

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Santiago, dieciocho de agosto 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:**

a).- Se reproduce la sentencia de primera instancia, con excepción de los párrafos primero, segundo y tercero del motivo 4º, así como sus considerandos 29º, 31º y 32º, que se eliminan.

b).- En sus motivos 8º y 25º, se eliminan las expresiones “secuestros y”, “tres secuestros”, contenidas en sus respectivos párrafos primero.

c).- Se mantienen de la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de quince de octubre de dos mil ocho, sólo su parte expositiva, así como las reflexiones contenidas en los considerandos 1º a 7º del capítulo I.- referido al recurso de casación en la forma, y el 1º y 2º del capítulo II.- circunscrito al de apelación, y

d).- Se dan por reproducidos, en lo pertinente, los motivos de la sentencia de casación que antecede.

### **Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:**

1º.-) Que, se comparte por estos sentenciadores el establecimiento de la realidad fáctica que se consigna en el motivo 2º de la sentencia en alzada; y en lo que toca a su tipificación, se tiene en especial presente que se encuentran acreditados fehacientemente los fallecimientos de Carlos Patricio Fariña Oyarce, Víctor Iván Vidal Tejeda y Héctor Eugenio Araya Garrido, de 13, 16 y 21 años de edad, respectivamente, ocurridos el trece de octubre de 1973, conforme lo acreditan los certificados de nacimiento de fojas 1, 352, 355, 794, 977, 980, 983 y 1.119; los de defunción que rolan a fojas 169, 170, 247, 351, 354, 795, 979, 981, 1.146 y 1551; e informes de autopsia de fojas 167, 168, 353 y 356; del informe policial de fojas 470 y siguientes; así como del establecimiento de origen de las osamentas de Fariña Oyarce, las que fueron ubicadas el 30 de junio de 2002, según consta de fojas 24, y del completo Informe de la Unidad de Identificación del Servicio Médico Legal de Chile de fojas 71 y siguientes, lo que permite dilucidar que luego de sus detenciones acaecidas en los primeros días de octubre de mil novecientos setenta y tres, al interior de la Población “La Pincoya”, fueron derivados al Cuartel Base del Regimiento Yungay N° 3, que se encontraba estacionado en la Quinta Normal, desde donde fueron sacados a otro lugar en el que fueron ejecutados, conforme revelan los informes de autopsia ya singularizados, efectuados respecto de Víctor Iván Vidal Tejeda y Héctor Eugenio Araya Garrido el 14 de octubre de 1973, concluyendo que respecto del segundo lo fue por múltiples heridas de bala craneanas y torácicas, cuyos restos fueron encontrados en el patio 29, sepultura 2.372 del Cementerio General e incinerados en 1981; y en cuanto al primero, por herida de bala torácica. En tanto que respecto de Fariña Oyarce, gracias al descubrimiento de sus restos, como consecuencia de construcciones que se efectuaban en la Ruta N° 70 en calle San Pablo en la Comuna de Pudahuel, claramente aparece ultimado con balas de gran calibre, presentando cuatro heridas a bala en su cabeza, disparadas por su espalda.

**2º.-)** Que, de todo lo anterior, fluye de manifiesto que si bien existió una privación de libertad ilegal respecto de las tres personas ya individualizadas, lo cierto es que dada la cercanía temporal con la que fueron ejecutadas por personal militar, es que dicha conducta previa necesariamente iba encaminada a obtener el resultado final lesivo perseguido por sus autores, que era causar precisamente la muerte de ellos. En consecuencia, en la realidad se trató de actividades previas dirigidas a la consumación del delito de homicidio calificado, al procederse en la especie conforme se indica en el párrafo final del motivo 4º, debidamente reproducido por la presente sentencia, mediante la calificante de la alevosía, al haberse actuado en su modalidad de “sobresuro”, lo que se materializó al no tener los ofendidos posibilidad alguna de repeler la agresión de que fueron objeto, lo que se reflejó no solo el ánimo de darles muerte, sino que al mismo tiempo procurarse evitar todo riesgo para lograr ese fin delictivo, y no dar oportunidad alguna a las víctimas de eludir la acción o evitar la agresión que finalmente afectó sus propias vidas, de tal forma que no se produce en la especie un concurso material ni aparente de leyes penales, toda vez que se trata de un solo tipo penal, el que se realiza en forma reiterada, y consecuentemente tampoco se puede infringir el principio del non bis in idem, decisiones que hacen innecesario, por inoficioso, hacerse cargos de aquellas alegaciones esgrimidas por la defensa.

**3º.-)** Que, en lo que dice relación con la participación criminal que en calidad de autor le correspondió al acusado López Almarza en los tres delitos de homicidio calificado que se vienen señalando, cabe reiterar que tal como lo indica el juez a quo, y sin perjuicio de su negativa a toda intervención en ellos, conforme se aprecia de su declaración que rola a fojas 926 y 1.585, cuyo contenido se consigna en el motivo sexto del fallo en alzada, este tribunal comparte cada uno de los elementos incriminatorios que se precisan en el fundamento séptimo, entre las letras a) y h), para concluir que sus excusas resultan inverosímiles para ocultar los sucesos, en cuanto asegura que durante la permanencia del destacamento militar bajo su mando sólo hubo detenidos “en tránsito”, y que nunca tuvo conocimiento que oficiales a su cargo hubiesen efectuado fusilamientos, pues de su propia declaración surge la presunción de su responsabilidad, como interviniente en los delitos por los que se le acusa, al aceptar plenamente haber sido el Comandante del destacamento militar y del campo de detención, lo que asegura plenamente la convicción, si se unen sus dichos a los de sus subordinados y en especial a la confesión del oficial Sandoval Arancibia, de que también él decidió sobre la vida o la muerte de las personas detenidas que estaban a su cargo, entre ellas los menores Fariña Oyarce, Vidal Tejeda y Araya Garrido, estimando su intervención en los términos que dispone el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

**4º)** Que, a mayor abundamiento, para la comisión de los tres ilícitos, el acusado López Almarza utiliza la propia organización del Batallón que él comanda, en la que él actúa y funciona regularmente, con dominio responsable sobre el mismo, y entre el resultado lesivo para las víctimas de su actuar y las órdenes que él mismo imparte a sus subordinados, se intercala claramente la comisión dolosa y auto responsable de su parte, con dolo de detener para matar, al conocer de antemano y presenciar las detenciones que se perpetraban respecto de la población civil e intervino en ellos al mando del destacamento a su cargo y por

otro lado desde su cargo condujo a la tropa, dio ordenes como Comandante de su destacamento luego de la privación de libertad de los ofendidos, teniendo acceso a todos los lugares donde se cometían los ilícitos sin ignorar la extrema crueldad con que sus subalternos se conducían con los ofendidos y a sabiendas de las acciones delictuosas que directamente se ejecutaban, cooperando en ellas impidiendo o procurando impedir que se evitaran.

5°) Que, a su turno, en lo que toca al restante acusado, Sandoval Arancibia, que lo hace a fojas 1.776, se consigna en el motivo 9° que terminó confesando la perpetración del delito de homicidio calificado de Carlos Patricio Fariña Oyarce, reconociendo haber participado en su detención producto de un allanamiento en la Población la Pincoya, recibiendo la orden de ultimarlos del otro procesado el entonces Mayor López Almarza, y además hacerlo desaparecer, por ello es que lo sacó desde dependencias de la unidad militar en la que servía en el interior de un camión Tolva y trasladándolo a un sitio cercano al Aeropuerto de Santiago, en donde puso al menor frente a un pelotón de ocho fusileros, le subió el chaleco para que no presenciara lo que ocurriría, y dio la orden de disparar, luego un civil roció el cuerpo con combustible procediendo a quemarlo y enterrarlo en el mismo lugar de la ejecución, situación que conforme se expresa en el motivo 10° aparece efectuada en forma libre y consciente, siendo el hecho posible y verosímil, además que el mismo hecho punible se encuentra probado por otros medios de prueba, como son los precisados en el motivo 1°.- a partir de su letra a) hasta la ss), los que permitieron construir la realidad fáctica consignada en el considerando 2°.-, y luego, en su tipificación establecida en el 4°.-, todos del veredicto condenatorio de primer grado, los que concuerdan con lo explicitado en la confesión, lo que permite concluir que los ejecutó de manera inmediata y directa.

6°) Que, los elementos de juicio precedentemente reseñados, sumados a lo expresado en los motivos 1°, 3°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10° del fallo de primer grado, debidamente reproducidos por el presente veredicto, constituyen presunciones graves, precisas, y concordantes, las que apreciadas en forma legal permitieron tener por acreditada la participación que en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, le correspondió al enjuiciado López Almarza en tres delitos de homicidio calificado, al tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; en tanto que respecto de **Sandoval Arancibia, ocurre lo mismo, pero sólo en relación al ilícito que afectó a Carlos Fariña Oyarce** en el que intervino directamente.

7°) Que, establecida la participación que en calidad de autor le correspondió en tres homicidios calificados al enjuiciado López Almarza, y sólo en uno de ellos a Sandoval Arancibia, corresponde hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad alegadas. En lo que se refiere a la contenida en el artículo 211 en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar, alegada por ambas defensas, siendo negada por uno de los enjuiciados -López Almarza- toda participación en los hechos por los que resulta ser responsable, aparece absurdo y contradictorio sostener la procedencia de haber actuado en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, y en lo que respecta a otro acusado – Sandoval Arancibia-, precisamente por no encontrarse determinado fehacientemente aquello, lo que impide siquiera estudiar su veracidad, por lo que será rechazada respecto de ambos.

**8º)** Que respecto de ambos sentenciados, se reconoce en primer lugar la concurrencia de la minorante de responsabilidad penal, consistente en sus irreprochables conductas anteriores, establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, la que no se procederá a calificar como era aspiración de ambas defensas, dada la inexistencia en autos de antecedentes que permitan efectuar esa determinación, las que concurren en forma simple, todo de acuerdo a lo expresado en el motivo 27º del fallo del a quo.

**9º.-)** Que, asimismo, se reconoce la procedencia en la especie respecto de ambos enjuiciados, planteada por de sus presentaciones de fojas 2.111 y 2.143, en que solicitaron en forma subsidiaria el reconocimiento -entre otras- de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, consistente en la aplicación gradual de la prescripción, contenida en el artículo 103 del Código Penal, la que fue acogida en el motivo 28º.

**10º)** Que, efectivamente, examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados en el mes de octubre de 1973, hasta aquélla en que se interrumpió, en el mes de junio del año 2000, el término necesario para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad del delito de homicidio calificado, cuya pena es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el tiempo necesario de conformidad al artículo 94 del Código Penal, es cualquiera superior a los siete años y medio, los que en el presente caso se cumplen a cabalidad.

**11º)** Que la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 del estatuto punitivo, no trae aparejada, como efecto inherente, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo estatuto.

En efecto, lo que consagra el segundo precepto legal precitado es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, 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. Así, la prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. En tanto que los efectos que sobre el ius puniendi estatal, ejercido mediante el castigo del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de delitos que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, la que, en estas circunstancias, queda excluida.

Además, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente y, en caso de

decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la concreta rebaja que se concederá.

**12°)** Que concurren en la especie los presupuestos del artículo 103, y por tratarse de una norma de orden público el juez habrá de aplicarla aún de oficio, al ser claramente favorable al encausado, por lo que se dará aplicación a la referida circunstancia atenuante. La forma de determinar la magnitud de la sanción y la incidencia de esta minorante en la misma se hará de la manera que más adelante se precisará, toda vez que la propia disposición que la contiene remite al sentenciador a las reglas generales contenidas, entre otros, en el artículo 68 del Código Penal.

**13°)** Que para la aplicación definitiva de las sanciones penales han de considerarse las siguientes circunstancias:

**a.-** La pena asignada al delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancias primera del Código Penal, esto es, la alevosía, a la fecha de ocurrencia de los hechos, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

**b.-** El grado de participación establecido en los hechos para los enjuiciados de autos es el de autores del artículo 15 del texto penal, correspondiendo imponer la pena señalada por la ley para el autor del delito consumado de homicidio calificado, tomando como base el presidio mayor en su grado medio.

**c.-** A los acusados López Almarza y Sandoval Arancibia les favorece la atenuante de sus irreprochables conductas anteriores, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de sus extractos de filiación y antecedentes de fojas 1.641 y 1.913, respectivamente, en los que no registran anotaciones previas.

**d.-** Además, beneficia a los dos enjuiciados la circunstancia atenuante calificada de prescripción gradual, por lo que en definitiva cabe considerar el hecho como revestido de tres o más atenuantes que favorecen a los sentenciados, y exentos de agravantes. Y en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en dos grados, atendida la concurrencia de las morigerantes ya señaladas, quedando en presidio menor en su grado máximo para Sandoval Arancibia .

**e.-** Sin embargo, en el caso del acusado López Almarza, al ser autor de tres delitos de homicidio calificado, debe considerarse la reiteración de ellos conforme lo contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, imponiendo una sola sanción por todos ellos, al ser tal sistema como más favorable que el establecido en el artículo 74 del Código Penal, que ordena imponer tantas penas como delitos se cometieron, la que se aumentará en un grado.

**f.-** Al efecto, primeramente, como ya se anticipó se rebajará la pena en dos grados, tomando como base el mínimo legal establecido, esto es, presidio mayor en su grado medio, producto de la minorante del artículo 103 del Código Penal y la de sus irreprochables conductas anteriores, situándose en presidio menor en su grado máximo respecto de Sandoval Arancibia; en tanto que respecto de López Almarza, dada la reiteración, dicho marco debe ser aumentado en un grado, fijándose aquella en presidio mayor en su grado mínimo. De esta manera se precisa en seis años de presidio mayor en su grado mínimo para López Almarza; y en **cinco años de presidio menor en su grado máximo**, para **Sandoval Arancibia**.

**14º.-)** 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 2.549 y siguientes, disintiendo parcialmente del mismo, por cuanto proponía la confirmación del fallo con las declaraciones de elevación de penas que allí mismo se indican.

**15º.-)** Que, finalmente, en lo pertinente a las pretensiones civiles de los querellantes particulares, no resulta atingente emitir pronunciamiento, atendida la transacción que alcanzaron las partes involucradas -como consecuencia del llamado a conciliación efectuado por esta Corte-, a cuyos efectos se comisionó al Abogado Integrante redactor del presente fallo, según consta de fojas 2.763 y siguiente del Tomo V de estos antecedentes, en donde las partes entre otros aspectos que allí mismo se explicitan, en satisfacción de lo alcanzado, se otorgaron el más amplio, completo y total finiquito por las responsabilidades civiles, administrativas y de cualquier otra naturaleza e índole que pudieran derivarse de los hechos materia del presente juicio, declarando que nada se adeudan y que no existe otro reclamo o pago pendiente entre ellas por ningún concepto, sea de origen legal o convencional originado o que guarde relación con los hechos que fueron materia de esta causa.

Por todo lo anterior y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 28 y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, **SE DECLARA:**

**I.-** Que se **confirma** la sentencia apelada de veintisiete de junio de dos mil siete, escrita de fojas 2.223 a 2.282, ambas inclusive, **con declaración** de que **DONATO ALEJANDRO LÓPEZ ALMARZA**, ya individualizado, queda condenado a sufrir la pena de única **seis años de presidio mayor en su grado mínimo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo que dure la condena, así como al pago de las costas de la causa, todo por su responsabilidad criminal, que en calidad de **autor** le correspondió en los delitos de **homicidio calificado** en las personas de **Carlos Patricio Fariña Oyarce, Víctor Iván Vidal Tejeda y Héctor Eugenio Araya Garrido**, perpetrados todos en Santiago, **entre el 13 y 14 de octubre de 1973**, ilícitos que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391 numeral 1º, circunstancia primera del Código Penal.

**II.-** Que atendida la extensión de la pena y por no reunirse en la especie los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, **no se le otorgará beneficio alternativo** alguno, procediendo a cumplir la pena impuesta en forma efectiva, debiendo considerarse los abonos de tiempo por los que permaneció privado de libertad y que se consignan en el fallo de primer grado.

Se **confirma**, en lo demás apelado, el mismo fallo ya precisado.

Acordada la condena penal de los acusados López Almarza y Sandoval Arancibia 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 las respectivas defensas, declarando

su procedencia, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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, 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 se 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 del disidente, suficiente razón 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, el día 29 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 a esa misma data existiera 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”, 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, siguesiendo 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 1° 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 del año 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 sendos delitos de homicidios calificados, 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 del Tomo I de estos antecedentes, que si bien se presentó una denuncia el 11 de junio de 1976, ella culminó con un sobreseimiento temporal de conformidad al artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, el que aparece dictado el 6 de septiembre, el que fue aprobado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 13 de octubre, datas todas correspondientes al año 1976, siendo finalmente archivados, hasta la ubicación de documentos pertenecientes a Eugenio Araya Garrido, y de osamentas correspondientes al occiso Fariña Oyarce, ocurrido el 30 de junio del año 2000, en tanto que la primera querrela criminal interpuesta lo fue el 14 de agosto del mismo año, conforme aparece de fojas 1.102, de todo lo cual aparece de toda evidencia que cualquiera sean las fechas que se consideren, el plazo de prescripción para crímenes, como es del caso, ya había transcurrido y según consta del extracto de filiación de los dos enjuiciados, rolantes a fojas 1.641 y 1.913, no existen antecedentes que permitan suponer que los acusados hayan 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 (13 y 14 de octubre de 1973) y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra de los condenados de la causa (14 de agosto de 2000), por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad de los sentenciados se había extinguido por la prescripción.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes, es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el o los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos punibles existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 13.- y 14.- anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Por último, se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los dos encausados, correspondiendo en el caso de los sentenciados López Almarza y Sandoval Arancibia al Ministro Sr. Rodríguez y a los abogados integrantes Srs. Medina y Ruiz Pulido, y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a aquellos, produciéndose acuerdo entre los jueces de la mayoría ya señalada en cada caso, en cuanto a imponer al primero la de cinco años de presidio menor en su grado máximo, y al segundo la de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, toda vez que los magistrados ya citados aceptan la concurrencia en la especie de la prescripción gradual o media prescripción, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

No se emite pronunciamiento respecto de las pretensiones civiles esgrimidas por los respectivos actores civiles, ello en atención a lo expresado en el motivo 15º.-) de la presente sentencia, toda vez que celebraron una transacción producto del llamado a conciliación efectuado por esta Corte, según rola de fojas 2.763 y siguiente del Tomo V de estos antecedentes, en donde las partes entre otros aspectos que allí mismo se explicitan, en satisfacción de lo alcanzado, se otorgaron el más amplio, completo y total finiquito por las responsabilidades civiles, administrativas y de cualquier otra naturaleza e índole que pudieran derivarse de los hechos materia del presente juicio, declarando que nada se adeudan y que no existe otro reclamo o pago pendiente entre ellas por ningún concepto, sea de origen legal o convencional originado o que guarde relación con los hechos que fueron materia de esta causa.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Medina, y de las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 7827-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Jorge Medina C. y Guillermo Ruiz P. No firman los abogados integrantes Sres. Medina y Ruiz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente y por haber cesado en sus funciones, respectivamente.

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

En Santiago, a dieciocho de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.