

► CONSULTA ESTADOS DE RECURSOS DETALLE RESOLUCION

► Recurso 2596/2009 - Resolución: 23778 - Secretaría: UNICA

Santiago, ocho de julio de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos N° 2182-98, Episodio ?Carlos Prats?, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz el treinta de junio de dos mil ocho, que se lee de fojas 6.834 a 7.338, se castigó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Pedro Octavio Espinoza Bravo, a sufrir cada uno de ellos, veinte años de presidio mayor en su grado máximo y las accesorias respectivas, por su responsabilidad de autores, en calidad de jefes, del delito de asociación ilícita, perpetrado entre los meses de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el treinta de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro. También fueron sancionados Raul Eduardo Iturriaga Neumann, José Octavio Zara Holger, Cristoph Georg Paul Willeke Flöel y Juan Hernán Morales Salgado, a padecer quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado máximo, cada uno, y las accesorias pertinentes, como coautores, en condición de miembros, de la aludida asociación ilícita, siendo todos condenados al pago de las costas del proceso, sin otorgárseles ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

Asimismo, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, a dos penas de presidio perpetuo; a Pedro Octavio Espinoza Bravo, a dos penas de veinte años de presidio mayor en su grado máximo; a Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, a dos penas de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y a José Octavio Zara Holger, Cristoph Georg Paul Willeke Flöel, María Inés Callejas Honores y Juan Hernán Morales Salgado, a sufrir cada uno de ellos, dos sanciones de diez años y un día de presidio mayor en su grado máximo, accesorias respectivas y, todos ellos, a satisfacer las costas del litigio, sin conferir alguna de las medidas de la Ley N° 18.216, por su responsabilidad de coautores de los homicidios calificados de Carlos Prats González y Sofía Cuthbert Chiarleoni, cometidos en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, el treinta de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Por último, se impuso a Jorge Enrique Iturriaga Neumann dos penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado medio y a Reginaldo de la Cruz Valdés Alarcón, dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado máximo, más accesorias y costas, por su intervención de cómplices en los aludidos homicidios, concediéndosele a éste último la remisión condicional de la pena, por igual período de extensión que su sanción privativa de libertad.

Respecto de los abonos de tiempo, en el caso de Contreras Sepúlveda se le reconocieron los trescientos ochenta y ocho días que se encontró privado de libertad, entre el veinticuatro de febrero de dos mil tres y el diecisiete de marzo de dos mil cuatro (fojas 1.350 y 3.498); a Espinoza Bravo, doscientos cuarenta y dos días que estuvo preso, desde el veinticinco de febrero de dos mil tres hasta el veinticuatro de octubre del mismo año (fojas 1.381 y 3.541 vuelta); a Raúl Iturriaga Neumann, doscientos cuarenta y dos días que quedó detenido y en prisión preventiva, a partir del veinticinco de febrero hasta el veinticuatro de octubre de dos mil tres (fojas 1.382 y 2.895 vuelta); a Zara Holger, veintitrés días que permaneció privado de libertad entre el veinticinco de febrero de dos mil tres y el diecinueve de marzo de ese

año (fojas 1.383 y 1.595 vuelta); a Willeke Flöel, cincuenta días, que estuvo detenido desde el uno de septiembre de dos mil tres hasta el veintidós de noviembre del mismo período (fojas 2.473 y 3.020); a Callejas Honores, doscientos veinticinco días, que se encontró privada de libertad a partir del uno de septiembre de dos mil tres hasta el doce de abril de dos mil cuatro (fojas 2.472 y 3.590); a Jorge Iturriaga Neumann, sesenta y dos días que estuvo preso, entre el veintisiete de febrero de dos mil tres y el veintitrés de abril de dos mil cuatro (fojas 1.409 y 1.735); a Valdés Alarcón, sesenta días que quedó detenido desde el dieciocho de abril hasta el quince de junio de dos mil cinco (fojas 4.495 y 4.873); y a Morales Salgado, ciento sesenta y seis días, que permaneció en prisión preventiva entre el veintidós de junio de dos mil siete y el catorce de diciembre del mismo año (fojas 6.233 y 251 del ?Cuaderno de Libertades?).

Impugnado dicho fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y de apelación y elevado en consulta respecto de Juan Manuel Contreras, cuya apelación fue declarada extemporánea, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintinueve de enero de dos mil nueve, escrita de fojas 7.561 a 7.567, desestimó la invalidación formal impetrada por la defensa de Willeke Flöel y, con mayores argumentos, confirmó y aprobó la resolución en alzada en todas sus partes.

En contra de esta decisión, la defensa del condenado Zara Holger, representada por el abogado José Luis Sotomayor López, formalizó recursos de casación en la forma y en el fondo, los que sustenta en el N° 6° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y en el numerando quinto del artículo 546 del mismo ordenamiento, respectivamente (fojas 7.569 a 7.591). A su vez, el letrado Jorge Balmaceda Morales, instauró sendos recursos de casación en el fondo, en representación de Raúl Iturriaga Neumann (fojas 7.593 a 7.603), Pedro Espinoza Bravo (fojas 7.604 a 7.614) y Jorge Iturriaga Neumann (fojas 7.615 a 7.623), todos basados en el literal quinto del artículo 546 del mencionado cuerpo legal. Por su parte, Cristián Heerwagen Guzmán, abogado de Christoph Willeke Flöel, promovió un recurso de casación en la forma, asilado en la causal 12ª del artículo 541 del estatuto procedimental criminal (fojas 7.625 a 27.629). El mismo abogado, pero esta vez a nombre de Juan Morales Salgado, entabló recursos de casación en la forma, fundamentándolo en los ordinales segundo, sexto y séptimo, del artículo 541 y en el fondo, cimentado éste en el artículo 546, N°s. 3°, 5° y 7°, todos del texto legal citado (fojas 7.631 a 7.667). La defensa judicial de Callejas Honores, sostenida por Manuel Tejos Canales, presentó recurso de casación en la forma, basado en el artículo 541, N° 2°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, y de casación en el fondo, asentado en los literales tercero y séptimo del artículo 546 de la mentada recopilación legal (fojas 7.665 a 7.703). Por último, el letrado Fidel Reyes Castillo, por el inculcado Contreras Sepúlveda, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, basado el primero de ellos en el artículo 541, N° 12° y, el segundo, en los motivos primero, quinto y séptimo del artículo 546 de la misma compilación de leyes (fojas 7.704 a 7.727).

Declarados admisibles los mencionados arbitrios, se ordenó traer los autos en relación.

C O N S I D E R A N D O:

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA:

PRIMERO: Que, como se anticipó, el medio de impugnación formal esgrimido por Zara Holger, se ampara en la motivación sexta del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en armonía con el artículo 53, N° 3°, del Código Orgánico de Tribunales, puesto que la decisión censurada, al confirmar la de alzada, hace suyo el vicio de haber sido emitida por un juzgador no llamado por la ley para dirimir el asunto penal sometido a su

conocimiento.

Señala que los sucesos indagados tienen su primitivo origen procesal en la solicitud de extradición pasiva de Augusto Pinochet Ugarte y otros, formulada por la justicia argentina, la que fue rechazada por esta Corte el dos de diciembre de dos mil dos, en virtud del artículo II de la Convención de Extradición de Montevideo, por concurrir las condiciones previstas en su letra b) y atendido lo dispuesto en los artículos 6° y 167 del Código Orgánico de Tribunales, vigentes a la época de los sucesos. Consecuentemente la Corte de Apelaciones de Santiago dispuso el conocimiento de estos antecedentes por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, quien el treinta de junio de dos mil ocho pronunció sentencia definitiva de primera instancia, en la cual se juzgó y condenó a su mandante, con arreglo al Derecho Internacional, lo que se desprende irrefutablemente de sus basamentos 68°), 77°), 78°), 79°) y 80°), los que transcribe latamente.

Explica que frente a estos razonamientos su poderdante opuso antes de la vista de la causa, el uno de diciembre de dos mil ocho, un incidente de incompetencia absoluta del tribunal de alzada, el que fue rechazado al día siguiente con un lacónico: "atendido el mérito de los antecedentes, no ha lugar".

Arguye que el artículo 53, N° 3°, del Código Orgánico de Tribunales, otorga competencia como tribunal ordinario unipersonal accidental al Presidente de la Corte Suprema para conocer en primera instancia, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en "las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional", citando en abono de su posición la opinión de los profesores Pereira Anabalón, Colombo Campbell y López Pescio.

Refiere que su defendido fue enjuiciado conforme a las reglas del derecho internacional por un miembro de la Corte de Apelaciones de Santiago, obrando como Ministro de Fuero, y no por el magistrado que correspondía. Es más, gracias a la apelación interpuesta fue nuevamente juzgado acorde con las reglas del derecho de gentes por una sala del tribunal de alzada capitalino, magistratura incompetente, pues debió hacerlo la sala penal de esta Corte, conforme al inciso final del artículo 53 del aludido cuerpo legal. Manifiesta que el presente arbitrio se encuentra preparado en los términos del artículo 769, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, dado que se interpuso la aludida incidencia, siendo rechazada, resolución que según el artículo 210 de la mencionada recopilación, es inapelable; por lo que insta por su aceptación, invalidando el dictamen dubitado, pronunciando otro conforme a derecho y al mérito del proceso, con costas.

SEGUNDO: Que, a su turno, la asistencia jurídica del condenado Willeke Flöel también dedujo recurso de casación en la forma en contra del fallo del tribunal de alzada en estudio, pero sustentado en la causal 12ª del artículo 541 del Código procedimental criminal, ya que en su opinión, se ha omitido durante el juicio la práctica de algún trámite o diligencia dispuesto expresamente por la ley bajo pena de nulidad, en concordancia con el artículo 69, inciso segundo, del estatuto procesal civil, toda vez que se le impidió alegar en estrados la apelación de la decisión del a quo, impidiéndole a su representado, en consecuencia, la interposición de un arbitrio de casación en el fondo.

Asevera que la sentencia objetada en su basamento cuarto, último acápite, consigna que Willeke Flöel no se alzó en contra del veredicto de primer grado, elevándose su conocimiento en consulta, lo que no es efectivo, pues su poderdante en el acto de la notificación, adoptando una de las actitudes que permiten las reglas procesales pertinentes, apeló, como lo comprueba la fotografía del respectivo estampado que inserta en el escrito de formalización, error que nace como corolario del informe emitido por el Fiscal Judicial, donde aparece que el inculpado no había ejercido su derecho de apelar del dictamen de primera

instancia, motivo por el cual y ¿ante la insistencia de este abogado, se me permitió sólo alegar por mi representado en relación a un recurso de casación en la forma y sólo hacer unos breves alcances en cuanto al fondo de la sentencia?

Termina por aducir que la transgresión denunciada ha influido sustancialmente en lo decisivo del fallo, en atención a que se impidió la defensa judicial en segunda instancia de su representado, por lo que solicita que acogido que sea este arbitrio se anule el veredicto condenatorio en lo penal y se ordene que los antecedentes vuelvan al tribunal *ad quem*, para que jueces no inhabilitados conozcan y resuelvan la apelación interpuesta por este enjuiciado.

TERCERO: Que el recurso intentado por Morales Salgado se asienta en los numerales segundo, sexto y séptimo del artículo 541 del Código de instrucción criminal, esto es, en ¿no haber sido recibida la causa a prueba, o no haberse permitido a alguna de las partes rendir la suya o evacuar diligencias probatorias que tengan importancia para la resolución del negocio?, en ¿haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal manifiestamente incompetente, o no integrado por los funcionarios designados por la ley? y, finalmente, en ¿haber sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de un juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente?.

En su capítulo inicial, explica que dentro del período probatorio y cumpliendo con todas las exigencias legales solicitó en su escrito de contestación a las acusaciones formuladas en su contra, la realización de diversas diligencias, dentro de las cuales instó por la declaración de los inculcados Espinoza Bravo, Raúl Iturriaga Neumann y Callejas Honores, para lo cual acompañó la respectiva minuta y expresó la especial importancia de dichas actividades para la decisión de la causa. No obstante, el tribunal de primer grado denegó dicha petición, dictando sentencia definitiva después de un breve período de plenario, a los pocos días de decretar el cierre del sumario.

El oponente hace consistir la influencia substancial en lo dispositivo de lo resuelto en el hecho de no poder acreditar que su defendido nunca tuvo relación con el crimen que se investiga.

CUARTO: Que el otro motivo de casación en la forma intentado consiste en haber sido pronunciada la decisión impugnada por un tribunal incompetente.

El compareciente arguye que este proceso en su origen constituye una infracción a la Carta Fundamental, a las leyes que regulan la materia y a lo dispuesto por la resolución recaída en los antecedentes administrativos N° 17.137, de esta Corte Suprema, de catorce de octubre de dos mil dos, puesto que la aceptación a tramitación de la querrela interpuesta por los familiares de Carlos Prats y su cónyuge, se basa en el artículo 50, N° 2°, del Código Orgánico de Tribunales, disposición que a esa data se encontraba modificada por el artículo 11 de la Ley N° 19.665, de nueve de marzo de dos mil, mediante el cual se excluyó del conocimiento de un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva las causas ¿criminales por crímenes o simples delitos?, alteración que según el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes rige in actum, esto es, desde el día de su publicación. Más aún, las normas transitorias que contiene el aludido cuerpo legal no disponen regla alguna que altere su entrada en vigencia, a excepción del artículo 7° transitorio, aplicable únicamente a los juzgados ordinarios permanentes, de lo que se colige que los tribunales especiales quedaron suprimidos desde aquella data, de manera tal que no pueden seguir actuando y menos se les pueden asignar causas desde la entrada en vigor del mencionado estatuto. Afín a estos asertos en la historia fidedigna del establecimiento del aludido ordenamiento, lo dicho por el Tribunal Constitucional al revisar dicha legislación y en la doctrina especializada.

En mérito de todo lo anterior el recurrente insta por la nulidad absoluta y de derecho público de lo actuado, basado en los artículos 19, N° 3°, inciso quinto, y 63, N° 3°, de la Carta Magna, dado que "el Poder Judicial se atribuyó la facultad de juzgarlos mediante comisiones especiales (los jueces de fuero lo son), y han alegado circunstancias y leyes extraordinarias para hacerlo", comportamiento por el que el Estado debe responder de conformidad con los artículos 6° y 7° del Código Político.

Reseña que se ha quebrantado el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, pues el tribunal que juzgó a su mandante fue suprimido por el legislador, pues se le privó de las funciones de naturaleza jurisdiccional "como conocer y resolver las acciones criminales seguidas contra ex Presidentes de la República, según lo disponía el antiguo artículo 50, N° 2°, del Código Orgánico de Tribunales", reduciéndolas al ámbito civil, quedando radicadas dichas potestades exclusivamente en los juzgados del crimen, los de garantía y en los tribunales orales en lo penal, según la época de ocurrencia de los hechos criminosos.

De esta manera, ordenar la apertura de un sumario aceptando a tramitación la querrela en relación al fuero, en carácter de juez unipersonal de primera instancia, vulnera el artículo 5° de la Carta Fundamental, en conexión con el artículo 76, inciso primero, del mismo cuerpo legal, por lo que no ha sido la ley el título habilitante de su jurisdicción, sino que la disposición de carácter económico administrativa que ha creado un tribunal ex post facto e incompetente, de manera tal que se configura la causal de anulación formal esgrimida y requiere que esta magistratura declare su invalidación ordenando lo que en derecho corresponda.

QUINTO: Que el último motivo invocado por Morales Salgado es el consignado en el numerando séptimo del artículo 541 del cuerpo procedimental penal, toda vez que al señor Ministro sustanciador de estos antecedentes le afecta la causal de implicancia octava del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales.

Manifiesta que este juicio tuvo su origen en la resolución de esta Corte que concedió la extradición pasiva de los querrellados, para luego ordenar que se remitieran dichos antecedentes a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que los derivó al Ministro de Fuero que conocía de diversas querrelas interpuestas en contra de Augusto Pinochet Ugarte, bajo el N° 2182 ? 98, dentro de las cuales se encuentra la que indaga sobre la detención y desaparición de Miguel Andrés Heredia Vásquez, en la cual el Ministro señor Solís, integrando la Corte Marcial, el seis de julio de dos mil cinco, ordenó la reapertura del sumario, entrando a conocer la causa, disponiendo el ocho de agosto del mismo año traerlos a la vista al Juzgado Militar que la conocía, avocándose a ella, realizando las diligencias que había ordenado como juez de segundo grado (fojas 850 del cuaderno "Miguel Heredia" del Episodio Tejas Verdes), de lo que se colige, que este juzgador manifestó su opinión sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. El juez que en una calidad estima reabrir un sumario, no puede asumir después como magistrado de primer grado, cumplir las actividades probatorias que él mismo decretó, para luego someter a proceso y dictar sentencia.

SEXTO: Que el recurso deducido por la encartada Mariana Callejas Honores se asienta en la causal segunda del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, pues el veredicto objetado cristaliza un proceso criminal en el cual no fue recibida la causa a prueba, ni se permitió a esta parte rendir la suya o evacuar gestiones que tenían importancia para la resolución de la litis, especialmente sobre su intervención en el injusto investigado, todo lo que se solicitó expresamente en segunda instancia.

Estima que en armonía con el ordinal cuarto del artículo 500 del cuerpo legal citado, es dable colegir que el veredicto denunciado adolece de ?sendos defectos sustanciales del procedimiento e infracción de leyes reguladoras de la forma del juicio?, con lo que se conculcan los artículos 500 y 541 del citado compendio, que asegura a todas las personas un racional y justo proceso.

Advierte que el dictamen recurrido de modo alguno acata los requerimientos que taxativa y copulativamente impone el artículo 500 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo que se expresa en sus reflexiones décima y décima primera, incurriendo en un error lógico y jurídico, ya que si bien le otorga cierta entidad al documento ?manuscrito? acompañado por su poderdante, comete una flagrante contradicción al no otorgarle mérito o importancia resolutoria, por considerar que no corresponde a ningún hecho nuevo ignorado por la encartada.

Asegura que el instrumento aportado autorizaba recibir la causa a prueba, dado que puso en conocimiento del tribunal de alzada un hecho que no fue considerado con anterioridad, esto es, que a la época de la comisión de los homicidios imputados a su representada acaecidos en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, aquella se encontraba en su domicilio de calle Pío X, en la ciudad de Santiago, afectada por escarlatina. Es más, ese día fue visitada por su médico tratante y por el coronel Pedro Espinoza Bravo, a quien va dirigida la misiva cuya copia se aparejó, fundando la petición de dos de diciembre de dos mil ocho, para que se abriera un término probatorio, conforme al artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, a fin de dar cumplimiento a las actividades solicitadas tendientes a demostrar que el día del atentado, Callejas Honores se encontraba en Santiago de Chile y no junto a Michael Townley, en Argentina, por lo que no tuvo, con arreglo al artículo 15 del Código Penal, participación alguna en los sucesos indagados.

Reitera que se le impidió ejercer plenamente aquellas garantías procedimentales aseguradas constitucionalmente, las que giran en torno a permitir que la defensa pueda ejercer el derecho a comprobar por los medios contemplados en la ley la inocencia de su representada, que al ser transgredidas deben acarrear la nulidad de la sentencia objetada, por la infracción del artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el artículo 541, N° 2°, del mismo ordenamiento, vulnerándose asimismo el racional y justo procedimiento asegurado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, al no satisfacer el fallo la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 500 del estatuto procesal penal, por lo que procede la anulación del dictamen y la corrección de los yerros denunciados.

SÉPTIMO: Que la defensa de Contreras Sepúlveda también funda su arbitrio de casación en la forma en el numerando duodécimo del artículo 541 del cuerpo de instrucción criminal y, en esencia, dice violentados los artículos 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República; 8.2, inciso segundo, letra f), de la Convención de Derechos Humanos; 6.3, letra d), de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales; 14.3, letra e), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6.2, letra a), del Protocolo II del Convenio de Ginebra; y 6°, N° 3°, letra d), del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hace consistir su reproche en la imposibilidad de examinar a los testigos de cargo, lo que provoca la desprotección reclamada. Estima que se le impone una sanción penal con el mérito ?de las testimoniales prestadas por testigos ante un tribunal no independiente, parcializado subjetiva como objetivamente, en el marco de un proceso penal secreto, que atenta contra el principio de igualdad ante la ley y que viola las normas genéricas y básicas

que constituyen el debido proceso, como la intermediación probatoria, razón por la cual se impide a esta parte querellada conainterrogar a los testigos de cargo?.

Expresa que solicitó oportunamente la ratificación de los declarantes en el plenario, lo que fue ordenado por el tribunal, pero rara vez aquellos concurrían a declarar, toda vez que conforme al artículo 469 del Código de Procedimiento Penal, no se les resta valor probatorio a los testigos que no concurren a la ratificación.

Estima que esta situación afecta el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, pues se impide a los encartados controvertir las pruebas y ejercer control sobre las mismas, tareas que se encuentran implícitas en el mencionado dogma, citando jurisprudencia nacional e internacional en apoyo de sus asertos. Concluye que el vicio delatado ha influido en lo dispositivo del veredicto, por lo que solicita su anulación, dictándose la decisión que corresponda en derecho.

OCTAVO: Que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 del de Enjuiciamiento Criminal, puede este tribunal, conociendo por esta vía, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que le afectan imperfecciones que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurren a alegar en la vista de la causa.

En el asunto sub lite, luego de la vista y durante el estudio y análisis del fallo impugnado, este tribunal advirtió que adolece de tales anomalías, no siendo posible oír a los letrados sobre estos tópicos, atendido el estado procesal en que se hallaban los autos.

NOVENO: Que, la fundamentación de las sentencias representa una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas. Asimismo, tiene por objeto impedir que no se desarrollen las razones que justifican la decisión, sea porque existe ausencia total de éstas o porque se ha discurredo sobre antecedentes fácticos y jurídicos del todo ajenos a las alegaciones propuestas, lo que por cierto sí importa un defecto que permite la anulación del fallo.

DÉCIMO: Que, en este orden de ideas, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto, exige que las sentencias definitivas de primera instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen la de otro tribunal, deben comprender, ¿Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta?; para proseguir, en su número quinto con ¿Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio?.

UNDÉCIMO: Que en cuanto a la atenuante contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, invocada oportunamente por los inculcados Raúl Iturriaga, Jorge Iturriaga, Juan Manuel Contreras, Cristoph Willeke, Juan Morales y José Zara, el dictamen de primer grado, no alterado en este aspecto por el veredicto en examen, en su acápite 91º), señala: ¿Que procede desechar la existencia de la denominada `media prescripción?, en razón de lo analizado y resuelto en los motivos 78º), 79º) y 80º) de este fallo, respecto de la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, en cuya virtud las normas del Derecho

Penal Internacional impiden la aplicación de la prescripción, total o gradual, respecto de los Crímenes de Lesa Humanidad?, cual es, precisamente, el caso de los ilícitos que se les atribuye?

DUODÉCIMO: Que en la motivación precedentemente transcrita, se advierte que para desechar la atenuante del artículo 103 de Código Penal, se invoca lo expuesto en los basamentos 78º) a 80º) del mismo fallo, en los cuales queda rechazada la prescripción de la acción penal alegada por los inculcados, atendido el carácter de delito de lesa humanidad que reviste el establecido en el presente juicio, utilizando, en esencia, iguales fundamentos para desestimar la atenuación de la responsabilidad criminal y cuantía de la pena contemplada en el aludido artículo 103 del mismo texto legal.

DÉCIMO TERCERO: Que siendo la prescripción de la acción penal una causal extintiva de la responsabilidad penal, claramente distinguible de la atenuante calificada establecida en el citado artículo 103, ambas con efectos penales totalmente distintos, los argumentos dirigidos a rechazar una y otra no pueden ser los mismos ni pueden mezclarse, so pena de no satisfacer los requerimientos contemplados en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal (En este sentido: SCS, 15.10.2008, Rol N° 4723-07; SCS 03.12.2008, Rol N° 4961-07; y SCS 26.01.2009, Rol N° 874-08).

DÉCIMO CUARTO: Que, al efecto, aún tratándose de instituciones jurídicas con un origen común y que se nutren del tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito, la sentencia que las rehúsa o acoge necesita razonar, en consonancia con lo decidido, acerca de las alegaciones que los enjuiciados esgrimen en su favor, de modo que el argumento genérico que estriba en que el rechazo se funda en la naturaleza de los delitos de lesa humanidad que poseen los crímenes establecidos, que hace inaplicable la prescripción, no satisface las reseñadas exigencias del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, desde que ese razonamiento sólo alcanza a la imprescriptibilidad de la acción penal. De lo anterior, se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los basamentos que, en forma concreta y determinada, sustentan la denegación de la mitigante de responsabilidad mencionada.

DÉCIMO QUINTO: Que, por consiguiente, el pronunciamiento criticado, con las carencias anotadas, queda claramente incurso en la causal contemplada en el numerando noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el artículo 500, N.ºs. 4º y 5º, del mismo cuerpo legal, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley, incorrección que no puede subsanarse sino con la anulación de oficio del veredicto que la contiene.

DÉCIMO SEXTO: Que, acorde con lo expuesto y en virtud de lo prevenido en el artículo 535, inciso primero, del Código del ramo, en conexión con el artículo 775 del de Procedimiento Civil, esta Corte se encuentra facultada para invalidar la indicada resolución, desde que se dan en la especie los presupuestos que permiten al tribunal proceder de oficio, y siendo evidente el vicio que sufre el dictamen en estudio, hará uso de dicha atribución, anulándolo por la motivación reseñada en el raciocinio anterior.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, es del todo innecesario entrar al estudio de los recursos de casación en la forma instaurados, así como también, de conformidad con lo estatuido en el artículo 808 del Código de Enjuiciamiento Civil, se tendrán por no entablados los de casación en el fondo formalizados por las defensas de los encausados.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 535, 500, N.ºs. 4º y 5º, 541, N.º 9º, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775, 786 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de veintinueve de enero de dos mil nueve, que rola de fojas 7.561 a 7.567, por lo que acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se

dictará el fallo de reemplazo que corresponde.

Atento lo decidido, se tienen por no formalizados los recursos de casación en el fondo promovidos por las asistencias jurídicas de los condenados.

Acordada la decisión de invalidar de oficio la sentencia impugnada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por abstenerse y resolver los recursos de casación deducidos en atención a que las consideraciones de la sentencia, en lo tocante al rechazo de la media prescripción, satisfacen cabalmente los requerimientos de fundamentación exigidos en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal toda vez que es fácilmente comprensible, y porque el razonamiento del juzgador no sólo alcanza a la imprescriptibilidad sino también a la justificación del rechazo de lo pedido, que fuera sustentado en normas de derecho penal humanitario.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Künsemüller y del voto en contra, su autor.

Rol N° 2596-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Guillermo Silva G.

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

En Santiago, a ocho 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.

► CONSULTA ESTADOS DE RECURSOS DETALLE RESOLUCION

► Recurso 2596/2009 - Resolución: 23781 - Secretaría: UNICA

4°.- Que los Convenios de Ginebra de 1949, fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, publicado en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose estos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

El destacado jurista Jean Pictet, ya fallecido, a quien se considera es 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 I) y del artículo 3° de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoció que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar en ellos ninguna definición del estado o situación 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 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 calidad de beligerantes, o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerantes 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 órdenes 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 de la Academia de Humanismo Cristiano, de 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 de 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, se expresa que 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 letra 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 que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por el Congreso Nacional recién el 1° de agosto de 2008, 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 operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N°5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa, el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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, fue publicado en el Diario Oficial de 12 de agosto de 1973, 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 del 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 N° 5, de 1973, 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, a la data de los hechos, existía un "conflicto armado no internacional", en términos que no resultan aplicables 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 facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente", norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y, que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones en los tratados de paz que suscriban (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente, en los autos Rol N° 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" (página 44).

5°.- 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 Derechos 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.

6°.- Que, en el caso de 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, 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.

7°.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, inserto 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 1° de agosto pasado, según ya se expresó, no existía a la época de comisión de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su perpetración, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8°.- La ley N° 20.357, publicada en el Diario Oficial de 18 de julio de 2009, que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes y Delitos de Guerra, contiene un concepto de crímenes de lesa humanidad, aplicable en la materia de este proceso criminal, disponiendo en su artículo 1°, que constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en su párrafo 1°, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias: 1° Que, el acto se ha cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (define la ley en el artículo 17 letra c) en los términos siguientes: ?Población civil: conjunto de personas que, independientemente de su nacionalidad, no hayan participado directamente en las hostilidades, o hayan dejado de participar en ellas, incluidos los ex combatientes que hayan depuesto sus armas y personas que estén fuera

del combate); y, 2° Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política de Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

El texto en referencia, que introduce en los términos señalados en nuestra legislación los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes cometidos en caso de conflicto armado y crímenes cometidos en caso de conflicto armado de carácter internacional, además, de que debiera ya ejercer trascendente influencia en causas en tramitación y falladas sobre crímenes que se califican de "lesa humanidad", como lo son el secuestro y homicidio calificado en procesos de derechos humanos, a virtud de la aplicación de la ley más favorable, en esta causa determina que, claramente, los delitos que se han investigado y se encuentran en vía de sanción definitiva, no son de lesa humanidad, y no les resulta aplicable la legislación internacional, por consiguiente, no se ve obstáculo para aplicar la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción.

9°.- Que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 94 del Código Penal, la acción penal prescribe tratándose de crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años; respecto de los demás crímenes, a los que la ley impone pena de presidio, reclusión, relegación, confinamiento y extrañamiento mayor, en diez años, espacio de tiempo que debe transcurrir, como sucede en la especie, en que no hay antecedentes producto de la investigación, ni alegado o invocado, íntegramente, entre la fecha de comisión del delito (artículo 95 del Código Penal) y aquella en que la acción se dirige en contra del culpable, en las formas y modalidades que la doctrina y jurisprudencia ha ido estableciendo, sin que en el tiempo intermedio ocurran hechos que interrumpan y/o suspendan el cómputo, con las consecuencias diferentes de ambas instituciones, y que impidan el transcurso del plazo establecido en la ley.

El delito de homicidio calificado merece según la ley (artículo 391 N°1° del Código Penal) pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y requieren del transcurso de quince años, y respecto del delito de asociación ilícita, el artículo 293 del texto legal citado, contempla pena de crimen para quienes hayan ejercido mando y sus provocadores, y el tiempo de prescripción será de diez años, y en cuanto a los otros individuos que hubieren tomado parte en la organización y no tuvieren las calidades antes mencionadas, el plazo de prescripción será de cinco años por cuanto la pena establecida para ellos, es de presidio menor en cualquiera de sus grados.

De los antecedentes consta que los delitos, tanto los de homicidio calificado, como el de asociación ilícita, se perpetraron durante el año 1974, y el inicio de la investigación e inculpación directa en contra de los sentenciados se produjo el 7 de Enero de 2003, habiendo transcurrido entonces más de veintiocho años, encontrándose, por tanto, extinguida la responsabilidad criminal de los enjuiciados.

Se deja constancia que, respecto de los cómplices Mariana Callejas y Jorge Iturriaga y para los efectos del quantum de la pena que en definitiva se les ha impuesto, se produjo dispersión de votos y no se obtuvo acuerdo. En efecto, los ministros de mayoría señores Dolmestch, Künsemüller, Brito y Silva comparten la

decisión de condena, la calificación jurídica del hecho punible, y el grado de participación que a los inculpados correspondió en el delito por el que se los acusó, pero al momento de determinar las penas que a cada cual corresponde, los ministros señores Dolmestch y Silva, dando aplicación al artículo 103 del Código Penal, estuvieron por rebajarles dos grados y aplicarles a cada uno cinco años de presidio menor en su grado máximo, mientras que los ministros señores Künsemüller y Brito disienten de ello, el primero, porque estima que aplicando el artículo 103, debería rebajárseles sólo un grado; y el segundo, el ministro señor Brito no comparte la institución de la media prescripción, razón por la que se llamó a una nueva votación sobre el punto, conforme al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, determinándose la pena del modo que se razona a continuación. Allí, el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si bien estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, ello no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena en dos grados por la disposición favorable antes citada. Con lo anterior se logró mayoría absoluta de votos entre los Ministros señores Ballesteros, Dolmestch, y Silva, para aplicar en este caso el artículo 103 del Código Penal y estimar los delitos de homicidio calificado, respecto de los cómplices, como revestidos de dos atenuantes calificadas y de ninguna agravante; circunstancias que, unidas a la irreprochable conducta pretérita, como lo dispone el artículo 68 del mismo cuerpo de leyes, concluyó con la condena en la forma, cuantía y condiciones estipuladas en lo decisorio de este fallo. Se previene que el Ministro señor Künsemüller, como ya se señaló en el párrafo precedente, relativo al quantum de la pena, si bien comparte la aplicación del artículo 103 del Código Penal respecto de los enjuiciados como cómplices de los delitos de homicidio, fue de opinión de rebajar con su mérito sólo en un grado la pena aplicable a los sentenciados Mariana Callejas y Jorge Iturriaga y elevarla en otro por la reiteración, resultando a su respecto la pena única de presidio mayor en su grado mínimo, para cada uno.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Carlos Künsemüller y de las prevenciones, y disidencias sus respectivos autores.

Rol N° 2596-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Guillermo Silva G.

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

En Santiago, a ocho 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.