

Santiago, veintiuno de julio de dos mil quince.

VISTOS:

En los autos Rol N° 67-2011, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, el Ministerio del Interior, Programa Continuación Ley N° 19.123, dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de ese tribunal de alzada, de diez de noviembre de dos mil catorce, que se lee a fojas 696, que confirmó la decisión de primer grado de cinco de agosto de dos mil catorce, escrita a fojas 629, por la que se absolvió a Luis René Peralta Terán del cargo de ser autor del delito de homicidio de Luis Gaete Celis, ocurrido el 3 de junio de 1974, por encontrarse prescrita la acción penal.

Por decreto de fojas 722 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido se funda en la causal 6ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por haberse decretado sobreseimiento definitivo incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias que contempla el artículo 408 N° 5 del mismo cuerpo legal en relación al artículo 93 N° 6 del Código Penal.

Explica el recurso que los hechos que fijó el tribunal del grado constituyen un delito de lesa humanidad, de lo que deriva que la acción penal para perseguirlo es imprescriptible, como lo señalan las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En concordancia con ello, apunta el recurso, la misma sentencia estableció que el crimen indagado fue ejecutado en “estado o tiempo de guerra”, obviando lo que al efecto estatuyen los Convenios de Ginebra, en particular los artículos 146, 147 y 148 del IV Convenio, sobre Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, disposiciones que en junio de 1974, época de los hechos, estaban incorporadas al ordenamiento jurídico nacional. También destaca el contexto

de comisión del delito, elemento esencial que lo convierte en un crimen de lesa humanidad, pues éste se enmarca dentro de un ataque generalizado contra la población civil, con prescindencia de la militancia u opción política de la víctima o de la existencia de una orden expresa de autoridad.

A la data de los sucesos, continua el recurrente, se configuró en el país una política estatal de represión y de uso indebido de la fuerza por parte de agentes del Estado contra la población civil, ejecutada tanto por los organismos de inteligencia y represión como por las fuerzas armadas y de orden. En ese escenario, en horas de la tarde del 3 de junio de 1974, la víctima ejecutó actos contrarios al orden público y al respeto por la autoridad militar, al circular en un vehículo motorizado en estado de ebriedad por poblaciones militares gritando consignas contra el gobierno, quebrantando los límites impuestos por el gobierno de facto, y luego, al desatender la orden de detenerse que le impartió un uniformado, éste le disparó por la espalda, causándole la muerte.

En tales condiciones, finaliza, la sentencia yerra al declarar prescrita la acción penal ejercida, pues tal es imprescriptible, dada la naturaleza de los sucesos indagados, por lo que solicita la invalidación de la sentencia y, en su reemplazo, se condene al acusado Luis René Peralta Terán como autor material del delito de homicidio simple de Luis Gaete Celis.

Segundo: Que la aplicación errónea de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo por la causal del artículo 546 N° 6 del Código de Procedimiento Penal sólo puede consistir en “haberse decretado sobreseimiento incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en los números 2°, 4°, 5°, 6° y 7° del artículo 408”, lo que no guarda relación con los cuestionamientos descritos en el cuerpo del libelo y con la situación de autos, en que se ha librado fallo definitivo absolutorio.

Tercero: Que, entonces, en los términos planteados, el presente arbitrio debe ser desestimado *in limine*, pues la condición primera y esencial para la procedencia de este medio extraordinario de impugnación es el señalamiento preciso y acertado del motivo de casación en que descansa, ya que la ley sólo lo autoriza por las inobservancias que se enmarquen en determinados errores de derecho que pueden cometerse en la decisión criminal y que el aludido artículo señala en forma taxativa.

En tal virtud, es fuerza reconocer que el presente instrumento de invalidación carece de la determinación que manda la ley, por lo que necesariamente deberá ser rechazado.

Cuarto: Que, no obstante lo razonado precedentemente, con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del de Procedimiento Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del proceso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

Quinto: Que son hechos demostrados en la causa que el 3 de junio de 1974, en horas de la tarde, en circunstancias que dos conscriptos de la Escuela de Infantería de San Bernardo se encontraban de guardia en la Población Militar O'Higgins de dicha comuna, procedieron a fiscalizar a una camioneta que había pasado en varias ocasiones por el lugar, la que les pareció sospechosa; y que el vehículo se dio a la fuga, dándosele alcance a unos metros del lugar y a fin de fiscalizarlo se hizo descender a sus dos ocupantes, momento en el cual se produjo un altercado haciendo uno de los soldados uso de un arma, disparando e hiriendo a uno de ellos, don Luis Gaete Celis, quien resultó con una herida a bala cráneo encefálica con salida de proyectil que le causó la muerte.

Tales sucesos fueron considerados como constitutivos del delito de homicidio simple previsto en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, correspondiéndole al acusado participación en calidad de autor material, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 15 N° 1 del cuerpo legal citado, calificación jurídica que no se ha puesto en duda.

Sexto: Que, en consecuencia, para la adecuada resolución de esta causa es necesario determinar el estatuto al que se encontraba sometida la actuación de los agentes del Estado que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Orden que, en ese entonces, había asumido el mando supremo de la nación tras el golpe de estado de 11 de septiembre de 1973.

Séptimo: Que como ha resuelto de manera reiterada esta Corte desde hace más de un lustro (véase, por todas, la Sentencia Rol N° 3125-04, de 13 de marzo de 2007), parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en “la situación de conmoción interna en que se encuentra el país” y en “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”, en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha

legislación. Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, 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 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Octavo: Que más allá de la forma y nombre que se dé a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con “bandos” los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que, por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (René Astrosa Herrera: “Derecho Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los señalados textos, se agravó con el imperio de la legislación marcial,

la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

Noveno: Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, toda vez que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo 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” y así 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 en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Por lo demás, 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, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

Décimo: Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial

de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra. Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3º común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3º de estos Convenios (CircPlaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, 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 –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo–, 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 órdenes 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. Para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”. Corroborar lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse. Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3º en examen no es

aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

Undécimo: Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente 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.

Duodécimo: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Luis Gaete Celis, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que

hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

Décimo Tercero: Que en el contexto descrito, los hechos que causaron la muerte de Luis Gaete Celis a causa del disparo que hiciera un funcionario policial deben ser calificados como una infracción a lo dispuesto en el Art. 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y por tanto como un delito de lesa humanidad.

En esas circunstancias carece de toda importancia que no se haya establecido formalmente que la muerte de Gaete Celis haya sido la materialización de una orden específica del mando o de niveles superiores del mando, pues el hecho en particular se ejecuta en razón de la existencia de condiciones de conflicto armado no internacional.

Décimo Cuarto: Que como corolario de estas reflexiones, dado el carácter de infracción a la normas de las Convenciones de Ginebra entonces vigentes que tiene la muerte de Luis Gaete Celis, lo que determina la presencia de un delito de lesa humanidad, se debe sostener que los jueces del fondo, al

calificar el hecho como un ilícito común y, por ello, declararlo prescrito, han aplicado erróneamente las normas del derecho interno contenidas los artículos 93 y siguientes del Código Penal.

En efecto, los Convenios de Ginebra de 1949 aplicables a la especie contemplan la obligación del Estado de Chile de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves contempladas en sus cuatro Convenios, y hacerlas comparecer ante sus tribunales, obligaciones cuyo cumplimiento, según la interpretación uniforme de esta Corte Suprema, supone la imposibilidad de aplicar las normas sobre prescripción del Derecho penal común. Tratándose el homicidio en las circunstancias de su Art. 3º común de una de dichas infracciones graves, no cabe en consecuencia aplicar a su respecto las normas de prescripción ordinarias sin incumplir lo dispuesto en tales Convenios, en tanto se mantengan vigentes y no sean denunciados por el Estado de Chile. A ello obliga la disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República en tanto establece que los tratados sobre derechos humanos constituyen un límite para la soberanía nacional, límite que deben respetar tanto los legisladores como este Tribunal, denegando la aplicación de una norma de derecho interno cuando sus efectos resulten contrarios a las obligaciones que en esa materia específica se han elevado por sobre la soberanía del Estado, como sucedería precisamente en la especie si se aplicase la prescripción penal ordinaria a supuestos que el Estado se ha comprometido a juzgar.

Décimo Quinto: Que, en estas condiciones, se configura el vicio de casación en el fondo contemplado en el artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, al aceptarse en la sentencia definitiva la excepción de prescripción de la acción penal alegada por la defensa, lo que ha influido

sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que ha servido de base a una improcedente decisión absolutoria, deficiencia que no puede subsanarse sino con la anulación de la sentencia que la contiene, por lo que, como faculta el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, se invalidará, de oficio, el pronunciamiento de alzada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 500, 535, 546 N° 6° y 547 del Código de Procedimiento Penal, 775 y 778 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que:

I.- se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 700 en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

II.- Se invalida, de oficio, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de diez de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 696, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada la decisión por la cual se anuló de oficio la sentencia, determinándose con ello que los hechos investigados en esta causa constituyen un delito de lesa humanidad y, como consecuencia, que las acciones derivadas del mismo son imprescriptibles, **con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch**, quien estuvo por abstenerse de proceder de ese modo y mantener lo decidido al respecto por el fallo impugnado.

Para resolver de esta forma tiene presente lo que sigue:

1.- Que el concepto de delito de lesa humanidad -conforme aparece del examen de la evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia- implica, por exigencia de su núcleo esencial, que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder -usualmente el Estado o el gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de

los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquel considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin.

2.- Que en el caso de autos no puede establecerse que el hecho pesquisado corresponda a un delito de lesa humanidad, según la mención señalada anteriormente, pues el disparo a la víctima no deriva de la situación general existente en el país a la data de los sucesos a propósito del estado de excepción vigente o bien sea la consecuencia de una acción sistemática de los agentes del Estado en ejercicio de una política de represión, más bien quedó demostrado, como declara la sentencia, que se trató de un suceso aislado, irreflexivo y personal del soldado conscripto Luis Terán, quien, sin razón, dispara contra la víctima, provocándole la muerte.

3.- Que, en tales condiciones, no cabe asignar a lo ocurrido con motivo de los hechos investigados en esta causa las características señaladas en el razonamiento primero de esta disidencia, lo que impide considerar que la muerte de la víctima -del todo lamentable, por cierto- sea resultado de un delito de lesa humanidad y que, por lo mismo, las acciones respectivas que de allí emanan sean imprescriptibles.

Regístrese.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Matus y de la disidencia, su autor.

Rol N° 32.454-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no

obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de julio de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

Santiago, veintiuno de julio de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos Octavo a Undécimo, que se suprimen.

Se mantienen las reflexiones Primera a Quinta y Octava de la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Se reproducen, asimismo, los considerandos Sexto a Duodécimo de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que en relación a las circunstancias eximentes de responsabilidad hechas valer por la defensa, es dable considerar que el temor del padecimiento inminente de un mal -que ha sido alegado al alero del artículo 10 N° 9 del Código Penal-, no guarda relación con los hechos del proceso, pues quedó demostrado que el disparo efectuado por el agente en contra de la víctima se verifica en circunstancias que Gaete Celis se encontraba de espaldas al hechor, ingresando la bala a la zona cráneo encefálica por la parte posterior. La situación de violencia y complejidad que habría determinado su actuar no resultó demostrada, de manera que no se presentará acogida a la indicada eximente ni aun en carácter de incompleta, como se ha solicitado.

En lo que atañe a la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal, tampoco se han acreditado los presupuestos fácticos exigidos para su concurrencia y, además, porque la expresión deber tiene aquí un significado

estrictamente jurídico, lo que supone criterios de adecuación y proporcionalidad, así, sólo sería aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita, esa justificación es inaplicable, por cuanto el acto delictual cometido por orden de un superior, conserva su carácter ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la justificante, impide su reconocimiento como tal, y también como atenuante del 11 N° 1 del Código Penal al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito.

SEGUNDO: Que, en lo que concierne a la minorante del N ° 9 del artículo 11 del Código Penal, se atenúa la pena a quien “ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, aludiendo a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecución por causas independientes de su voluntad. Para la norma en comento, la “colaboración” puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas. Asimismo, tal colaboración ha de ser *sustancial*, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación. En el caso en análisis, las circunstancias de hecho que permitirían configurar la indicada minorante no concurren, pues aun cuando el encausado haya reconocido intervenir en el suceso, para efectos de acreditar su participación punible el tribunal debió acudir a otros elementos de convicción, como aparece del motivo Sexto de la sentencia impugnada, es decir, falta el elemento “sustancial” que requiere la circunstancia en comento.

TERCERO: Que en relación a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, sin perjuicio de los fundamentos expresados para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como

causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes, pues mientras aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, la morigerante, en cambio, -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho penal.

En el caso de la especie fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por la defensa ha transcurrido con creces, por lo que se procederá a morigerar la pena, como faculta el artículo 68 del Código Penal, reduciendo en dos grados el castigo.

CUARTO: Que la pena asignada al delito de homicidio por el cual se condena a Gaete Celis, a la data de los hechos, corresponde a la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, la que será rebajada en dos grados, por la

conurrencia de la minorante especial del artículo 103 del Código Penal, sumada a la irreprochable conducta anterior, que también le favorece, dada la carencia de todo reproche penal con anterioridad a los hechos juzgados en este proceso, por lo cual el hecho punible debe considerarse revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, conforme con lo prevenido en el artículo 68 inciso tercero del citado cuerpo normativo.

QUINTO: Que en virtud de los argumentos antes expresados, se discrepa de la opinión del Fiscal Judicial contenida en el informe de fojas 689, en cuanto estuvo por confirmar el fallo absolutorio de primer grado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 30 y 103 del Código Penal, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se declara:**

I.- Que se revoca la sentencia de cinco de agosto de dos mil catorce, escrita a fojas 629 y siguientes, en cuanto absuelve a Luis René Peralta Terán y en su lugar se declara que se le condena como autor del delito de homicidio simple de Luis Gaete Celis, cometido el 3 de junio de 1974, en esta ciudad, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

En atención a la duración de la pena impuesta, más el hecho de que el condenado goza de irreprochable conducta anterior, se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena, con un plazo de observación igual al de la sanción corporal aplicada.

En caso que deba satisfacer la pena en forma efectiva, le servirá de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa.

Acordada la decisión de reconocer la aplicación de la atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Brito, teniendo en cuenta para ello que por aplicación de las normas del Derecho Internacional, y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie.

Acordada la decisión de condena con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, quien, por los fundamentos expresados en su disidencia al fallo de casación que antecede, estuvo por confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.

Se deja constancia que respecto de la prescripción gradual se produjo dispersión de votos y no se obtuvo acuerdo. En efecto, los ministros de mayoría señores Juica, Künsemüller y Brito, y el Abogado Integrante señor Matus, comparten la decisión de condena, pero al momento de pronunciarse respecto de la minorante, el ministro señor Künsemüller y el Abogado Integrante señor Matus estiman que es procedente la aplicación del artículo 103 del Código Penal, mientras que los ministros señores Juica y Brito disienten de ello, pues no comparten la institución de la media prescripción en este tipo de delitos, razón por la que se llamó a una nueva votación sobre el punto, conforme al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales.

Allí, el Ministro señor Dolmestch reconoció el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si bien estuvo por absolver al acusado, ello no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa postura y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer la procedencia de la morigerante. Con lo anterior se logró mayoría absoluta de votos entre los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller y el Abogado Integrante señor Matus para reconocer en este caso que es procedente la reducción de la sanción, conforme a las prescripciones del artículo 103 del Código Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Matus y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 32.454-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de julio de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.