

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, trece de julio de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento 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 eliminan los considerandos Duodécimo, Vigésimo Quinto, Vigésimo Séptimo, Vigésimo Noveno, Trigésimo, Trigésimo Quinto, Trigésimo Séptimo y Trigésimo Octavo.

b) En su motivo Vigésimo Tercero, se suprime la oración “por las defensas de los acusados”.

c) En la reflexión Vigésimo Octava se prescinde de la frase “y Jeldres Rodríguez”.

d) En el considerando Trigésimo Sexto, en sus párrafos primero y final, se eliminan las expresiones “de parte del Fisco, y” “; y “por el Fisco y”

e) En el párrafo penúltimo del motivo Trigésimo Octavo, se suprimen las frases “el Fisco de Chile” y “y Patricio Jeldres Rodríguez”.

f) Se eliminan los dos últimos apartados del basamento Trigésimo Primero.

g) En las citas legales se sustrae la referencia a los artículos 30 y 52 del Código Penal y 211 del de Justicia Militar.

h) Asimismo, se reiteran o reproducen los motivos 1º, 2º, 3º, y 4º de la sentencia anulada de segunda instancia, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que, como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con corolarios que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente 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 penal ya ejercida 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, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social 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 contemplan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

No obstante y como ya 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 penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su plena impunidad, la que en el supuesto

del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una motivación dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

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 escaso (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 Dálbora).

SEGUNDO: Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una “cuestión obligada” dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

TERCERO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. Por consiguiente, no se divisa antecedente que permita concluir de jure que el Estado, como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la mitigante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 879-08; 2.422-08.

CUARTO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal consagrada en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en la situación que se estudia concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

QUINTO: Que, en lo pertinente, es útil recordar el tenor del 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.”

Ahora bien, en el suceso sub lite, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 N°1 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que

describe el ilícito de homicidio calificado, cuya penalidad asignada era y es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

SEXTO: Que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio perpetuo -ámbito atingente al punto debatido- en quince años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, por ende, para los efectos previstos en el artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en la actual situación, el mínimo para su aplicación es de siete años y medio.

SÉPTIMO: Que en esta línea de razonamiento, conviene dejar en claro que en el procedimiento tendiente a la investigación de los homicidios en estudio, con fecha 19 de febrero de 2001 se presentó querrela criminal en contra de los responsables, mientras que el 11 de marzo de 2003 se dictó auto de procesamiento en contra de los inculcados, habiéndose perpetrado el delito el 12 de octubre de 1973, por lo que desde alguna de esas dos datas ha de contarse la prescripción gradual en comento.

Que conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en consonancia con el artículo 103, ambos del Código Penal, habiéndose dirigido la acción penal en contra de los sentenciados el 11 de marzo de 2003, para el recuento del término requerido y configurar así la morigerante de responsabilidad penal en examen, ha de considerarse que transcurrió en exceso el plazo de siete años y medio antes señalado, cumpliéndose así la hipótesis temporal a la que alude el mencionado artículo 103 del Código Penal, por lo que habrá de accederse a la solicitud de las defensas en orden a reconocer concurrente la aludida atenuante de responsabilidad penal.

OCTAVO: Que para la aplicación definitiva de la sanción penal han de considerarse las siguientes circunstancias: a) Que la pena asignada al delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancias 1ª y 5ª, del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo; b) Que concurre a favor del acusado Gajardo Arenas la circunstancia atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, que ya ha sido estimada por el sentenciador de primer grado; c) Que le favorece, también, la atenuante calificada de prescripción gradual, por lo que, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en dos grados, de manera tal que la sanción penal a aplicar quedaría en presidio menor en su grado máximo; y d) Que debe considerarse que se trata de una reiteración de delitos de la misma especie, por lo que conforme lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, la pena -efectuada la deducción precedente- se elevará, a su vez, en un grado, motivo por el cual corresponde imponer al acusado presidio mayor en su grado mínimo.

NOVENO: Que con las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 1.210, disintiendo del mismo en cuanto propone mantener el quantum de la sanción a Gajardo Arenas y el castigo del acusado Jeldres Rodríguez.

DÉCIMO: Que para mayor claridad de la presente sentencia, ha de tenerse en cuenta que este tribunal, al reproducir las motivaciones a que se refiere el apartado f) de lo expositivo de este fallo, ha hecho suyas las razones que justifican la absolución del acusado Patricio Jeldres Rodríguez; la eliminación de la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar y la no aplicación de la agravante contemplada en el artículo 12 N°11 del Código Penal, motivo por el cual no resulta procedente el fundar expresamente y de nuevo tales circunstancias.

UNDÉCIMO: Que, en cuanto a lo civil, la defensa fiscal arguye que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de

Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo éste de competencia para conocer de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

DUODÉCIMO: Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: “Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma trascrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

DÉCIMO CUARTO: 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 en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo compendio, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: “La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

DÉCIMO QUINTO: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

DÉCIMO SÉXTO: Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida por el Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, sin embargo, como la demandante de autos doña Patricia Violeta Paredes Parra entabló demanda civil, asimismo, en contra de los acusados de autos Juan Francisco Opazo Guerrero, Pedro Ernesto Loyola Osorio, Arturo Manuel Alarcón Navarrete, Patricio Enrique Jeldres Rodríguez y Luis Guillermo Gajardo Arenas, en los términos a que se refieren los motivos 32° y siguientes del fallo en revisión y que se han reproducido por éste, ha de tenerse en consideración que, como también lo resuelve la sentencia de primer grado, ésta se ha rechazado en relación a Opazo Guerrero, Loyola Osorio y Alarcón Navarrete, por su falta de responsabilidad, al absolvérseles de la acusación penal, manteniéndose vigente aquella decisión sólo respecto de Luis Gajardo Arenas y Patricio Jeldres Rodríguez, a quienes se ha condenado al pago de una indemnización por daño moral ascendente a treinta millones de pesos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 28 y 103 del Código Penal, 509 y 514 del de Procedimiento Penal, **SE DECLARA** que:

I.- SE REVOCA la sentencia apelada de trece de agosto de dos mil ocho, escrita de fojas 1.110 y siguientes, en cuanto por ella se condena a Patricio Enrique Jeldres Rodríguez como encubridor de los delitos de homicidio calificado de Ricardo Raúl Lagos Reyes, Alba Sonia Ojeda Grandón y Carlos Eduardo Lagos Salinas ocurridos el dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en la ciudad de Chillán y, en su lugar se decide que se le absuelve de la acusación deducida en su contra.

II.- SE CONFIRMA, en lo demás apelado, y se aprueba, en lo consultado, la referida sentencia, con declaración de que **Luis Guillermo Gajardo Arenas**, queda condenado a **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más las costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio calificado materia de la indagación.

Atendida la extensión de la pena impuesta, **no se concede al sentenciado beneficio alguno**, debiendo cumplir efectivamente la pena impuesta, la que se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, esto es, entre el 11 de marzo y el 19 de junio de 2003, según consta de fojas 309 y 560, conforme se precisa en la sentencia en alzada.

III.- Se aprueba el sobreseimiento parcial definitivo consultado de doce de agosto de dos mil ocho, escrito a fojas 1123, por muerte de Marquez Rodolfo Riquelme Echeverría.

IV.- SE REVOCA, asimismo, el fallo impugnado, en cuanto acoge la demanda interpuesta por Patricia Violeta Paredes Parra en contra del Fisco de

Chile y en su lugar se resuelve que se acoge la excepción de incompetencia absoluta promovida por dicha parte en lo principal de su libelo de fojas 809, debiendo la demandante de autos dirigirse al tribunal competente que corresponda, sin que sea procedente emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto. Todo lo anterior es sin costas, por estimarse que la actora tuvo motivo plausible para litigar.

V.- Se revoca, también, la condena civil de Patricio Enrique Jeldres Rodríguez, con el mérito de la absolución a que se refiere la decisión Primera de esta sentencia.

VI.- Se confirma, en lo demás apelado, la antes aludida sentencia.

Acordada la condena penal del acusado contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por su defensa y declarar, por ello, la absolución de Luis Guillermo Gajardo Arenas. Tienen presente, para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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

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

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre el día doce de octubre de mil novecientos setenta y tres, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentó el 19 de febrero de 2001, según consta a fojas 10, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual.

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

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

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de 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, 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 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.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ‘conflicto armado no internacional’ ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya

incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

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

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

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

El D. L. N° 5, de 1973, 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 el 16 de Octubre de 1973 existía un ‘conflicto armado no internacional’, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

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

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (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 ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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 la decisión civil con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch y del abogado integrante señor Pozo, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en esa parte, rechazando la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, pues en su concepto el tribunal en lo penal sí es competente para conocer de la acción civil deducida; y respecto de las demás excepciones opuestas a la demanda, también desecharlas, por las mismas razones, en igual forma y por el mismo monto que lo hiciera el señor juez de primera instancia.

Para proceder del modo antes señalado respecto de la excepción de incompetencia de que se trata, tuvieron en consideración los fundamentos que más adelante se señalan:

Primero: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento 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 el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto

del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

Tercero: 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 claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Cuarto: 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.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, los disidentes no puede dejar de tener presente al momento de determinar 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. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que, en concepto de los disidentes, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Sexto: Que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente tampoco entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta procedente acoger la demanda deducida en autos.

Se previene, finalmente, que el abogado integrante señor Pozo concurre a la decisión penal, pero en ejercicio de la facultad concedida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal -a los cuales se remite el artículo 103- está por disminuir la pena aplicable sólo en un grado al mínimo legal, atendida la gravedad de los ilícitos de que se trata, elevándola en un grado por la reiteración. En consecuencia, la sanción privativa de libertad para el condenado Gajardo Arenas debería quedar fijada, en su opinión, en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más las accesorias legales y costas de la causa.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch, y las disidencias y prevención, sus respectivos autores.

Rol N° 4419-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firman el Ministro Sr. Segura y el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.

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

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