

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, tres de diciembre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo ordenado precedentemente 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 sus fundamentos sexto, noveno y décimo tercero.
- b) Se suprime la cita del artículo 508 del Código Penal.
- c) Se reproducen, asimismo, los motivos 1º.-; 2º.-; 3º.-; así como el primer párrafo del considerando 4º.-; todos del fallo de segundo grado precedentemente anulado y que rola a fojas 1.034 y siguientes.

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

PRIMERO: Que el encausado Heriberto Pereira Rojas, en su contestación a la acusación de fojas 844 y siguientes, alegó en su favor la atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 103 del Código Penal, denominada media prescripción o prescripción gradual, por darse en la especie los supuestos fácticos que la hacen procedente.

SEGUNDO: 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).

TERCERO: 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.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: Que en esta línea de razonamiento, conviene dejar en claro que en el procedimiento tendiente a la investigación del homicidio en estudio, con fecha 04 de agosto de 2005 se presentó querrela criminal en contra de los responsables, mientras que el 28 de agosto de 2006 se dictó auto de procesamiento en contra del inculpado, habiéndose perpetrado el delito un día no determinado 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 del sentenciado el 28 de agosto de 2006, 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 la defensa del acusado en orden a reconocer concurrente la aludida atenuante de responsabilidad penal.

NOVENO: Que, en consecuencia, para la aplicación definitiva de la sanción penal que corresponde al encausado de autos, 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, circunstancia primera, del Código Penal, a la fecha de ocurrencia de los hechos, era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

b.- Que al acusado Heriberto Rojas Pereira le favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de su extracto de filiación y antecedentes de fojas 742, en el que no registra anotaciones anteriores.

c.- Que el grado de participación del acusado en el delito de autos es el de cómplice, motivo por el cual y de acuerdo con lo que dispone el artículo 51 del Código Penal, deberá imponerse la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito investigado, por manera que ésta quedaría en presidio mayor en su grado mínimo.

d.- Que, en tales condiciones y concurriendo la circunstancia atenuante calificada de la prescripción gradual, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito también en un grado, atendida la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos, la participación que cupo al acusado y su actitud ante el juicio, quedando ésta en definitiva en presidio menor en su grado máximo.

DÉCIMO: Que por 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 1.009, disintiendo del mismo en cuanto proponía la confirmación del fallo absolutorio de primer grado.

UNDÉCIMO: Que, en cuanto a la acción civil deducida en autos por el Fisco de Chile, el Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda, opuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria dirigida en su contra, argumentando que la acción civil es de exclusiva competencia del juez de letras correspondiente con competencia en lo civil.

DUODÉCIMO: Que 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 civiles de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

DÉCIMO TERCERO: 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 civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

DÉCIMO CUARTO: 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 QUINTO: 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 SEXTO: 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 SÉPTIMO: Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida 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, motivo suficiente para rechazar la pretensión civil, omitiéndose pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por los intervinientes, por improcedente.

DÉCIMO OCTAVO: Que, por otro lado, en la misma presentación de fojas 790 y siguientes, se dirigió también acción civil indemnizatoria en contra del enjuiciado Heriberto Pereira Rojas, como personalmente responsable en el delito de homicidio calificado de Nelson Wladimir Curiñir Lincoqueo, solicitando a su respecto el pago de la suma de \$600.000.000.- (seiscientos millones de pesos), o la que se determine, por concepto de daño moral provocado a los dos demandantes ya individualizados; luego, la cantidad de \$210.000.000.- (doscientos diez millones de pesos), en relación al lucro cesante experimentado por los padres de la víctima del delito; y finalmente, la suma de \$10.000.000.- (diez millones de pesos), equivalentes al daño emergente, en atención a los gastos incurridos, sumas todas que deberán reajustarse según la variación que experimente el índice de precios al consumidor a partir de la fecha de detención del ofendido, hasta el momento de su pago efectivo, o las que se resuelva determinar. Todo, más intereses corrientes para operaciones reajustables, cuantificado de conformidad a las mismas fechas ya precisadas; o con los intereses para operaciones no reajustables, todo con costas.

DÉCIMO NOVENO: Que, como ya se anticipó, 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, cuyo es el caso, respecto de Heriberto Pereira Rojas, en relación a quien se determinó legalmente su intervención en calidad de cómplice en el delito de homicidio calificado en la persona de Nelson Wladimir Curiñir Lincoqueo, ilícito perpetrado en la ciudad de Temuco en fecha indeterminada del mes de octubre de mil novecientos setenta y tres.

VIGÉSIMO: Que, en la especie, tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos cometida por el yareferido encausado la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante, respecto de éste.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, sin embargo, estos jueces no pueden dejar de tener presente al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria dirigida contra el enjuiciado responsable 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 el demandado Pereira Rojas, 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 esta que expresamente hizo el demandado al contestar la acción civil deducida en su contra.

VIGÉSIMO SEGUNDO: 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, y 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 octubre de 1.973.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, siendo imperativo aplicar esa disposición en la especie, es necesario concluir que la acción deducida por los demandantes para obtener la reparación de los daños consignados en el primer otrosí de fojas 790, causados por el homicidio calificado de Nelson Curiñir Lincoqueo se encontraba prescrita al momento en que se notificó la demanda al enjuiciado Heriberto Pereira Rojas, porque al verificarse esa diligencia el 7 de junio de 2007, conforme aparece de fojas 796, ya estaba vencido en exceso el plazo de cuatro años establecido por el artículo 2.332 del texto civil, contado éste último a partir del mes de octubre de 1973, en que se perpetró el homicidio de Curiñir Lincoqueo.

VIGÉSIMO CUARTO: 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, situación a la que no obsta la querrela criminal, toda vez que aparece interpuesta sólo el 4 de agosto del año 2005, según consta de fojas 2 y siguientes del Tomo I de éstos antecedentes, en la que no se efectuó ninguna declaración respecto de la pretensión civil; fundamentos todos que impiden que la acción civil intentada por los demandantes civiles respecto del demandado Heriberto Pereira Rojas pueda ser acogida, precisamente por haber operado en la especie la prescripción.

Al acogerse esta excepción, alegada por el demandado, como se dijo, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto de las otras dos por él alegadas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 30 y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, **SE DECLARA que:**

I.- Se **revoca** la sentencia apelada de ocho de mayo de dos mil ocho, escrita a fojas 930, que absuelve de la acusación de autos al inculpado **HERIBERTO PEREIRA ROJAS**, ya individualizado, y en su lugar se declara que se le condena a sufrir la pena de **tres años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, por su responsabilidad criminal, que en calidad de **cómplice**, le correspondió en el delito de homicidio calificado en la persona de Nelson Wladimir Curiñir Lincoqueo, perpetrado en la **ciudad de Temuco en fecha indeterminada del mes de octubre del 1973**, ilícito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 391 numeral 1°, circunstancia primera, del Código Penal.

Atendida la extensión de la pena y reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede al encartado Pereira Rojas el beneficio alternativo de cumplimiento de penas de la **libertad vigilada**, debiendo permanecer sujeto a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe por Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de su condena y cumplir las exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma Ley. Si tal beneficio le fuere revocado, la pena impuesta se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de este proceso, esto es, entre el 5 y el 14 de septiembre de 2006, según consta de fojas 722 a 739.

II.- **Se confirma** la misma decisión apelada, en la parte que rechazó la demanda civil deducida por el Fisco de Chile, con declaración que tal rechazo lo es por haberse acogido la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, debiendo los demandantes de autos dirigirse al tribunal competente que

corresponda, sin que corresponda emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto; y que, respecto de la demanda deducida en contra del acusado Pereira Rojas, lo es por haber acogido la excepción de prescripción de la acción civil. Todo lo anterior es sin costas, por estimarse que la parte demandante tuvo motivo plausible para litigar.

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, absolver al acusado, acogiendo la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la respectiva defensa. Para así decidirlo, tienen en consideración lo siguiente:

1.- Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. Nº 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 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

2.- El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3º 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.

3.- 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...*”

4.- 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. N° 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 II 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.

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

6.- 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 es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto pasado, 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.

7.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad 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.

Para dictar el mencionado Decreto Ley 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.

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 cometiendo acciones en contra de la integridad física de las

Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia 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, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional”, en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 12 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían 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 en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

8.- Que el D. L. N° 5, de 1973, ya citado, es claramente insuficiente para acreditar 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 existía un “conflicto armado no internacional” el 12 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que constituye un yerro aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

9.- Que, aún en el evento de estimarse aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por el condenado, 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 Alta Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Alta 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 renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

10.- Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

11.- Que, en el caso de 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 desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos 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.

12.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

Si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto pasado -según ya se expresó-, no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

13.- Que, en todo caso, la prescripción es una institución amplia y de común aplicación 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.

14.- Que, 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, así como 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 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 provocar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

15.- Que, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, cuya sanción es de presidio mayor en sus grados medio a perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

16.- Que consta de estos antecedentes que a la fecha de la presentación de la querrela que da origen a este proceso -4 de agosto de 2005- el plazo de prescripción para crímenes, como es del caso, ya había transcurrido y según

consta del extracto de filiación de Pereira Rojas, rolante a fojas 742 de autos, no existen antecedentes que permitan suponer que el acusado haya cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción.

17.- Que, en efecto, según dispone el artículo 96 del Código Penal, el término de prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, cuyo es el caso en examen.

18.- Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre la data en que se cometió el delito y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra del condenado de la causa por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad del sentenciado se había extinguido por la prescripción.

Acordada la decisión civil con el **voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller**, quienes estuvieron por revocar la sentencia en esa parte y en su reemplazo, respecto del Fisco de Chile, rechazar la excepción de incompetencia absoluta alegada, declarando que el tribunal en lo penal sí es competente para conocer de la acción civil deducida y analizar y pronunciarse sobre las demás excepciones opuestas a la demanda; y en relación a la acción civil de indemnización de perjuicios interpuesta por doña Zoila Lincoqueo Huenumán y don Bartolo Curiñir Painemal, padres de la víctima Nelson Curiñir Lincoqueo, que fuera rechazada por encontrarse prescrita, fueron del parecer de acogerla en parte y condenar al encausado Heriberto Pereira Rojas al pago de la suma de \$ 50.000.000.- (cincuenta millones de pesos) para cada uno de los actores, debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituye en mora, eximiendo al demandado del pago de las costas del pleito, por no haber sido totalmente vencido y tener motivo plausible para litigar.

Para decidir del modo antes señalado, tuvieron en consideración las razones que respectivamente 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 del disidente, 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 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 a coger la demanda deducida en contra del sentenciado Pereira Rojas.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 5.836-08.

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.

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

En Santiago, a tres de diciembre de dos mil nueve, 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