Que resulta más beneficioso utilizar el sistema de la acumulación jurídica que contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, específicamente la modalidad establecida en su inciso 1°, que le resulta más favorable que imponerle una pena por cada infracción, que procedería si se aplicara el sistema de la acumulación material que prevé el artículo 74 del Código Penal.
- e) En estas condiciones, la pena base es la de presidio mayor en su grado medio y, dado que le beneficia dos atenuantes, sin que le perjudique agravante alguna, se rebajará el quantum de la pena en dos grados -según ya se expresó-, quedando la penalidad en presidio menor en su grado medio, castigo que por la circunstancia de la reiteración, se eleva en un grado, quedando en definitiva, la sanción penal en presidio mayor en su grado mínimo.

VIGÉSIMO TERCERO: 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 623, compartiendo su contenido en cuanto propone la revocación del fallo absolutorio de primer grado y la condena del enjuiciado como autor de los delitos que se han acreditado en el proceso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 28, 29, 391 N°1, del Código Penal, y 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

- I) Que **se desestima** la excepción de prescripción de la acción penal alegada a fojas 519 por la defensa del acusado Aracena González.
- II) Que **se revoca** la sentencia apelada de doce de octubre de dos mil seis, escrita de fojas 589 a 606, y se declara que **se condena a Rubén Darío Aracena González**, a sufrir la pena de **seis años** de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a satisfacer las costas de la causa, como autor de los homicidios calificados perpetrados en las personas de los hermanos Juan Bautista y Pedro Robinson, ambos de apellido Fierro Pérez, y de José Víctor Inostroza Ñanco, ejecutados en la ciudad de Valdivia el 25 de octubre de 1973.

Acordada la condena penal del encausado, con el voto en contra de los Ministros señores **Segura** y **Ballesteros**, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en cuanto acogió la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por su defensa y, por consiguiente, en absolverlo de los capítulos de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

1.- Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 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.

2.- El Sr. 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.

3.- 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...*”

4.- 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. N° 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 II 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.

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

6.- Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto pasado, 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.

7.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad 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.

Para dictar el mencionado Decreto Ley 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.

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 cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia 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, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón 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, el día 12 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían 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 en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

8.- Que el D. L. N° 5, de 1973, ya citado, es claramente insuficiente para acreditar 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 existía un “conflicto armado no internacional” el 12 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que constituye un yerro aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

9.- Que, aún en el evento de estimarse aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por el condenado, 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 Alta Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Alta 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 renunciaciones o

liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

10.- Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

11.- Que, en el caso de 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 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 establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos 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.

12.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

Si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto pasado -según ya se expresó-, no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

13.- Que, en todo caso, la prescripción es una institución amplia y de común aplicación 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.

14.- Que, 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 éstos, así

como 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 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 provocar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

15.- Que, por tratarse de la imputación de sendos delitos de homicidios calificados, cuya sanción es de presidio mayor en sus grados medio a perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

16.- Que consta de estos antecedentes que a la fecha de la presentación de la denuncia que da origen a este proceso -28 de marzo de 2001- el plazo de prescripción para crímenes, como es del caso, ya había transcurrido y según consta del extracto de filiación de Aracena González, rolante a fojas 452 bis de autos, 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.

17.- Que, en efecto, según dispone el artículo 96 del Código Penal, el término de prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, cuyo es el caso en examen.

18.- Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre el día en que se cometieron los delitos y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra del condenado de la causa por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad del sentenciado se había extinguido por la prescripción.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el fallo el ministro Señor Ballesteros.

Rol N° 8117-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

En Santiago, a catorce de septiembre de dos mil nueve, 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.