

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintisiete de octubre de dos mil diez.

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

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con las siguientes modificaciones:

a) Se suprimen los acápites tercero a sexto del considerando vigésimo tercero;

b) Se prescinde de los fundamentos vigésimo quinto y vigésimo sexto;

c) Se eliminan, asimismo, los motivos trigésimo primero a cuadragésimo séptimo;

d) En la reflexión cuadragésima octava, se suprime la frase “ de Paúl Schafer Schneider y a los partícipes Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies y Rudolf Hans Collen Franzkowsky,”

e) En las citas legales se suprime la referencia al artículo 28 del Código Penal.

Se reproducen, también, los considerandos primero a quinto del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, recientemente anulada.

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

1º) Que en cuanto a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 103 del Código Penal, invocada en la contestación a la acusación por el inculcado Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies, es dable tener en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar

la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal extintiva de la responsabilidad, en los delitos de lesa humanidad, no alcanza sin más a la media prescripción o prescripción gradual, parcial o incompleta, como también se la denomina, cuyo efecto es una mera disminución de la cuantía de la pena.

En efecto, el señalado instituto penal constituye -de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103- un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación, en términos imperativos (“deberá el tribunal”), que inciden en la determinación del *quantum* de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad criminal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, porque al tratarse de una circunstancia atenuante sólo permite introducir una rebaja a la sanción correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarsele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, y María Cecilia Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la

responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 3ª edición, 2005, p. 402).

Sin embargo, como se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluída, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación del castigo, las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, reguladas minuciosamente en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una “idea afortunada

de la CR” la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro (“Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dalbora, Pág. 483).

2°) Que la “media prescripción”, como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal, se halla consagrada en nuestro código desde la época de su dictación, en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla sobre la base de dos parámetros esenciales: el tiempo transcurrido y el mérito del proceso. En consecuencia, no se divisan antecedentes indiscutibles que permitan concluir *de jure* que el Estado, en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de reconocer la imprescriptibilidad para los crímenes que ofenden gravemente la conciencia jurídica de la humanidad, tuviere que rechazar *a priori* la aplicación de la atenuante en comento; en todo caso, el juez respectivo decidirá soberanamente lo concerniente al ejercicio de la *facultad* que le confieren los artículos 65 y siguientes del Código Penal, a los que se remite expresamente el citado artículo 103, es decir, si efectuará o no alguna rebaja, y en este último evento, la cuantía de la misma.

3°) Que aceptada en abstracto la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad penal, procede ahora analizar si en este caso concurren los requisitos necesarios para su aceptación en beneficio de los acusados y, a continuación, resolver si se hará o no uso de la potestad conferida por el artículo 68 del código punitivo.

4°) Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

5°) Que conforme a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, la acción prescribe, en el caso de los crímenes, en el plazo de diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el ilícito; y en el caso de simples delitos, en cinco años a partir de esa data. Tratándose de los delitos sancionados -entre otras penas- con la de presidio perpetuo, el lapso exigido es de quince años y en el evento de estar ante una pena compuesta, como ocurre en la especie, debe estarse a la más grave, que es precisamente, el presidio de por vida.

En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103, dicho plazo debe haber transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción, esto es, siete años y medio.

6°) Que en relación al razonamiento precedente, cabe consignar que el delito fue perpetrado entre los días veintitrés y veintinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro y el procedimiento tendiente a su investigación data del tres de mayo de dos mil cinco, según aparece de fojas 4, hasta la

fecha, sin que dicha cuenta se vea afectada por las acciones anteriores a esa época, pues todas ellas se paralizaron por más de tres años.

Conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal, para el recuento del término requerido y configurar así la morigerante de responsabilidad penal en estudio, ha de considerarse que transcurrieron más de treinta años entre la época de comisión del delito y el ejercicio de la acción penal, cumpliéndose, de este modo, la hipótesis temporal a la que alude el artículo 103 del Código Penal.

7°) Que de lo expresado resulta que el condenado Schnellenkamp Nelaimischkies, puede ser beneficiado con la causal de mitigación en análisis, la que también ha de reconocerse a quien no la alegó expresamente, esto es, Collen Franzkowsky, toda vez que por tratarse de una norma de orden público, el tribunal no puede restarse a revisar su aplicación al caso concreto, en la forma requerida por el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal.

8°) Que en consideración al menor grado de participación que se atribuye a los condenados en el delito y por beneficiarles dos minorantes de responsabilidad penal y dado que la aplicación del citado artículo 103 debe resolverse caso a caso, como asimismo la correlativa rebaja de pena, esta Corte los beneficiará con la reducción en un grado de la pena luego de la rebaja establecida en el artículo 52 del Código Penal, arribando así al presidio menor en su grado medio.

9°) Que, en cuanto a la acción civil, el artículo 10 del estatuto procesal penal considera la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en

la litis criminal, pero reconoce que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, de modo que exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto de la litis penal, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, y fija de esta manera una restricción al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

10°) Que, en este orden de ideas, a pesar que el criterio preliminar de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar esta pretensión, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por ende, conlleva realizar una interpretación acotada de la disposición en examen al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un canon excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

11°) Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen para conocer de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que se le ha entregado por ley a dicho magistrado, a saber, que el soporte de la respectiva acción civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso materia del litigio penal, de suerte que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador recoge la tendencia doctrinaria de delimitar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil y al modificar el artículo 10 del

Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, aún cuando por una parte pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el juicio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo las prejudiciales y precautorias, al mismo tiempo estableció un deslinde claro a las mismas, circunscribiéndolas a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata consagra condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en expresiones genéricas y amplísimas, del texto anterior. Así, impone como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, la entidad jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto los corolarios penales cuanto los civiles que derivan del respectivo comportamiento, de manera tal que la responsabilidad civil fluya de aquél y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de resarcir, evitándose así el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del injusto indagado y de la que pudiera resultar un menoscabo que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del hechor. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar

una limitación de la causalidad mediata con la finalidad de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el suceso y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al jurisdicente del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al ilícito, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

12°) Que corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modificó el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa: “De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda al campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado”.

13°) Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, puesto que autoriza, éste, la inclusión de la acción civil en asiento criminal y, aquél precisa únicamente las personas en cuya contra pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción otorgada al actor civil.

14°) Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente acotado el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y/o responsables, y entrega el conocimiento de semejantes peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal.

15°) Que, por otro lado, en la misma presentación de fojas 477 y siguientes, se dirigió también acción civil indemnizatoria en contra de los enjuiciados Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies y Rudolf Hans Collen Franzkowsky, como personalmente responsables en el delito de homicidio calificado de Miguel Ángel Becerra Hidalgo.

16°) Que, como ya se razonó precedentemente, la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, cuyo es el caso, respecto de los mencionados enjuiciados, en relación a quienes se determinó legalmente su intervención en calidad de encubridores en el delito de homicidio calificado de Miguel Ángel Becerra Hidalgo, ilícito perpetrado en

Parral, entre los días veintiséis y veintinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

17°) Que, en la especie, tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos realizada por los referidos encausados la que subyace en la pretensión civil y origina la de los querellantes, respecto de éstos.

18°) Que, sin embargo, estos jueces no pueden dejar de tener presente al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria dirigida contra aquellos enjuiciados responsables en lo penal, que siendo ésta de evidente connotación patrimonial destinada a resarcir los daños efectivos o morales que sufren los afectados por la conducta realizada por los demandados, por mandato legal expreso del artículo 2.497 del Código Civil tienen cabal aplicación las normas de ese código relativas a la prescripción, en ausencia de preceptos especiales, alegación que expresamente hicieron los demandados al contestar la acción civil deducida en su contra.

19°) Que, entre las reglas del Código Civil que se refieren a la prescripción se encuentra la consignada en el artículo 2.332 del mismo texto, que previene que las acciones dirigidas a perseguir la responsabilidad extracontractual derivada de delitos o cuasidelitos civiles prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto, en el presente caso, a partir del mes de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

20°) Que, siendo imperativo aplicar la aludida disposición, es necesario concluir que la acción deducida por los demandantes para obtener la reparación de los daños causados por el homicidio calificado de Miguel Ángel

Becerra Hidalgo se encontraba prescrita al momento en que se notificó la demanda a los enjuiciados Collen Franzkowsky y Schnellenkamp Nelaimischkies, porque al verificarse esa diligencia el 16 y 30 de abril de 2007, respectivamente, conforme aparece de fojas 540 y 544, ya estaba vencido en exceso el plazo de cuatro años establecido por el artículo 2.332 del texto civil, contado este último a partir del mes de julio de mil novecientos setenta y cuatro, en que se perpetró el homicidio de Becerra Hidalgo.

21°) Que, aún en el evento de entenderse suspendida la prescripción, por la imposibilidad de ocurrir a los tribunales de justicia antes de 1990, fecha del retorno pleno al sistema democrático, o de 1991, fecha en la cual se hizo entrega del Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, de todas formas dicho término se encontraba sobradamente cumplido, fundamentos todos que impiden que la acción civil intentada por los demandantes civiles respecto de los demandados Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies y Rudolf Hans Collen Franzkowsky, pueda ser acogida, precisamente por haber operado en la especie la prescripción.

22°) Que al acogerse esta excepción, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto de las otras alegaciones planteadas por los demandados.

23°) Que del modo expresado, se disiente parcialmente de la sugerencia vertida por la Sra. Fiscal Judicial en su informe de fojas 1.333, en cuanto fue de parecer de confirmar sin modificaciones el fallo en revisión.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

I.- SE RECHAZA el incidente de incompetencia promovido a fojas 1.369.

II.- SE CONFIRMA la sentencia apelada de veintisiete de noviembre de dos mil ocho (erróneamente datada como de “mil ocho”), que se lee a fojas 1.200 y siguientes, salvo en lo relativo a la condena de **Paul Schäfer Schneider**, respecto de quien, en lo penal, no corresponde emitir pronunciamiento en atención al sobreseimiento parcial, definitivo y ejecutoriado dictado a fojas 1.511, a raíz de su fallecimiento acaecido con posterioridad a la expedición del fallo apelado.

III.- Se concede a los sentenciados **Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies y Rudolf Hans Collen Franzkowsky** el beneficio de la **remisión condicional** de la pena privativa de libertad que se les ha impuesto, debiendo permanecer bajo la vigilancia y observación de la autoridad correspondiente de Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de sus condenas.

En el evento que este beneficio les fuere revocado, deberán cumplir efectivamente la condena impuesta, la que se les contará desde que se presenten o sean habidos, para lo cual le servirá de abono al condenado Collen Franzkowsky, los días que permaneció privado de libertad con ocasión de este proceso conforme se reconoce en el fallo que se revisa.

IV.- Se declara que este tribunal es incompetente para emitir pronunciamiento de la acción civil deducida a fojas 477 contra el Fisco de Chile, por lo que los actores deberán deducir su acción ante los tribunales competentes.

V.- Se revoca la decisión en alzada en cuanto por ella accede a la demanda entablada contra Kurt Schnellenkamp Nelaimischkies y Rudolf Hans

Collen Franzkowsky, declarándose, en cambio, que se acoge la excepción de prescripción opuesta por ellos, por lo que se deniega a su respecto la acción civil incoada, sin costas, por estimarse que los actores tuvieron motivo plausible para demandar.

Acordada la decisión penal con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por absolver a los acusados por concurrir en su favor la institución de la prescripción de la acción penal, teniendo presente, para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la

concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre entre los días 26 y 29 de julio de 1974, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentó el 3 de mayo de 2005, según consta a fojas 4, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual, sin que dicha cuenta se vea afectada por las diligencias que se llevaron a cabo con anterioridad a esa data.

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

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

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, se obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

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

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

El destacado jurista Jean Pictet, 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 los negociaron, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporarles ninguna definición del concepto de 'conflicto armado no internacional' ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Sin embargo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe

destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro 'La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos', Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que 'para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones

aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya *hostilidades*, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un *carácter colectivo*; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean *fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable..*'.

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

como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo entró en vigor a partir del 1 de septiembre de 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que 'conflicto armado sin carácter internacional' es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve 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, pues realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en julio de 1974 existía un 'conflicto armado no internacional', razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

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

Para los efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, cabe citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (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 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 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país

desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no había sido suscrita ni aprobada por Chile y, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión del ilícito y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

Acordada, en cuanto a la demanda civil deducida contra el Fisco de Chile, como también en contra de los encubridores Kurt Schnellencamp N. y Rudolf Cöllen F., con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por revocar la prescripción de la acción civil dirigida en contra de los condenados y declarar, en cambio, que ésta queda rechazada; y respecto de la excepción de incompetencia absoluta

opuesta por el Fisco de Chile, también rechazarla, acogiendo en definitiva la demanda, por los mismos montos, razones y fundamentos del juez de primera instancia.

Para decidir lo relativo a la excepción de incompetencia absoluta del tribunal penal antes aludida, tuvieron en consideración:

1).- Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Enjuiciamiento Penal - de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

2).- Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

3).- Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el

ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo.

4).- Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

5).- Que a mayor abundamiento, estos disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de interpretar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial, de modo que estuvieron por pronunciarse sobre las demás defensas invocadas en la contestación de su demanda, rechazándolas.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y las disidencias, sus autores.

Rol N° 6796-09.

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

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

En Santiago, a veintisiete de octubre de dos mil diez, 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.