

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

En estos antecedentes **rol N° 03-02-F** denominados “**San Bernardo III**”, instruidos en primera instancia por el Ministro en visita extraordinaria Sr. Héctor Solís Montiel, se pronunció sentencia de primera instancia el treinta de abril de dos mil ocho, la que está escrita a fs. 3128 y siguientes. Por ella se condenó al acusado Víctor Raúl Pinto Pérez como autor del delito de homicidio calificado **de Manuel Tomás Rojas Fuentes**, perpetrado en fecha no determinada entre el 4 y el 8 de diciembre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a 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, además del pago de las costas de la causa.

Se rechazó (sic) la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por el abogado Sr. Nelson Caucoto contra el Fisco de Chile por haberse acogido la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por este último.

La referida sentencia fue apelada por la defensa del acusado y por la parte querellante, recursos que fueron conocidos por una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, cuyos integrantes por resolución de veintiséis de julio de dos mil diez, que se lee a fs. 3373 y siguientes, decidieron reconocer al acusado la modificatoria especial de la prescripción gradual que señala el artículo 103 del Código Penal, confirmando la sentencia en alzada, pero reduciendo la pena impuesta al condenado a la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Contra esta última sentencia, la defensa del condenado Víctor Pinto Pérez y el representante de los querellantes Manuel Rojas Castillo, Irma Fuentes Acuña y Rosa Castillo Castillo, dedujeron recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación a fs. 3464.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como cuestión previa, se dejará constancia que por aparecer de estos antecedentes, en particular de la audiencia de conciliación que se celebró el día dieciséis de marzo del año en curso -cuya acta original está agregada a fs. 5729 de la causa rol N° 6379-10 y cuya copia se ordenó incorporar a estos antecedentes-, que el Consejo de Defensa del Estado y los querellantes recurrentes de autos, arribaron a una transacción, en cuya virtud el Fisco pagará a cada demandante la suma de cincuenta millones de pesos, se omitirá todo pronunciamiento respecto de la cuestión civil ventilada en estos antecedentes, por desprenderse de aquella transacción, que las partes han puesto término a la controversia en esa materia.

SEGUNDO: Que en el estudio de estos antecedentes se advirtió la existencia de un defecto que podría ser constitutivo de un vicio de casación en la forma y respecto del cual no se invitó a los abogados que concurrieron a estrados a alegar, precisamente por la etapa procesal en que se encontró.

TERCERO: Que en su informe de fs. 3225, el Sr. Fiscal Judicial después de referirse a los argumentos vertidos por el juez de primera instancia para tener por establecido el hecho y la participación del acusado, señaló que sugería la confirmación del fallo.

CUARTO: Que los jueces de segundo grado se explayaron latamente acerca de la procedencia de la denominada media prescripción entre los motivos séptimo a vigésimo

primero de su decisión, circunstancia atenuante especial que en definitiva acogieron a favor del acusado, alterando la pena, lo cual permitiría suponer que se hicieron cargo, sin compartirla, de la estimación fiscal que era proclive a confirmar el fallo en esa parte.

Pero, en el razonamiento vigésimo segundo, los sentenciadores de alzada se limitan a copiar el informe de ese funcionario, para luego explicar que comparten su opinión, salvo en relación al quantum de la pena, a pesar que éste indicó que era su convicción de que sólo le favorecía la atenuante de irreprochable conducta anterior, de modo que no sólo en relación a la entidad de la sanción se discrepó de aquél.

QUINTO: Que, como se advierte de la sola lectura de lo antes referido, los jueces no se hacen cargo de las expresas motivaciones que tuvo en vista el Sr. Fiscal para solicitar se mantuviera la sanción impuesta, como tampoco se ha dado completa y clara explicación de la forma en que arribaron a la pena concreta que se aplica al encausado.

Sobre esto último, cabe adicionar que, atendido el hecho que el Juez de primera instancia no reconoció al acusado la circunstancia especial de la media prescripción, sino sólo la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, al tiempo de establecer la forma en que llegó a la pena que le impuso, dejó claramente establecido en el motivo vigésimo de su sentencia, que beneficiaba al acusado *“una minorante de responsabilidad criminal... por lo que la sanción se aplicará en su grado mínimo...”*, en tanto que en el fallo que se revisa, dado que a la referida atenuante de la irreprochable conducta anterior se sumó la del artículo 103 del Código Penal, los jueces de alzada sostuvieron en el vigésimo primero, primer párrafo, que *“...este tribunal rebajará la pena que resulte en un grado, teniendo en cuenta para ello la modalidad y consecuencias de las figuras penales recriminadas”*.

Sin embargo, la Corte no suprimió el considerando vigésimo de la sentencia de primera instancia, antes mencionado, sino que lo dejó subsistente y aquél resulta incompatible con el extendido en la sentencia impugnada, lo que lleva a que ambos, frente a su contradicción, se anulen y dejan el fallo aún más huérfano de fundamentos sobre la forma de aplicar la pena al acusado.

SEXTO: Que, finalmente, y aún cuando por sí sola no significaría la invalidación del fallo, cabe advertir que estos antecedentes, que tenían asignado el rol N° 465-2008 en el tribunal de alzada y cuya vista se hizo en forma conjunta con los roles 1462-2007 y 350-2008, también de la Corte de Apelaciones de San Miguel, corresponden todos ellos a diferentes cuadernos que se tramitan en forma separada, pero de un mismo rol, el 03-02-F, por el Ministro de Fuero Sr. Héctor Solís y cuya división en cuadernos separados obedece exclusivamente a una cuestión de orden y facilidad de tramitación y fallo, habiéndoseles denominado por diferentes capítulos, como ocurre en la mayoría de las causas de derechos humanos.

No obstante esta artificiosa división, cuyo propósito es la facilidad en el manejo del proceso, no debe conllevar un perjuicio a los condenados, a quienes ha de aplicarse en cuanto sea posible, la disposición del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que ordena *“Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero... Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.”*

“En los casos de inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.”

SÉPTIMO: Que, si bien en este caso, la regulación de la pena en conjunto pudo ser hecha incluso por el juez de primera instancia, encontrándose los tres procesos en vista conjunta ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, ese tribunal se encontraba en posición privilegiada para proceder a la referida unificación, lo que debió hacer en la última sentencia, o bien, en un único fallo, desde que, además, como se lee de fs. 3234, el cinco de junio de dos mil ocho, la Corte de Apelaciones de San Miguel ordenó la vista conjunta y simultánea de los antecedentes 465-2008, con la causa rol N° 1462-2007 y la rol 350-2008, que corresponden a las causas ingreso 6379-10 y 6382-10 de esta Corte Suprema.

OCTAVO: Que los defectos anotados en el razonamiento quinto de esta resolución son constitutivos del vicio que sanciona el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal con la invalidación de la sentencia, por haberse omitido las exigencias que el artículo 500 N° 5 de ese mismo cuerpo procedimental impone a los sentenciadores, así como la regulada en el artículo 514 de dicha compilación procesal, razones por las cuales esta Corte procederá de oficio a corregir el vicio anotado y se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados por los intervinientes, por así disponerlo el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, que se aplica en la especie por orden del legislador contenida en el artículo 535 del código penal adjetivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 541 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 767 y 808 del Código de Procedimiento Civil, **procediendo de oficio esta Corte, se invalida** la sentencia de veintiséis de julio de dos mil diez, escrita a fs. 3373 y siguientes, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Ténganse por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa del acusado Víctor Raúl Pinto Pérez a fs. 3432 y por la parte querellante en lo principal de fs. 3443.

Se omite pronunciamiento sobre la impugnación de la sección civil de la sentencia, en atención a la transacción de que han dado cuenta las partes involucradas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por no actuar de oficio e invalidar la sentencia en alzada porque, a su parecer, la situación destacada no importan los vicios que se aceptan por la mayoría.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, su autor.

Rol N° 6381-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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 ÚNICA DE REEMPLAZO.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de la causa rol N° 6379-10, previa supresión de la letra a) del motivo décimo octavo y de la letra b) del razonamiento vigésimo.

Se reproducen también los considerandos primero a vigésimo quinto de la sentencia anulada con esta misma fecha y escrita desde fs. 5584 a 5615 de la causa rol N° 6379-10. Se reproduce, asimismo, la sentencia apelada de treinta de abril de dos mil ocho, escrita desde fs. 3128 a 3209 de la causa ingreso Corte Suprema rol N° 6381-10, previa supresión de la letra a) del razonamiento décimo octavo y del motivo vigésimo.

De ese mismo ingreso 6381-10, se reproducen de la sentencia invalidada por resolución de esta misma fecha y agregada en esos antecedentes y que se lee desde fs. 3373 a 3388, sus razonamientos primero a vigésimo.

Por último, se reproduce la sentencia en alzada de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita desde fs. 839 a 903 del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6382-10, previa eliminación de la letra a) de su razonamiento décimo noveno y su motivo vigésimo primero. Y se copian también los considerandos primero a vigésimo primero de la sentencia invalidada con esta fecha en esos antecedentes y que rola desde fs. 1039 a 1048.

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

1° Que los expedientes que se han elevado a esta Corte y han sido signados con los números de ingreso 6379-10, 6381-10 y 6382-10 corresponden a un mismo proceso al que se han acumulado diversas investigaciones por hechos ilícitos distintos, pero cometidos todos ellos por un mismo sujeto y que se separaron en cuadernos con diferentes denominaciones para el solo efecto de mejor manejo en su tramitación y de facilidad en su estudio y fallo, lo que no modifica el hecho que se trata de procesos acumulados y respecto de los cuales, naturalmente, es procedente la regla del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, de modo que, en cumplimiento de aquélla y por haberse producido una única vista de esos tres procesos en esta Corte, así como en la Corte de Apelaciones de San Miguel, se pronunciará también una única sentencia de reemplazo.

2° Que por las razones esgrimidas en los considerandos sexto a décimo octavo de la sentencia de alzada anulada, en la causa rol N° 6379-10; en los motivos séptimo a vigésimo del fallo anulado en la causa rol N° 6381-10; y, lo considerado en los fundamentos séptimo a vigésimo primero de la sentencia casada en la causa rol N° 6382-10, y que se han tenido por reproducidas, se desechará la pretensión del Sr. Fiscal Judicial en el sentido de rechazar la institución de la media prescripción a favor del acusado, compartiendo eso sí la decisión de condena, aún cuando no el quantum de la pena.

3° Que, en consecuencia, en los tres procesos sometidos al conocimiento de este tribunal, beneficia al acusado Víctor Pinto Pérez la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta anterior, la que le fue reconocida por el juez de primera instancia y le

favorece también la modificatoria especial de la media prescripción, sin que concurran agravantes en su perjuicio.

4° Que si bien es efectivo que los hechos que se atribuyen al acusado son de grave ignominia y produjeron naturalmente gran dolor a sus familiares por las circunstancias en que se ultimó a las víctimas, tanto por la forma en que se abandonaron sus restos, tales motivos han formado parte de la misma tipificación del delito, al establecerse que se trató de homicidios calificados y, han sido evaluados en la regulación de los perjuicios morales producidos; de modo que tales circunstancias para los efectos de la entidad de la pena, no deben tener mayor influencia salvo que se trata de la reiteración de delitos, porque de otro modo pudiera afectarse el principio del *non bis in idem*.

5° Que en este proceso se ha tenido por establecido el secuestro y homicidio calificado de once obreros ferroviarios, cometidos entre los días 27 y 28 de septiembre de 1973; así como los homicidios calificados de dos conscriptos ocurridos en fecha no determinada entre el 4 y 8 de diciembre de 1973, por lo que el acusado es responsable de trece delitos de homicidio calificado, siendo más favorable para él la imposición de la pena en la forma que señala el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, dado que las diversas infracciones no pueden ser consideradas como un solo delito.

6° Que el delito de homicidio calificado tiene asignada pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Por aplicación de las modificatorias de responsabilidad que le favorecen, en particular de la media prescripción, se le rebajará esa sanción en tres grados, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado medio.

Luego, atendida la reiteración en los ilícitos cometidos, se elevará la sanción en un grado, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado máximo.

7° Que de la forma que se ha expresado, estos Ministros se han hecho cargo de las argumentaciones del señor Fiscal Judicial vertidas en sus informes de fs. 5363 (rol 6379-10), fs. 3225 (rol 6381-10) y fs. 916 (rol 6382-10), las que han sido rechazadas, en particular y como ya se adelantó precedentemente, en cuanto no aceptó la procedencia de la modificatoria especial del artículo 103 del Código Penal y estuvo por elevar o mantener la sanción impuesta al condenado.

8° Que atendida la circunstancia de haberse arribado a una conciliación en materia civil, sin perjuicio que no consta aún su cumplimiento, dado que aquella constituye un equivalente jurisdiccional por el cual las partes han puesto término a la controversia sobre ese tópico, no es preciso abordar tal discusión en este fallo, tal como ya se expresó en las sentencias de casación precedentes.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se confirman** las sentencias de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de los autos ingreso Corte Suprema N° 6379-10, la de treinta de abril de dos mil ocho, escrita a fs. 3128 y siguientes del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6381-10 y la de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita a fs. 839 y siguientes del legajo N° 6382-10 de esta Corte, **con declaración**, que el acusado VÍCTOR RAÚL PINTO PÉREZ queda condenado a la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor en el secuestro y homicidio calificado de Ramón Luis Vivanco Díaz, Adiel Monsalves Martínez, Manuel Zacarías González Vargas, José Leningrado Morales Álvarez, Arturo Koyck Fredes, Joel

Guillermo Silva Oliva, Roberto Segundo Ávila Márquez, Alfredo Acevedo Pereira, Raúl Humberto Castro Caldera, Pedro Enrique Oyarzún Zamorano y Hernán Elías Chamorro, perpetrados entre el 27 y 28 de septiembre de 1973; y los homicidios calificados de Manuel Tomás Rojas Fuentes y René Máximo Martínez Aliste, cometidos en fecha no determinada, entre el 4 y 8 de diciembre de 1973.

Por reunirse a favor del condenado los requisitos que señala el artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años y cumplir con las demás exigencias que esa ley y su reglamento le imponen.

Para el caso que ese beneficio le sea revocado, deberá dar cumplimiento efectivo a la pena corporal aplicada, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce la sentencia que se confirma.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar las sentencias de primera instancia antes referidas, en la parte que rechazaron la excepción de prescripción de la acción penal alegada por la defensa del acusado, acogiéndola y, en consecuencia, estuvieron por absolverlo de las correspondientes acusaciones fiscal y particular, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que correspondan y de que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. Tales

convenios se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

3°.- Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores,

publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho instrumento no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

4°.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

De lo expresado en sus considerandos, se infiere que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón para tener por establecido que en Chile, a la época de

perpetración de los hechos investigados, existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia -los primeros días del mes de febrero de 1983- haya existido en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

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

5º.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

6º.- Que, asimismo, los disidentes -tal como lo expresaron en los autos Rol N° 2079-06- estimamos pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990-1998” Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5º. 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 Pisagüa 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 5º de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (Página 44).

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

8°.- Que, en estos antecedentes se instruyó sumario el 28 de julio de 2000, según consta a fojas 2 del tomo I de estos antecedentes, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó entre los últimos días de septiembre y los primeros días del mes de octubre de 1973, y aún cuando consta del extracto de filiación del enjuiciado rolante a fojas 3207 y 3208, que registra un procesamiento por homicidio en una causa acumulada a la presente y que corresponde a un hecho posterior, de 1985, de igual modo, desde esa última fecha alcanzó a transcurrir el término de prescripción antes del inicio de la acción judicial para pesquisar este hecho.

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

10°.- Con todo lo anterior y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el acusado y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 7, 8 y 9 son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Brito, en concordancia con su opinión contraria a anular de oficio las sentencias que se revisan, estuvo por mantener la pena impuesta por el tribunal de alzada, rechazando la media prescripción aquí acogida a favor del acusado. Para ello tiene presente que la rebaja del castigo que previene la disposición del artículo 103 del Código Penal también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, el previniente no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto, aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo. De esta manera, en su concepto, para la determinación de la pena que corresponde imponer al encausado sólo se debe tener en cuenta la atenuante del artículo 11 N° 6, del cuerpo legal citado, y el sistema de determinación de pena reglado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que resulta más beneficioso. Así, estuvo por mantener al acusado, la pena impuesta por el juez de primera instancia.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor Jacob, acepta reconocer al encausado la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal y con su mérito rebajar la pena sólo en dos grados y con el aumento de uno por la reiteración, estuvo por aplicarle siete años de presidio mayor en su grado mínimo, con más las accesorias legales y la condena en costas.

Para acordar la sanción que en definitiva se impone al encausado, se deja constancia que efectivamente existió mayoría legal para condenar al acusado, puesto que sólo los

Ministros señores Segura y Ballesteros eran de opinión de absolverlo, por aplicación de la prescripción de la acción penal. En cambio, para la regulación de la pena, el Ministro Sr. Dolmestch estaba por rebajarla en los términos ya referidos, atendida la concurrencia de la media prescripción, en tanto que los Ministros señores Brito y Jacob estuvieron, el primero, por mantener las sanciones impuestas en la instancia, y el segundo, por reducirla sólo en dos grados.

Ante la discordancia de opinión y dando aplicación a las reglas de los acuerdos, los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, cuya opinión de declarar prescrita la acción penal y, en consecuencia, absolver al acusado, fue desechada, en la siguiente votación se adhieren a la posición más favorable al reo, sosteniendo que ésta resulta más consecuente con su primer parecer. De la manera expresada, se zanjó la discordia producida, obteniéndose fallo por mayoría de votos.

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

Agréguese copia autorizada de esta sentencia a los procesos rol N° 6381-10 y 6382-10 e ingrésense al sistema computacional.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia y prevenciones, sus autores.

Rol N° 6379-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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.

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 03-02-F denominados “San Bernardo”, instruidos en primera instancia por el Ministro en Visita Extraordinaria Sr. Héctor Solís Montiel, se pronunció sentencia de primera instancia el once de agosto de dos mil siete, la que está escrita a fs. 5239 y siguientes. Por ella se condenó al acusado Víctor Raúl Pinto Pérez como autor de los delitos reiterados de secuestro y homicidio calificado en las personas de Ramón Luis Vivanco Díaz, Adiel Monsalves Martínez, Manuel Zacarías González Vargas, José Leningrado Morales Álvarez, Arturo Koyck Fredes, Joel Guillermo Silva Oliva, Roberto Segundo Ávila Márquez, Alfredo Acevedo Pereira, Raúl Humberto Castro Caldera, Pedro Enrique Oyarzún Zamorano y Hernán Elías Chamorro Monardes, perpetrados entre los días 27 y 28 de septiembre de 1973, a la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a 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, además del pago de las costas de la causa.

Se rechazó (sic) la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por el abogado Sr. Nelson Caucoto contra el Fisco de Chile por haberse acogido la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por ese demandado; como asimismo, se rechazó la demanda civil deducida por el abogado Sr. Eduardo Contreras Mella contra el acusado, por encontrarse prescrita la acción para ello.

La referida sentencia fue apelada por la defensa del acusado y por las partes querellantes, recursos que fueron conocidos por una Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, cuyos integrantes decidieron reconocer al acusado la modificatoria especial de la prescripción gradual que señala el artículo 103 del Código Penal, de modo que sólo en esta parte revocaron la sentencia en alzada, confirmándola en lo demás, reduciendo la pena impuesta al condenado a la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Contra esta última sentencia, la defensa del condenado Víctor Pinto Pérez y el representante de los querellantes Julia Escobar, Gladys Ibáñez, Marina Riveros, Claudina Campos, Fernando Ávila, Alfredo Acevedo, Salomón Silva y Marta Maldonado, dedujeron recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación a fs. 5674.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como cuestión previa, se dejará constancia que por aparecer de estos antecedentes, en particular de la audiencia de conciliación que se celebró el día dieciséis de marzo del año en curso, cuya acta está agregada a fs. 5729, que el Consejo de Defensa del

Estado y los querellantes recurrentes de autos, arribaron a una transacción, en cuya virtud el Fisco pagará a cada demandante la suma de cincuenta millones de pesos, se omitirá todo pronunciamiento respecto de la cuestión civil ventilada en estos antecedentes, por desprenderse de aquella transacción que las partes han puesto término a la controversia en esa materia.

SEGUNDO: Que en el estudio de estos antecedentes se advirtió la existencia de un defecto que podría ser constitutivo de un vicio de casación en la forma y respecto del cual no se invitó a los abogados que concurrieron a estrados a alegar, precisamente por la etapa procesal en que se encontró.

TERCERO: Que, como se lee del informe del Sr. Fiscal Judicial de fs. 5363, en el que, además de referirse a los antecedentes considerados para arribar a la convicción respecto a la autoría de Víctor Pinto Pérez en los hechos investigados, agregó que, atendida la circunstancia de que éste era la persona que daba las órdenes de fusilamiento; y que compartía la decisión del sentenciador de primera instancia en cuanto a acoger en su favor sólo la atenuante de la conducta pretérita irreprochable, en relación a la pena concreta, precisó que coincidía con él en que lo correcto era dar aplicación al sistema establecido en el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, pero que la entidad del castigo no era la adecuada, teniendo en consideración “...*la forma ignominiosa que fueron ultimados, por las secuelas perniciosas que han sufrido sus familiares, alguna de las cuales encontraron a sus familiares botados en la rivera del Río Maipo o bien enterrados en forma clandestina, más aún cuando el imputado ha negado en forma reiterada hechos que son públicos y notorios respecto de las funciones que desempeñó durante el período que ocurrieron los hechos...*”. Tales razones le llevaron a sugerir que se eleve la pena impuesta a la de veinte años de presidio mayor en su grado máximo.

CUARTO: Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 514, inciso final, del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe hacerse cargo en su fallo de las observaciones y conclusiones formuladas por el Fiscal Judicial, exigencia que constituye un requisito de forma de la sentencia de alzada, por lo que su omisión representa una de las infracciones a que se refiere el artículo 541 N° 9 del mismo cuerpo normativo.

QUINTO: Que, al efecto, si bien es cierto que los jueces de segundo grado se explayaron latamente acerca de la procedencia de la denominada media prescripción, entre los motivos sexto a vigésimo tercero de su decisión, circunstancia atenuante especial que en definitiva acogieron a favor del acusado, alterando la pena, lo cual permitiría suponer que se hicieron cargo, sin compartirla, de la estimación fiscal que era proclive a confirmar el fallo en esa parte, ocurre que luego, en el razonamiento cuadragésimo primero, los sentenciadores de alzada se limitan a copiar el informe de ese funcionario, para luego, en el considerando cuadragésimo segundo, señalar que comparten lo informado por aquél y que revocarán el fallo, sólo en la parte que se había rechazado la atenuante del artículo 103 del Código Penal.

En el párrafo cuadragésimo tercero se señala que se hará aplicación de la sanción corporal de acuerdo a “las normas legales que regulan la materia”, teniendo en consideración el instituto de la prescripción gradual, el artículo 68 inciso tercero del Código Penal y lo señalado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, rebajando la pena en un grado.

SEXTO: Que, como se advierte de la sola lectura de lo antes referido, los jueces no se hacen cargo de las expresas motivaciones que tuvo en vista el Sr. Fiscal para solicitar el aumento de la sanción impuesta de quince años y un día a veinte años de presidio mayor en

su grado máximo, como tampoco se ha dado completa y clara explicación de la forma en que arribaron a la pena concreta que se aplica al encausado.

Sobre esto último, cabe adicionar que, atendido el hecho que el Juez de primera instancia no reconoció al acusado la circunstancia especial de la media prescripción, sino sólo la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, al tiempo de establecer la forma en que llegó a la pena que le impuso, dejó claramente establecido en el motivo vigésimo de su sentencia, letra b.-, que beneficiaba al acusado *“una minorante de responsabilidad criminal... por lo que la sanción se aplicará en su grado mínimo...”*, en tanto que en el fallo que se revisa, dado que a la referida atenuante de la irreprochable conducta anterior se sumó la del artículo 103 del Código Penal, los jueces de alzada sostuvieron en el cuadragésimo tercero, parte final, que *“...se procederá a rebajar la pena en un grado de acuerdo a lo razonado...”*.

Sin embargo, la Corte no suprimió el literal b) del considerando vigésimo de la sentencia de primera instancia, sino que lo dejó subsistente y aquél resulta incompatible con el extendido en la sentencia impugnada, lo que lleva a que ambos, frente a su contradicción, se anulen y dejan el fallo aún más huérfano de fundamentos sobre la forma de aplicar la pena al acusado.

SÉPTIMO: Que, finalmente, y aún cuando por sí sola no significaría la invalidación del fallo, cabe advertir que estos antecedentes, que tenían asignado el rol N° 1462-2007 en el tribunal de alzada y cuya vista se hizo en forma conjunta con los roles 465-2008 y 350-2008, también de la Corte de Apelaciones de San Miguel, corresponden todos ellos a diferentes cuadernos que se tramitan en forma separada, pero de un mismo rol, el 03-02-F, por el Ministro de Fuero Sr. Héctor Solís y cuya división en cuadernos separados obedece exclusivamente a una cuestión de orden y facilidad de tramitación y fallo, habiéndoseles denominado por diferentes capítulos, como ocurre en la mayoría de las causas de derechos humanos.

No obstante esta artificiosa división, cuyo propósito es la facilidad en el manejo del proceso, no debe conllevar un perjuicio a los condenados, a quienes ha de aplicarse en cuanto sea posible, la disposición del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que ordena *“Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero... Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.”*

“En los casos de inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.”

OCTAVO: Que, si bien en este caso, la regulación de la pena en conjunto pudo ser hecha incluso por el juez de primera instancia, encontrándose los tres procesos en vista conjunta ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, ese tribunal se encontraba en posición privilegiada para proceder a la referida unificación, lo que debió hacer en la última sentencia, o bien, en un único fallo, desde que, además, como se lee de fs. 5417, el trece de mayo de dos mil ocho, la Corte de Apelaciones de San Miguel ordenó la vista conjunta y simultánea de los antecedentes 1462-2007 con la rol 350-2008, que corresponde a la causa ingreso 6382-10 de esta Corte Suprema.

NOVENO: Que los defectos anotados en el razonamiento sexto de esta resolución son constitutivos del vicio que sanciona el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal con la invalidación de la sentencia, por haberse omitido las exigencias que el artículo 500 N° 5 de ese mismo cuerpo procedimental impone a los sentenciadores, así como la regulada en el

artículo 514 de dicha compilación procesal, razones por las cuales esta Corte procederá de oficio a corregir el vicio anotado y se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados por los intervinientes, por así disponerlo el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, que se aplica en la especie por orden del legislador contenida en el artículo 535 del código penal adjetivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 541 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 767 y 808 del Código de Procedimiento Civil, **procediendo de oficio esta Corte, se invalida** la sentencia de veintiséis de julio de dos mil diez, escrita a fs. 5584 y siguientes, **sólo en lo que dice** relación con la decisión pronunciada en estos autos y no con la apelación de la negativa a la reapertura del sumario por la muerte de Eduardo Campos Barra.

En la parte anulada, se reemplaza la sentencia por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Ténganse por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa del acusado Víctor Raúl Pinto Pérez a fs. 5643 y por la parte querellante en lo principal de fs. 5654.

Se omite pronunciamiento sobre la impugnación de la sección civil de la sentencia, en atención a la transacción de que han dado cuenta las partes involucradas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por no actuar de oficio e invalidar la sentencia en alzada porque, a su parecer, la situación destacada no importan los vicios que se aceptan por la mayoría.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, su autor.

Rol N° 6379-10

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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 ÚNICA DE REEMPLAZO.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.
Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de la causa rol N° 6379-10, previa supresión de la letra a) del motivo décimo octavo y de la letra b) del razonamiento vigésimo.

Se reproducen también los considerandos primero a vigésimo quinto de la sentencia anulada con esta misma fecha y escrita desde fs. 5584 a 5615 de la causa rol N° 6379-10. Se reproduce, asimismo, la sentencia apelada de treinta de abril de dos mil ocho, escrita desde fs. 3128 a 3209 de la causa ingreso Corte Suprema rol N° 6381-10, previa supresión de la letra a) del razonamiento décimo octavo y del motivo vigésimo.

De ese mismo ingreso 6381-10, se reproducen de la sentencia invalidada por resolución de esta misma fecha y agregada en esos antecedentes y que se lee desde fs. 3373 a 3388, sus razonamientos primero a vigésimo.

Por último, se reproduce la sentencia en alzada de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita desde fs. 839 a 903 del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6382-10, previa eliminación de la letra a) de su razonamiento décimo noveno y su motivo vigésimo primero. Y se copian también los considerandos primero a vigésimo primero de la sentencia invalidada con esta fecha en esos antecedentes y que rola desde fs. 1039 a 1048.

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

1° Que los expedientes que se han elevado a esta Corte y han sido signados con los números de ingreso 6379-10, 6381-10 y 6382-10 corresponden a un mismo proceso al que se han acumulado diversas investigaciones por hechos ilícitos distintos, pero cometidos todos ellos por un mismo sujeto y que se separaron en cuadernos con diferentes denominaciones para el solo efecto de mejor manejo en su tramitación y de facilidad en su estudio y fallo, lo que no modifica el hecho que se trata de procesos acumulados y respecto de los cuales, naturalmente, es procedente la regla del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, de modo que, en cumplimiento de aquélla y por haberse producido una única vista de esos tres procesos en esta Corte, así como en la Corte de Apelaciones de San Miguel, se pronunciará también una única sentencia de reemplazo.

2° Que por las razones esgrimidas en los considerandos sexto a décimo octavo de la sentencia de alzada anulada, en la causa rol N° 6379-10; en los motivos séptimo a vigésimo del fallo anulado en la causa rol N° 6381-10; y, lo considerado en los fundamentos séptimo a vigésimo primero de la sentencia casada en la causa rol N° 6382-10, y que se han tenido por reproducidas, se desechará la pretensión del Sr. Fiscal Judicial en el sentido de rechazar la institución de la media prescripción a favor del acusado, compartiendo eso sí la decisión de condena, aún cuando no el quantum de la pena.

3° Que, en consecuencia, en los tres procesos sometidos al conocimiento de este tribunal, beneficia al acusado Víctor Pinto Pérez la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta anterior, la que le fue reconocida por el juez de primera instancia y le favorece también la modificatoria especial de la media prescripción, sin que concurran agravantes en su perjuicio.

4° Que si bien es efectivo que los hechos que se atribuyen al acusado son de grave ignominia y produjeron naturalmente gran dolor a sus familiares por las circunstancias en que se ultimó a las víctimas, tanto por la forma en que se abandonaron sus restos, tales motivos han formado parte de la misma tipificación del delito, al establecerse que se trató de homicidios calificados y, han sido evaluados en la regulación de los perjuicios morales producidos; de modo que tales circunstancias para los efectos de la entidad de la pena, no deben tener mayor influencia salvo que se trata de la reiteración de delitos, porque de otro modo pudiera afectarse el principio del *non bis in idem*.

5° Que en este proceso se ha tenido por establecido el secuestro y homicidio calificado de once obreros ferroviarios, cometidos entre los días 27 y 28 de septiembre de 1973; así como los homicidios calificados de dos conscriptos ocurridos en fecha no determinada entre el 4 y 8 de diciembre de 1973, por lo que el acusado es responsable de trece delitos de homicidio calificado, siendo más favorable para él la imposición de la pena en la forma que señala el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, dado que las diversas infracciones no pueden ser consideradas como un solo delito.

6° Que el delito de homicidio calificado tiene asignada pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Por aplicación de las modificatorias de responsabilidad que le favorecen, en particular de la media prescripción, se le rebajará esa sanción en tres grados, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado medio.

Luego, atendida la reiteración en los ilícitos cometidos, se elevará la sanción en un grado, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado máximo.

7° Que de la forma que se ha expresado, estos Ministros se han hecho cargo de las argumentaciones del señor Fiscal Judicial vertidas en sus informes de fs. 5363 (rol 6379-10), fs. 3225 (rol 6381-10) y fs. 916 (rol 6382-10), las que han sido rechazadas, en particular y como ya se adelantó precedentemente, en cuanto no aceptó la procedencia de la modificatoria especial del artículo 103 del Código Penal y estuvo por elevar o mantener la sanción impuesta al condenado.

8° Que atendida la circunstancia de haberse arribado a una conciliación en materia civil, sin perjuicio que no consta aún su cumplimiento, dado que aquella constituye un equivalente jurisdiccional por el cual las partes han puesto término a la controversia sobre ese tópico, no es preciso abordar tal discusión en este fallo, tal como ya se expresó en las sentencias de casación precedentes.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se confirman** las sentencias de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de los autos ingreso Corte Suprema N° 6379-10, la de treinta de abril de dos mil ocho, escrita a fs. 3128 y siguientes del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6381-10 y la de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita a fs. 839 y siguientes del legajo N° 6382-10 de esta Corte, **con declaración**, que el acusado VÍCTOR RAÚL PINTO PÉREZ queda condenado a la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor en el secuestro y homicidio calificado de Ramón Luis Vivanco Díaz, Adiel Monsalves Martínez, Manuel Zacarías González Vargas, José Leningrado Morales Álvarez, Arturo Koyck Fredes, Joel Guillermo Silva Oliva, Roberto Segundo Ávila Márquez, Alfredo Acevedo Pereira, Raúl Humberto Castro Caldera, Pedro Enrique Oyarzún Zamorano y Hernán Elías Chamorro,

perpetrados entre el 27 y 28 de septiembre de 1973; y los homicidios calificados de Manuel Tomás Rojas Fuentes y René Máximo Martínez Aliste, cometidos en fecha no determinada, entre el 4 y 8 de diciembre de 1973.

Por reunirse a favor del condenado los requisitos que señala el artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años y cumplir con las demás exigencias que esa ley y su reglamento le imponen.

Para el caso que ese beneficio le sea revocado, deberá dar cumplimiento efectivo a la pena corporal aplicada, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce la sentencia que se confirma.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar las sentencias de primera instancia antes referidas, en la parte que rechazaron la excepción de prescripción de la acción penal alegada por la defensa del acusado, acogiéndola y, en consecuencia, estuvieron por absolverlo de las correspondientes acusaciones fiscal y particular, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que correspondan y de que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. Tales convenios se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas

(artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

3°.- Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que

se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho instrumento no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

4°.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia -los primeros días del mes de febrero de 1983- haya existido en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

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

5°.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

6°.- Que, asimismo, los disidentes -tal como lo expresaron en los autos Rol N° 2079-06- estimamos pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990-1998” Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (Página 44).

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

8°.- Que, en estos antecedentes se instruyó sumario el 28 de julio de 2000, según consta a fojas 2 del tomo I de estos antecedentes, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó entre los últimos días de septiembre y los primeros días del mes de octubre de 1973, y aún cuando consta del extracto de filiación del enjuiciado rolante a fojas 3207 y 3208, que registra un procesamiento por homicidio en una causa acumulada a la presente y que corresponde a un hecho posterior, de 1985, de igual modo, desde esa última fecha alcanzó a transcurrir el término de prescripción antes del inicio de la acción judicial para pesquisar este hecho.

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

10°.- Con todo lo anterior y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el acusado y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 7, 8 y 9 son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Brito, en concordancia con su opinión contraria a anular de oficio las sentencias que se revisan, estuvo por mantener la pena impuesta por el tribunal de alzada, rechazando la media prescripción aquí acogida a favor del acusado. Para ello tiene presente que la rebaja del castigo que previene la disposición del artículo 103 del Código Penal también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, el previniente no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto, aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo. De esta manera, en su concepto, para la determinación de la pena que corresponde imponer al encausado sólo se debe tener en cuenta la atenuante del artículo 11 N° 6, del cuerpo legal citado, y el sistema de determinación de pena reglado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que resulta más beneficioso. Así, estuvo por mantener al acusado, la pena impuesta por el juez de primera instancia.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor Jacob, acepta reconocer al encausado la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal y con su mérito rebajar la pena sólo en dos grados y con el aumento de uno por la reiteración, estuvo por aplicarle siete años de presidio mayor en su grado mínimo, con más las accesorias legales y la condena en costas.

Para acordar la sanción que en definitiva se impone al encausado, se deja constancia que efectivamente existió mayoría legal para condenar al acusado, puesto que sólo los Ministros señores Segura y Ballesteros eran de opinión de absolverlo, por aplicación de la prescripción de la acción penal. En cambio, para la regulación de la pena, el Ministro Sr. Dolmestch estaba por rebajarla en los términos ya referidos, atendida la concurrencia de la

media prescripción, en tanto que los Ministros señores Brito y Jacob estuvieron, el primero, por mantener las sanciones impuestas en la instancia, y el segundo, por reducirla sólo en dos grados.

Ante la discordancia de opinión y dando aplicación a las reglas de los acuerdos, los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, cuya opinión de declarar prescrita la acción penal y, en consecuencia, absolver al acusado, fue desechada, en la siguiente votación se adhieren a la posición más favorable al reo, sosteniendo que ésta resulta más consecuente con su primer parecer. De la manera expresada, se zanjó la discordia producida, obteniéndose fallo por mayoría de votos.

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

Agréguese copia autorizada de esta sentencia a los procesos rol N° 6381-10 y 6382-10 e ingrésense al sistema computacional.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia y prevenciones, sus autores.

Rol N° 6379-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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.

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 03-02-F denominados “San Bernardo V”, instruidos en primera instancia por el Ministro en visita extraordinaria Sr. Héctor Solís Montiel, se pronunció sentencia de primera instancia el treinta y uno de marzo de dos mil ocho, la que está escrita a fs. 839 y siguientes. Por ella se condenó al acusado Víctor Raúl Pinto Pérez como autor del delito de homicidio calificado de René Máximo Martínez Aliste, perpetrado en fecha no determinada entre el 4 y el 8 de diciembre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a 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, además del pago de las costas de la causa.

La referida sentencia fue apelada por la defensa del acusado, recurso que fue conocido por una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, cuyos integrantes por resolución de veintiséis de julio de dos mil diez, que se lee a fs. 1039 y siguientes, decidieron reconocer al acusado la modificatoria especial de la prescripción gradual que señala el artículo 103 del Código Penal y, en consecuencia, confirmaron la sentencia en alzada, pero reduciendo la pena impuesta al condenado a la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Contra esta última sentencia, la defensa del condenado Víctor Pinto Pérez dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación a fs. 1115.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el estudio de estos antecedentes se advirtió la existencia de un defecto que podría ser constitutivo de un vicio de casación en la forma y respecto del cual no se invitó a los abogados que concurrieron a estrados a alegar, precisamente por la etapa procesal en que se encontró.

SEGUNDO: Que en su informe de fs. 916, el Sr. Fiscal Judicial después de referirse a los argumentos vertidos por el juez de primera instancia para tener por establecido el hecho y la participación del acusado, señaló que sugería la confirmación del fallo, imponiéndose la sanción en el mínimo por concurrir sólo una atenuante de responsabilidad penal, cual era la de su irreprochable conducta anterior.

TERCERO: Que los jueces de segundo grado se explayaron latamente acerca de la procedencia de la denominada media prescripción entre los motivos séptimo a vigésimo primero de su decisión, circunstancia atenuante especial que en definitiva acogieron a favor del acusado, alterando la pena, lo cual permitiría suponer que se hicieron cargo, sin compartirla, de la estimación fiscal que era proclive a confirmar el fallo en esa parte.

Pero, en el razonamiento vigésimo tercero, los sentenciadores de alzada se limitan a copiar el informe de ese funcionario, para luego, explicar que comparten su opinión, salvo en

relación al quantum de la pena, a pesar que éste indicó que era su convicción que sólo le favorecía la atenuante de la irreprochable conducta anterior, de modo que no sólo en relación a la entidad de la sanción se discrepó de aquél.

CUARTO: Que, como se advierte de la sola lectura de lo antes referido, los jueces no se hacen cargo de las expresas motivaciones que tuvo en vista el Sr. Fiscal para solicitar se mantuviera la sanción impuesta, como tampoco se ha dado completa y clara explicación de la forma en que arribaron a la pena concreta que se aplica al encausado.

Sobre esto último, cabe adicionar que, atendido el hecho que el Juez de primera instancia no reconoció al acusado la circunstancia especial de la media prescripción, sino sólo la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, al tiempo de establecer la forma en que llegó a la pena que le impuso, dejó claramente establecido en el motivo vigésimo primero de su sentencia, que beneficiaba al acusado *“una minorante de responsabilidad criminal... por lo que la sanción se aplicará en su grado mínimo...”*, en tanto que en el fallo que se revisa, dado que a la referida atenuante de la irreprochable conducta anterior se sumó la del artículo 103 del Código Penal, los jueces de alzada sostuvieron en el vigésimo cuarto, que *“...estos sentenciadores rebajarán en un grado la pena que resulte”*.

Sin embargo, la Corte no suprimió el considerando vigésimo primero de la sentencia de primera instancia, antes mencionado, sino que lo dejó subsistente y aquél resulta incompatible con el extendido en la sentencia impugnada, lo que lleva a que ambos, frente a su contradicción, se anulen y dejan el fallo aún más huérfano de fundamentos sobre la forma de aplicar la pena al acusado.

QUINTO: Que, finalmente, y aún cuando por sí sola no significaría la invalidación del fallo, cabe advertir que estos antecedentes, que tenían asignado el rol N° 350-2008 en el tribunal de alzada y cuya vista se hizo en forma conjunta con los roles 1462-2007 y 465-2008, también de la Corte de Apelaciones de San Miguel, corresponden todos ellos a diferentes cuadernos que se tramitan en forma separada, pero de un mismo rol, el 03-02-F, por el Ministro de Fuero Sr. Héctor Solís y cuya división en cuadernos separados obedece exclusivamente a una cuestión de orden y facilidad de tramitación y fallo, habiéndoseles denominado por diferentes capítulos, como ocurre en la mayoría de las causas de derechos humanos.

No obstante esta artificiosa división, cuyo propósito es la facilidad en el manejo del proceso, no debe conllevar un perjuicio a los condenados, a quienes ha de aplicarse en cuanto sea posible, la disposición del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que ordena *“Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero... Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.”*

“En los casos de inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.”

SEXTO: Que si bien en este caso, la regulación de la pena en conjunto pudo ser hecha incluso por el juez de primera instancia, encontrándose los tres procesos en vista conjunta ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, ese tribunal se encontraba en posición privilegiada para proceder a la referida unificación, lo que debió hacer en la última sentencia, o bien, en un único fallo, desde que, además, como se lee de fs. 921 y 922, por resoluciones de trece de mayo y cinco de junio, ambas de dos mil ocho, la Corte de Apelaciones de San Miguel ordenó la vista conjunta y simultánea de estos antecedentes 350-2008, con la causa

rol N° 1462-2007 y la rol 465-2008, que corresponden a las causas ingreso 6379-10 y 6381-10 de esta Corte Suprema.

SÉPTIMO: Que los defectos anotados en el razonamiento quinto de esta resolución son constitutivos del vicio que sanciona el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal con la invalidación de la sentencia, por haberse omitido las exigencias que el artículo 500 N° 5 de ese mismo cuerpo procedimental impone a los sentenciadores, así como la regulada en el artículo 514 de dicha compilación procesal, razones por las cuales esta Corte procederá de oficio a corregir el vicio anotado y se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados por los intervinientes, por así disponerlo el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, que se aplica en la especie por orden del legislador contenida en el artículo 535 del código penal adjetivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 541 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 767 y 808 del Código de Procedimiento Civil, **procediendo de oficio esta Corte, se invalida** la sentencia de veintiséis de julio de dos mil diez, escrita a fs. 1039 y siguientes, rectificadas el treinta de julio de dos mil diez a fs. 1097, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado Víctor Raúl Pinto Pérez a fs. 1098.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por no actuar de oficio e invalidar la sentencia en alzada porque, a su parecer, la situación destacada no importan los vicios que se aceptan por la mayoría.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, su autor.

Rol N° 6382-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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 ÚNICA DE REEMPLAZO.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.
Santiago, veinticinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de la causa rol N° 6379-10, previa supresión de la letra a) del motivo décimo octavo y de la letra b) del razonamiento vigésimo.

Se reproducen también los considerandos primero a vigésimo quinto de la sentencia anulada con esta misma fecha y escrita desde fs. 5584 a 5615 de la causa rol N° 6379-10. Se reproduce, asimismo, la sentencia apelada de treinta de abril de dos mil ocho, escrita desde fs. 3128 a 3209 de la causa ingreso Corte Suprema rol N° 6381-10, previa supresión de la letra a) del razonamiento décimo octavo y del motivo vigésimo.

De ese mismo ingreso 6381-10, se reproducen de la sentencia invalidada por resolución de esta misma fecha y agregada en esos antecedentes y que se lee desde fs. 3373 a 3388, sus razonamientos primero a vigésimo.

Por último, se reproduce la sentencia en alzada de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita desde fs. 839 a 903 del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6382-10, previa eliminación de la letra a) de su razonamiento décimo noveno y su motivo vigésimo primero. Y se copian también los considerandos primero a vigésimo primero de la sentencia invalidada con esta fecha en esos antecedentes y que rola desde fs. 1039 a 1048.

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

1° Que los expedientes que se han elevado a esta Corte y han sido signados con los números de ingreso 6379-10, 6381-10 y 6382-10 corresponden a un mismo proceso al que se han acumulado diversas investigaciones por hechos ilícitos distintos, pero cometidos todos ellos por un mismo sujeto y que se separaron en cuadernos con diferentes denominaciones para el solo efecto de mejor manejo en su tramitación y de facilidad en su estudio y fallo, lo que no modifica el hecho que se trata de procesos acumulados y respecto de los cuales, naturalmente, es procedente la regla del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, de modo que, en cumplimiento de aquélla y por haberse producido una única vista de esos tres procesos en esta Corte, así como en la Corte de Apelaciones de San Miguel, se pronunciará también una única sentencia de reemplazo.

2° Que por las razones esgrimidas en los considerandos sexto a décimo octavo de la sentencia de alzada anulada, en la causa rol N° 6379-10; en los motivos séptimo a vigésimo del fallo anulado en la causa rol N° 6381-10; y, lo considerado en los fundamentos séptimo a vigésimo primero de la sentencia casada en la causa rol N° 6382-10, y que se han tenido por reproducidas, se desechará la pretensión del Sr. Fiscal Judicial en el sentido de rechazar la institución de la media prescripción a favor del acusado, compartiendo eso sí la decisión de condena, aún cuando no el quantum de la pena.

3° Que, en consecuencia, en los tres procesos sometidos al conocimiento de este tribunal, beneficia al acusado Víctor Pinto Pérez la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta anterior, la que le fue reconocida por el juez de primera instancia y le favorece también la modificatoria especial de la media prescripción, sin que concurran agravantes en su perjuicio.

4° Que si bien es efectivo que los hechos que se atribuyen al acusado son de grave ignominia y produjeron naturalmente gran dolor a sus familiares por las circunstancias en que se ultimó a las víctimas, tanto por la forma en que se abandonaron sus restos, tales motivos han formado parte de la misma tipificación del delito, al establecerse que se trató de homicidios calificados y, han sido evaluados en la regulación de los perjuicios morales producidos; de modo que tales circunstancias para los efectos de la entidad de la pena, no deben tener mayor influencia salvo que se trata de la reiteración de delitos, porque de otro modo pudiera afectarse el principio del *non bis in idem*.

5° Que en este proceso se ha tenido por establecido el secuestro y homicidio calificado de once obreros ferroviarios, cometidos entre los días 27 y 28 de septiembre de 1973; así como los homicidios calificados de dos conscriptos ocurridos en fecha no determinada entre el 4 y 8 de diciembre de 1973, por lo que el acusado es responsable de trece delitos de homicidio calificado, siendo más favorable para él la imposición de la pena en la forma que señala el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, dado que las diversas infracciones no pueden ser consideradas como un solo delito.

6° Que el delito de homicidio calificado tiene asignada pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Por aplicación de las modificatorias de responsabilidad que le favorecen, en particular de la media prescripción, se le rebajará esa sanción en tres grados, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado medio.

Luego, atendida la reiteración en los ilícitos cometidos, se elevará la sanción en un grado, quedando por lo tanto, en presidio menor en su grado máximo.

7° Que de la forma que se ha expresado, estos Ministros se han hecho cargo de las argumentaciones del señor Fiscal Judicial vertidas en sus informes de fs. 5363 (rol 6379-10), fs. 3225 (rol 6381-10) y fs. 916 (rol 6382-10), las que han sido rechazadas, en particular y como ya se adelantó precedentemente, en cuanto no aceptó la procedencia de la modificatoria especial del artículo 103 del Código Penal y estuvo por elevar o mantener la sanción impuesta al condenado.

8° Que atendida la circunstancia de haberse arribado a una conciliación en materia civil, sin perjuicio que no consta aún su cumplimiento, dado que aquella constituye un equivalente jurisdiccional por el cual las partes han puesto término a la controversia sobre ese tópico, no es preciso abordar tal discusión en este fallo, tal como ya se expresó en las sentencias de casación precedentes.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se confirman** las sentencias de once de agosto de dos mil siete, escrita a fs. 5239 y siguientes de los autos ingreso Corte Suprema N° 6379-10, la de treinta de abril de dos mil ocho, escrita a fs. 3128 y siguientes del cuaderno que lleva el ingreso Corte Suprema N° 6381-10 y la de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita a fs. 839 y siguientes del legajo N° 6382-10 de esta Corte, **con declaración**, que el acusado VÍCTOR RAÚL PINTO PÉREZ queda condenado a la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor en el secuestro y homicidio calificado de Ramón Luis Vivanco Díaz, Adiel Monsalves Martínez, Manuel Zacarías González Vargas, José Leningrado Morales Álvarez, Arturo Koyck Fredes, Joel Guillermo Silva Oliva, Roberto Segundo Ávila Márquez, Alfredo Acevedo Pereira, Raúl Humberto Castro Caldera, Pedro Enrique Oyarzún Zamorano y Hernán Elías Chamorro,

perpetrados entre el 27 y 28 de septiembre de 1973; y los homicidios calificados de Manuel Tomás Rojas Fuentes y René Máximo Martínez Aliste, cometidos en fecha no determinada, entre el 4 y 8 de diciembre de 1973.

Por reunirse a favor del condenado los requisitos que señala el artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años y cumplir con las demás exigencias que esa ley y su reglamento le imponen.

Para el caso que ese beneficio le sea revocado, deberá dar cumplimiento efectivo a la pena corporal aplicada, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce la sentencia que se confirma.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar las sentencias de primera instancia antes referidas, en la parte que rechazaron la excepción de prescripción de la acción penal alegada por la defensa del acusado, acogiéndola y, en consecuencia, estuvieron por absolverlo de las correspondientes acusaciones fiscal y particular, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que correspondan y de que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. Tales convenios se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas

(artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

3°.- Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que

se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho instrumento no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

4°.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia -los primeros días del mes de febrero de 1983- haya existido en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

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

5°.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

6°.- Que, asimismo, los disidentes -tal como lo expresaron en los autos Rol N° 2079-06- estimamos pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990-1998” Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (Página 44).

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

8°.- Que, en estos antecedentes se instruyó sumario el 28 de julio de 2000, según consta a fojas 2 del tomo I de estos antecedentes, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó entre los últimos días de septiembre y los primeros días del mes de octubre de 1973, y aún cuando consta del extracto de filiación del enjuiciado rolante a fojas 3207 y 3208, que registra un procesamiento por homicidio en una causa acumulada a la presente y que corresponde a un hecho posterior, de 1985, de igual modo, desde esa última fecha alcanzó a transcurrir el término de prescripción antes del inicio de la acción judicial para pesquisar este hecho.

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

10°.- Con todo lo anterior y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el acusado y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 7, 8 y 9 son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Brito, en concordancia con su opinión contraria a anular de oficio las sentencias que se revisan, estuvo por mantener la pena impuesta por el tribunal de alzada, rechazando la media prescripción aquí acogida a favor del acusado. Para ello tiene presente que la rebaja del castigo que previene la disposición del artículo 103 del Código Penal también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, el previniente no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto, aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo. De esta manera, en su concepto, para la determinación de la pena que corresponde imponer al encausado sólo se debe tener en cuenta la atenuante del artículo 11 N° 6, del cuerpo legal citado, y el sistema de determinación de pena reglado en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que resulta más beneficioso. Así, estuvo por mantener al acusado, la pena impuesta por el juez de primera instancia.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor Jacob, acepta reconocer al encausado la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal y con su mérito rebajar la pena sólo en dos grados y con el aumento de uno por la reiteración, estuvo por aplicarle siete años de presidio mayor en su grado mínimo, con más las accesorias legales y la condena en costas.

Para acordar la sanción que en definitiva se impone al encausado, se deja constancia que efectivamente existió mayoría legal para condenar al acusado, puesto que sólo los Ministros señores Segura y Ballesteros eran de opinión de absolverlo, por aplicación de la prescripción de la acción penal. En cambio, para la regulación de la pena, el Ministro Sr. Dolmestch estaba por rebajarla en los términos ya referidos, atendida la concurrencia de la

media prescripción, en tanto que los Ministros señores Brito y Jacob estuvieron, el primero, por mantener las sanciones impuestas en la instancia, y el segundo, por reducirla sólo en dos grados.

Ante la discordancia de opinión y dando aplicación a las reglas de los acuerdos, los Ministros Sres. Segura y Ballesteros, cuya opinión de declarar prescrita la acción penal y, en consecuencia, absolver al acusado, fue desechada, en la siguiente votación se adhieren a la posición más favorable al reo, sosteniendo que ésta resulta más consecuente con su primer parecer. De la manera expresada, se zanjó la discordia producida, obteniéndose fallo por mayoría de votos.

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

Agréguese copia autorizada de esta sentencia a los procesos rol N° 6381-10 y 6382-10 e ingrésense al sistema computacional.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia y prevenciones, sus autores.

Rol N° 6379-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y Roberto Jacob Ch. No firman los Ministros Sres. Segura y Jacob, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil once, 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.