

Santiago, cinco de septiembre de dos mil siete.

Vistos:

Por sentencia de siete de febrero de dos mil seis, dictada en la causa Rol N° 2182-98, episodio Lago Ranco, por el Ministro Sr. Joaquín Billard Acuña, que rola de fojas 1193 a 1218, se rechazaron las excepciones de amnistía y de prescripción deducidas por la defensa de Héctor Sergio Rivera Bozzo; y se condena a éste como autor del delito de homicidio calificado cometido en las personas de Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfuléf, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González, perpetrado el 16 de octubre de 1973, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas de esta causa. Asimismo, se rechaza, sin costas, por haber existido motivos plausibles para litigar, la demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, interpuesta por las querellantes doña Miriam Luz Ancacura Pafián y doña María Ester Hernández Martínez.

Apelada que fue dicha sentencia por las partes, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de ocho de noviembre de dos mil seis, que se lee de fojas 1279 a 1294, la confirmó, con declaración de que Héctor Sergio Rivera Bozzo queda condenado a la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, como autor de cuatro delitos de secuestro calificado, cometidos en las personas de Cardenio Ancacura Manquián; Teófilo González Calfuléf; Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González, hechos acaecidos el 16 de octubre de 1973, en el pueblo de Lago Ranco, X Región de Los Lagos, a las penas accesorias correspondientes y al pago de las costas de la causa. No se le conceden beneficios de la ley N° 18216, y le servirá de abono el tiempo que estuvo preventivamente privado de libertad, entre el uno de junio y el dos de agosto de dos mil dos. Se confirma, en lo demás apelado, la referida sentencia. Lo anterior se acordó con la prevención del Ministro Sr. Zepeda, quien estuvo por declarar que corresponde aplicar la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por razones de humanidad, que se evidencian también para el encausado atendido el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, por lo que resulta atinente en la especie lo dispuesto en el artículo 103 del código punitivo, en tanto esta disposición no es supuesto de inimputabilidad para el sentenciado, sino sólo de circunstancias atenuantes muy calificadas.

En contra de esta última resolución se alzó la defensa de Rivera Bozzo, deduciendo un recurso de casación en el fondo fundado en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y por resolución de fojas 1328, se ordenó traer los autos en relación para conocer del referido arbitrio procesal.

Considerando:

Primero: Que la defensa de Sergio Rivera Bozzo ha deducido un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segundo grado dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, fundado en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "En que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434", desde que, como excepciones de previo y especial pronunciamiento, mantenidas como defensas de fondo, se alegaron las contempladas en los N°s 6º y 7º de la antes citada norma legal. Concluye pidiendo que se declare nula la sentencia recurrida y, acto continuo y sin nueva vista de la causa, se dicte la correspondiente de reemplazo, y en ella se declare que Rivera Bozzo debe ser absuelto, porque el fallo recurrido incurrió en error de derecho al rechazar la aplicación de la amnistía y la prescripción alegadas por su defensa.

Segundo: Que durante la vista de la causa se advirtió que la sentencia impugnada, al modificar el fallo de primer grado, no se pronunció respecto de la petición efectuada por la defensa de Rivera Bozzo en cuanto a que se le reconociera la institución de la media prescripción, que sí había sido acogida por el sentenciador de primer grado.

Tercero: Que, en efecto, del fallo de segunda instancia se advierte que los sentenciadores omitieron todo razonamiento y decisión expresa, sea favorable o desfavorable, respecto de lo antes señalado. Solamente figura una prevención del Ministro Sr. Zepeda, la que aparece descontextualizada del fallo, desde que no ha habido ningún considerando que haya emitido juicio alguno sobre ese tema, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad formal estatuida en el numeral noveno del artículo 541, en relación con el numeral cuarto del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal, que establece que "La sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán: 4.- 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"; punto sobre el cual fueron invitados a exponer los abogados que comparecieron a estrados a alegar, y así lo hicieron.

Cuarto: Que los tribunales superiores, conociendo por vía de apelación, consulta o apelación o en alguna incidencia, están autorizados legalmente para invalidar de oficio las sentencias cuando de los antecedentes del recurso aparezca que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, facultad que se opta por ejercer en esta oportunidad, con arreglo a lo estatuido por el artículo 535, inciso

primero, del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 775 del de enjuiciamiento civil;

Quinto: Que, en razón de lo antes concluido, se hace innecesario analizar y pronunciarse sobre el recurso de casación en el fondo entablado por la defensa del sentenciado Rivera Bozzo en lo principal de la presentación de fojas 1295, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 541 N° 9°, en concordancia con el artículo 500 N° 4° y 544 del Código de Procedimiento Penal; 764, 765 y 775 de su homónimo de instrucción civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de ocho de noviembre de dos mil seis, que rola de fojas 1279 a 1294, **la que es nula**, y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo de fs. 1.295.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Rol N° 6525-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

I.- SENTENCIA DE REEMPLAZO

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

Santiago, cinco de septiembre de dos mil siete.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su fundamento 15°, que se elimina.

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

1°.- Que, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción penal invocada por la defensa del encausado, ha de tenerse en cuenta que ésta es improcedente conforme a los razonamientos que al efecto contiene la sentencia de segunda instancia, casada de oficio por la resolución que antecede, en sus considerandos 1° a 8°, ambos inclusivos, los cuales se reproducen para tal efecto, conforme lo autoriza el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, en que se razona de acuerdo a las reglas del Derecho Internacional sobre imprescriptibilidad de los crímenes de esta naturaleza;

2°.- Que respecto a la media prescripción, denominada también prescripción gradual, parcial o incompleta, además de lo razonado por el juez de primera instancia en su motivo décimo séptimo, cabe considerar, también, para declarar su concurrencia, el carácter de norma de orden público y, por ende, de aplicación obligatoria para los jueces, que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, por lo que en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, no se advierte ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales ni de *jus cogens* para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. De esta manera, transcurridos que fueron íntegramente los plazos establecidos para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que se la pueda declarar por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se divisa inconveniente para mitigar, como atenuante, la responsabilidad penal que afecta al encausado;

3°.- Que respecto de lo mismo, cabe advertir que si bien el encartado cometió con posterioridad un nuevo simple delito, lo que trae como consecuencia la interrupción del plazo de prescripción que corría en su favor, perdiéndose el ya transcurrido, no es menos cierto que éste ha de empezar nuevamente a correr después de producida la interrupción. En efecto, cabe aquí distinguir entre los efectos de la interrupción del período o plazo de prescripción y los de la suspensión de la misma, a que se refiere el artículo 96 del Código Penal, destacando que cuando se produce la primera –la interrupción– “el tiempo que precedió al evento determinante cae por completo en el vacío, esto es, se pierde y el plazo de prescripción comienza a correr **ex novo et ex integro** (José Luis Guzmán Dálbora, en Texto Comentario del Código Penal Chileno, T.I., Libro 1°, Parte General, pág. 472, con cita de Bettiol). Por su parte, la suspensión determina que el plazo cese de contarse –como efecto de iniciarse el procedimiento

criminal- pero no conlleva la pérdida del tiempo transcurrido, “el cual se considera útil a efectos de la prescripción y se suma al tiempo que sigue al instante en que el motivo de la suspensión cesa”. (Guzmán Dálbora, Ob. cit.); se reinicia entonces el cómputo, como si nunca se hubiera suspendido (no “interrumpido”), cuando se dan las situaciones que el precepto señala. (Sentencia de la Segunda Sala Penal de esta Corte Suprema de fecha 29 de junio de 2006, rol N° 6311-05;

4°.- Que en la situación en estudio –en que el plazo de prescripción es de quince años por tratarse de un crimen a que la ley impone pena de presidio perpetuo- dicho término empieza a correr desde el día en que se cometió el hecho punible, esto es, el 16 de octubre de 1973, mientras que la querrela correspondiente fue presentada el 10 de abril del año 2001, según consta de fojas 24, ordenándose la instrucción del sumario con fecha 2 de noviembre de 2001.

Según consta de los antecedentes, Rivera Bozzo cometió el delito de fraude al Fisco con fecha 06 de abril de 1979, siendo condenado por sentencia de 17 octubre de 1985 a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a una multa de diez por ciento del perjuicio causado y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Por lo tanto, la prescripción se ha interrumpido el 06 de abril de 1979, perdiéndose el tiempo hasta allí transcurrido, el que ha de reiniciarse a contar desde esa data.

En consecuencia, contado el plazo desde esa interrupción, hasta la fecha de presentación de la querrela -10 de abril de 2001- transcurrió en exceso el período de prescripción de quince años establecida por la ley, siendo de advertir que no aparece elemento alguno que permita considerar tal término en la forma contemplada por el artículo 100 del Código Penal, por lo que, ante la imposibilidad de declarar la extinción de la responsabilidad penal por las razones citadas en el fundamento 2° que precede, corresponde acoger la prescripción gradual o media prescripción y considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, lo que permite reducir la pena, lo que se hará en dos grados;

5°.- Que respecto de la tipificación del hecho material descrito en el motivo 12° del fallo en revisión, además de lo allí argumentado, ha de tenerse en cuenta que para concluir como en esa sentencia se hace, esto es, que en la especie se trata de cuatro homicidios calificados –con lo que se modifica el auto de cargos de fs. 874- debe considerarse que se reafirma lo anterior teniendo en cuenta, además, los siguientes elementos de convicción:

- a) a fojas 5 a 7, 12, 136 a 139 y 157 se han agregado las inscripciones de defunción de Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfuléf, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González, cuya data de muerte figura como ocurrida el 16 de octubre de 1973, mismo día en que se ha establecido que ocurrieron los hechos; en igual sentido se refiere el oficio

de fojas 1190, de la Directora Nacional (S) del Servicio de Registro Civil e Identificación;

- b) la existencia de los certificados de defunción de fojas 8 a 11 y 151, de las mismas personas señaladas en el literal anterior, con igual fecha de fallecimiento;
- c) la querrela de fojas 24, de 10 de abril de 2001, interpuesta por Miriam Luz Ancacura Pafián y María Ester Hernández Martínez, donde de manera categórica se afirma que el 16 de octubre de 1973 fueron detenidas y ejecutadas las cuatro personas a bordo de un vapor y sus cuerpos arrojados al lago. Entre otros delitos que estima configurados -y por los cuales ejerce la acción penal- es por el de homicidio calificado, del artículo 391 N° 1 del Código Penal.
- d) el mérito de la orden de investigar de fojas 72, que concluye que fueron ejecutados a bordo de una embarcación menor al interior del lago Ranco;
- e) el contenido de los informes de fojas 144 y siguientes y 253 y siguientes, remitidos por el Secretario Ejecutivo del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, donde señala que Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfulef, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González fueron detenidos el 16 de octubre de 1973 y ejecutados a bordo de un vapor y arrojados sus cuerpos al lago;
- f) el acta de reconstitución de fojas 419 bis, donde Gonzalo Delgado Martínez declara que desde su dormitorio, frente al lago Ranco, escuchó los disparos en ráfaga la noche del 16 de octubre de 1973; y al efectuarse éstos en la referida diligencia, sí se escuchaban en el dormitorio del testigo; a lo que debe agregarse la transcripción de las declaraciones de todos los intervinientes, a fojas 423 y siguientes; y, a fojas 400, Delgado Martínez ratifica sus dichos en el tribunal.
- g) las declaraciones de fojas 45, 47, 199 vuelta, 200, 203, todos contestes en señalar que por averiguaciones efectuadas personalmente o por medio de terceros, supieron que los detenidos habían sido ejecutados y arrojados sus cuerpos al lago. Los familiares de Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfulef, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González dicen que al día siguiente los fueron a buscar a la Tenencia y les informaron que ya no estaban ahí;
- h) los dichos de los testigos que rolan a fojas 45, 47, 200, 202, 204 vuelta, 243, 251, 535 vuelta, quienes están contestes en señalar que en la madrugada del 16 de octubre de 2003 escucharon disparos de armas de fuego automáticas, y al día siguiente se comentó que Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfulef, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González habían sido ejecutados en un vapor en el lago Ranco;

- i) las expresiones de fojas 207 de Hernán Lepe Trujillo, quien señala que a la época de los hechos era Cabo de Carabineros. En octubre llegaron unos marinos quienes detuvieron a González, Hernández, Vega y Ancacura. Solamente participaron marinos en subirlos al barco y llevarlos al interior del lago, pero cuando los familiares les preguntaban por ellos no podían informarles tal cosa por miedo a represalias. Se rumoreaba que les habían disparado en el interior del lago y los habían tirado al agua.
- j) las declaraciones de fojas 327 y 399 de Armando Casanova Aguirre, quien señala que era maquinista del vapor “Valdivia” y cumplía funciones en el lago Ranco. En octubre de 1973 llegaron a buscarlo a su domicilio unos uniformados, que vestían ropas militares y gorros negros, para que operara el barco, diciéndole que iban de pesca, cosa que no les creyó. Al subir al vapor lo encerraron con candado en la sala de máquinas y luego le dieron la orden de avanzar al interior del lago, navegando como tres millas náuticas. Le ordenaron detenerse y luego escuchó movimiento de gente arriba de él y de pronto, disparos de metralleta, en ráfaga, prolongados, pero sin saber cuánto tiempo, lo que le causó gran pánico. Posteriormente, y siempre encerrado con candado, le indicaron que volviera al puerto, dónde le abrieron. No se atrevió a preguntar qué había sucedido. En su casa estaban preocupados porque se habían sentido los disparos, como en todo el pueblo. Encontró gran cantidad de balas, pero no muestras de sangre, porque el barco había sido baldeado.
- k) las declaraciones de Luis Felipe Vera Junemann, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Cristián Edgardo Bórquez Bernucci y Julio Germán Vera Arriagada, quienes en sus dichos reiteran todo lo que los otros declarantes en autos ya han expresado, concordando con las circunstancias y accidentes del delito, esto es, que ellos detuvieron a Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfulef, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo Vega González; los tuvieron en la Tenencia de Carabineros, luego los subieron a un vapor, se internaron en el lago Ranco y procedieron a dispararles ráfaga de metralletas, cayendo sus cuerpos al agua;

6°.- Que los antecedentes anteriores, además de los señalados en el motivo undécimo de la sentencia del tribunal a quo, constitutivos de presunciones judiciales que se ponderan conforme a las reglas correspondientes, permiten tener por legalmente establecidos los hechos y la calificación jurídica que de ellos se hace en los fundamentos Duodécimo y Décimo Tercero del citado fallo, particularmente en cuanto a que en la especie se trata de los delitos de homicidio calificado de Cardenio Ancacura Manquián, de Teófilo González Calfulef, de Manuel Jesús Hernández Inostroza y de Arturo Vega González, previsto y sancionado en el artículo 391 N°s. 1° y 5° del Código Penal, cuyas circunstancias calificantes son la alevosía y la premeditación.

Al efecto, de los antecedentes aparece que ambas circunstancias están

acreditadas, desde que, se sabe, existe la primera, al obrar el hechor a traición o sobre seguro, evitándose para sí todo daño, sin dar al ofendido la oportunidad de defenderse o rechazar el ataque de que es objeto, excediéndose innecesariamente en el uso de los medios para asegurar el resultado, como lo fue la reiteración indiscriminada de impactos de bala sobre los ofendidos, quienes fueron instalados sobre la cubierta del vapor y ametrallados, en ráfaga, por armas automáticas.

Por su parte, la premeditación para cometer un homicidio es la resolución que, a sangre fría y de manera reflexiva, toma el delincuente con anterioridad a la ejecución del hecho. Tal circunstancia es posible apreciar a través de las manifestaciones exteriores tendientes a lograr el objetivo propuesto, lo que en el caso de autos se da claramente con la decisión de sacar a las víctimas de la Tenencia de Carabineros, en donde se encontraban detenidas, llevarlos hasta el vapor que los trasladó hacia el centro del lago y allí, desprovistos éstos de toda forma de defensa, ser ultimados con las armas de fuego ya descritas;

7°.- Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que el delito así configurado se encuentra previsto en el artículo 391 N°s. 1° y 5° del Código Penal, y sancionado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, sin que existan agravantes ni atenuantes que la modifiquen, salvo la circunstancia contemplada en el artículo 103 del código señalado. En tales condiciones, tratándose de cuatro delitos de la misma especie, por aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal se elevará la pena en un grado, para después, en atención a la concurrencia de la media prescripción, se la reducirá en dos, quedando en definitiva con presidio mayor en su grado mínimo, la que se aplicará en su parte menos gravosa.

8°.- Que en la forma antes señalada, esta Corte comparte, en lo sustancial, el parecer del Ministerio Público Judicial quien, en su dictamen de fs. 1.260, estuvo por confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada, lo que se hará, pero con declaración de que la pena a aplicar es la de presidio mayor en su grado mínimo, como ya se dijo. Se complementa, asimismo, el criterio sustentado por ese Ministerio a fs. 1.273 en orden a que debe ser aprobado el sobreseimiento parcial y definitivo de fs. 520.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 28, 391 N°s. 1° y 5° del Código Penal, y 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, se **confirma** la sentencia apelada de siete de febrero de dos mil seis, escrita a fs. 1.193, **con declaración** de que Héctor Sergio Rivera Bozzo **queda condenado** a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su participación de autor en los delitos de homicidio calificado de Cardenio Ancacura Manquián, Teófilo González Calfulef, Manuel Jesús Hernández Inostroza y Arturo

Vega González, cometido en Lago Ranco con fecha 16 de octubre de 1973. Se mantiene, en lo demás, el aludido fallo.

Se previene que el Ministro señor Segura estima que no resulta posible considerar las circunstancias temporales como fundamento para la aplicación de la media prescripción, en desprecio del reconocimiento de la prescripción plena, teniendo presente para ello que la una y la otra aparecen tratadas conjuntamente en el Título V del Libro I del Código Penal, encontrándose en ambos casos el transcurso del tiempo sujeto a la misma reglamentación, iniciándose en el mismo momento, de modo que la existencia de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, de manera que para el evento en que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción, no puede tener cabida la prescripción gradual, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

A la inversa, el Ministro señor Ballesteros estuvo por aplicar la media prescripción a favor de los referidos encausados, considerando que dándose en la especie los requisitos legales para la concurrencia de la prescripción completa, como expresará en su disidencia, desde luego se cumplen aquellos previstos para la media prescripción como causal de disminución de la responsabilidad penal establecida. La circunstancia que, como se dice a continuación, suscribe el voto de minoría que estuvo por revocar la sentencia, y absolver al acusado por la concurrencia de la prescripción, no le inhibe de adherir a que, desechada la prescripción plena, puede sumarse al fallo en orden a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la media prescripción contemplada en el artículo 103, que exige requisitos distintos, que sí se cumplen.

Acordada la condena de Rivera Bozzo contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por su defensa y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor del mencionado encartado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las

situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre el día 16 de octubre de 1973, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal del encartado se presentó el 10 de abril de 2001, según consta a fojas 24, ordenándose la instrucción del sumario con fecha 2 de noviembre del mismo año, prosiguiéndose la investigación hasta llegar a la etapa actual;

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

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

5°.- Que, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren

vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado;

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

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

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 la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las

ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o

grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, 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.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

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

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

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 16 de Octubre de 1973 existía un “conflicto armado no

internacional”, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

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

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar 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” (Grigalbo, 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...” (pág. 44)”

7° Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de

los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. 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, pero este Estatuto no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

II.- En cuanto a la resolución de fs. 520:

Vistos:

Se aprueba la resolución consultada de veinticinco de junio de dos mil dos, escrita a fs. 520.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 6525-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.