

Santiago, tres de julio de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado en la casación de oficio que precede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 18°, 19° y 24°, que se eliminan.

Se suprime, asimismo, en el motivo 39, quinta línea, el apellido "Bauer"; y en el 41°, cuarta línea, el nombre propio "Krantz Bauer Donoso".

Se reemplaza, en el considerando 30°, el apellido "Romero" por "Gómez".

Y se tiene en su lugar, y además, presente:

Primero: Que el encausado Krantz Bauer Donoso, en su indagatoria de fs. 752, y que resume el considerando 17° del fallo de primer grado, niega la participación que se le atribuye en los hechos investigados, esto es, el homicidio calificado de Paulina Alejandra Aguirre Tobar, cometido el 29 de marzo de 1985, en el sector "El Arrayán", en Santiago Oriente.

En ella sostiene, en síntesis, que a la fecha en que sucedieron los hechos aquí investigados era el jefe de la Unidad A-305 del Cuartel Borgoño; que se le tenía asignado como nombre operativo o "chapa" el de Oscar Hernández Santa María; que la estructura orgánica de la División que allí funcionaba estaba dirigida por el Mayor Álvaro Corbalán Castilla, quien era su Comandante, que el segundo Comandante era el Mayor Carlos Herrera Jiménez y que el Jefe de la Brigada Azul era el Mayor Jorge Andrade Gómez, cuyo nombre operativo era el de "Don Oscar".

Segundo: Que, agrega, unos días antes de la muerte de Paulina Aguirre, en circunstancias que se encontraba en su Oficina de A-305 CTO-, en el Cuartel Borgoño, desde donde ejercía el mando de ésta, ya que él era su jefe, el Mayor Corbalán lo llamó para que fuera hasta su oficina y allí le ordenó que concurriera con el equipo "Apache" a una dirección en el sector "El Arrayán" del barrio alto de Santiago, pues la dueña de ese domicilio había informado que en una de las piezas prefabricadas que tenía dada en arriendo y producto de una reparación que se hizo en una de las murallas, por secuelas de un terremoto, los maestros que allí trabajaron encontraron casualmente explosivos y armamento.

Tercero: Que en cumplimiento de dicha orden, acompañado de miembros del equipo "Apache" los suboficiales Toledo y Torrejón, con "chapas" "Chico Ricardo" y "Negro Miguel", respectivamente- con más el equipo de antiexplosivos de la Central Nacional de Informaciones, al mando del Capitán de Ejército señor Inostroza, se constituyó en el lugar y allí la dueña de casa denunciante le dijo que la arrendataria de esa pieza era una joven estudiante llamada Paulina Aguirre. Revisando las instalaciones encontraron gran cantidad de armamentos y explosivos, incautando granadas tipo piña, pistolas marca Browning, subametralladoras marca Beretta, fusiles Aka, fusiles Falk, bombas tipo vietnamitas, lanza cohetes RPG 7, diversos tipos de munición y documentación perteneciente al MIR.

De vuelta al Cuartel, dio cuenta de los hechos al Mayor Corbalán, quien ordenó investigar la ubicación de esa joven arrendataria Paulina Aguirre a la Brigada Azul, encargada del MIR.

Cuarto: Que cuando ocurre la muerte de la joven Paulina Aguirre unos días después- él se encontraba en la CTO, ubicada en el Cuartel Borgoño, por lo que se informó de esos hechos por el tráfico radial e informó de ello al Mayor Corbalán. Con gente de “Apache” y de la Unidad Antiexplosivos concurrió al lugar de los hechos, porque era una de sus funciones. Al llegar allá una o dos horas después- ya estaba la Brigada de Homicidios cumpliendo con su trabajo y allí pudo ver a Corbalán, Andrade y alrededor de otras doce personas, correspondientes a unos tres equipos de la Brigada Azul.

Manifiesta que supo que la Brigada Azul preparó a la joven una “ratonera”, que consiste en esperar a la persona en su domicilio hasta que llegue, para luego detenerla, por lo que se hacen turnos entre los equipos de la Brigada respectiva y supo también que en el momento de los hechos correspondía el turno al equipo del “Paco Aravena” y “el Cordero Chico”, nombres operativos de Miguel Soto Duarte y Alejandro Astudillo Adonis.

Quinto: Que, no obstante la negativa anterior y para convencerlo de su participación culpable, el tribunal a quo citó en su sentencia piezas incriminatorias en su contra y que se hace necesario aclarar. Estas son:

a.- La imputación de Alejandro Francisco Astudillo Adonis, de fs. 375, en cuanto sostiene que el jefe de la Brigada Azul era el Capitán Krantz Bauer.

Que si bien es efectivo que el nombrado deponente expresó lo antes referido en su declaración de fs. 375, lo hizo diciendo que “El jefe de la Brigada Azul era el Capitán Bauer, Oficial de Ejército”, pero no puede omitirse que más adelante, en la misma declaración, al explicar que cuando el “Paco Aravena” le ordenó en la oficina de la Brigada Azul que tenía que concurrir al lugar de los hechos, agrega que “En la oficina del “Paco Aravena” se encontraba también el jefe de la Brigada Azul y creo que era el Capitán Bauer, u otro que cumplía la función de Jefe.” Sin embargo, más adelante, a fs. 474, aclara y rectifica sus dichos en el sentido que el jefe de la Unidad Azul no era Bauer, sino que “don Oscar” y este último era la persona que estaba con el “Paco Aravena” y que de él recibe la orden, enfatizando que no ha sido presionado ni amenazado para realizar tal rectificación. Estos dichos los ratifica nuevamente a fs. 529, en cuanto reitera que la orden la recibió del “Paco Aravena”.

Por lo tanto, la antes referida incriminación se encuentra desmentida expresamente por el propio declarante.

b.- La imputación de Miguel Angel Patricio Soto Duarte, de fs. 379 y 487, en cuanto refiere que Corbalán y Krantz Bauer habrían llegado al lugar de los hechos muy rápidamente; que este último habría organizado el operativo con “don Oscar” y que “puede haber habido un segundo o tercer anillo alrededor de ellos”.

En tales declaraciones dice que el Capitán Andrade, chapa “don Oscar”, quien se hizo cargo del procedimiento, dio todas las órdenes, entre ellas el que tenían que “neutralizar” o eliminar a la extremista que se sabía iba a llegar al lugar de los hechos. Refiere a fs. 487 que él recibió órdenes militares de su superior directo en ese momento, don Oscar, a quien reconoce como Jorge Andrade Gómez, agregando que en la organización de la aludida operación participó, entre otros, Krantz Bauer, don

Álvaro y don Oscar, quienes habrían planificado seguimientos y organizado diversos equipos con el fin de lograr éxito en las pesquisas destinadas a desarticular los grupos subversivos de esa época. Que, sin embargo, del proceso no aparece ningún otro antecedente que permita suponer la participación de Bauer en la organización del operativo, desde que el propio Andrade nada dice al respecto y afirma que Corbalán y Bauer llegaron al sitio del suceso cuando ya estaba Carabineros, al mando de un Coronel y a quien le dio cuenta de lo sucedido, situación que es concordante con los dichos de Bauer, con la sola diferencia que este último dice que se trataría de la Brigada de Homicidios de Investigaciones de Chile.

Ahora, respecto a la existencia de un supuesto segundo o tercer anillo alrededor de ellos, lo que, sin decirlo, pareciera querer significar que los “jefes” habrían estado inmediatamente detrás suyo, formando un anillo, sea éste para proteger, controlar, participar o amedrentar, pero no existe en la causa elemento alguno que pueda corroborar dicha afirmación.

c.- La imputación que proviene de Iván Raúl Belarmino Quiroz Ruiz, según declaración de fs. 668, en cuanto éste habría expresado trabajar en el Cuartel Borgoño y que allí lo hacía, en contra inteligencia, el teniente Bauer, “quien además cooperaba o lo asignaban a la Unidad Azul”.

Tampoco es posible obtener de lo anterior un elemento que pudiera ser útil para la incriminación de que se trata, desde que no se dice nada respecto a que en la oportunidad que ocurrieron estos hechos estuviera realmente siquiera asignado a la Brigada Azul.

d.- La imputación de Jorge Claudio Andrade Gómez, de fs. 764 quien expresa que su nombre operativo era el de Patricio Villagrán Rodríguez, teniendo como chapa la de “Don Oscar”-, en donde señala, en lo atinente, que, entre otros, luego de producido el hecho, se apersonó Krantz Bauer, el cual estaba a cargo de la “Oficina A-305”.

Lo anterior, como puede verse, no representa una declaración incriminatoria directa de participación para el acusado Bauer, pues la relación que hace de este último es sólo que llegó al sitio del suceso con posterioridad a los hechos, después que lo hiciera el personal de Carabineros, a cargo de un Coronel, lo cual constituye un hecho reconocido tanto por aquél como por los demás declarantes.

e.- imputación que proviene de Ema Ceballos Núñez, de fs. 686, en cuanto dice que ella pertenecía a la Brigada Azul y, en lo pertinente, se limita a afirmar que “con la persona con quien más conversaba y tenía trato directo, fue primero con Aquiles González y luego con Krantz Bauer, ambos capitanes y como jefes de la Brigada Azul.”

Del mismo modo, tal declaración no le imputa participación en los hechos investigados y, respecto de la calidad de jefe de la Brigada Azul que le atribuye, ello también es un hecho reconocido por Bauer, pero que lo fue con mucha posterioridad, esto es, desde noviembre del año 1985 hasta agosto de 1986.

Sexto: Que, por último y ante la afirmación contenida en el motivo 18° del fallo en revisión que se ha eliminado- y referido a la circunstancia de que existiría una impropiedad o falta a la verdad en cuanto a que la CTO no sería la Central de Telecomunicaciones, dependiente de la oficina A-305, de la que era jefe el Capitán

Bauer, sino que se trataría de la Unidad Táctica Operativa de la Central Nacional de Informaciones, cuya función no describe, sino que, se agrega, desde allí “se mantuvo el seguimiento continuó y por lo tanto el control total de la persona de la víctima, atendido el equipo de radio que desde allí entregaba y recogía la comunicación e información acerca del paradero de la víctima para todos los agentes encargados de esa misión”.

Séptimo: Que, sin embargo, lo anterior no encuentra medio alguno de comprobación en el proceso y, por el contrario, en cuanto a la estructura y función de la Oficina o Unidad A-305-, a cargo de la CTO, tiene explicación y aclaración en los antecedentes de autos. En efecto, en la declaración policial del nombrado Krantz Bauer Donoso, que rola a fs. 573 y siguientes, en lo pertinente, expone que la Unidad tenía tres funciones: 1° Encargada de la guardia interna y seguridad del cuartel. 2° La Central de Comunicaciones del cuartel, conocida como la C.T.O. y 3°- El grupo Apache, que correspondía a un servicio efectuado durante las 24 horas por un equipo constituido por tres funcionarios en un vehículo, encargados de acudir a realizar las primeras indagaciones sobre algún hecho de interés que ocurriera durante la jornada, dentro de la ciudad. Entre este tipo de concurrencias, normalmente, se acudía a los avisos por estallido de artefactos explosivos o para descartar que algún delito común tuviera connotaciones subversivas. En consecuencia, la función del mencionado equipo se limitaba a informar a la Central de Telecomunicaciones, desde el lugar de los hechos, el resultado de las primeras diligencias. Para el cumplimiento de sus misiones, la Unidad 305 contaba con el siguiente personal: para la guardia interna, aproximadamente unos quince funcionarios; para la función del equipo Apache, nueve personas; y en la C.T.O, tres personas.

Octavo: Que, en consecuencia, la indagatoria del acusado Bauer que en general es similar con su declaración extrajudicial que se contiene en la orden de averiguación diligenciada por Investigaciones de Chile y que rola a fs 570- coincide también, en lo sustancial y en cuanto interesa a la investigación, con la prestada por los otros partícipes de la operación y se ratifica con la de personas que declararon como testigos en el proceso y entre los cuales se cuenta: Declaración de Pablo Enrique Leiva Sepúlveda, quien a fs. 820 señala que era chofer de Jorge Andrade Gómez -por lo que estaba en las cercanías del lugar de los hechos- y dice que al momento de los incidentes se quedaron sentados a la espera “que la detuvieran”. Luego escucharon unos balazos y se dirigieron de inmediato a la casa, la joven estaba muerta, “el “Paco” le dice “quedó la cagada”; del mismo lugar no recuerda si por radio o le pide el teléfono a la dueña de casa para llamar y dar cuenta a Corbalán de lo que había acontecido, quien le contesta que va al lugar, no demorando más de media hora. No recuerda si llegó Carabineros o él antes.

Claudio Leonel Inestroza Cantín, Oficial de Ejército, Jefe de la Unidad Antiexplosivos de la Central Nacional de Informaciones, quien a fs. 1.142 se refiere al allanamiento que realizó su Unidad por el hallazgo de la munición. Dice que “en el lugar se hizo presente una unidad de CNI, denominada grupo “Apache” y puede precisar que la persona que iba a cargo del equipo era el Oficial Bauer, quien se hizo cargo de todos los elementos que había que retirar, pues tenía a cargo el allanamiento del lugar”.

Luis Toledo Espinosa, quien a fs. 1.203 dice que su jefe directo era Bauer. Trabajaba en el Departamento de Seguridad de la Unidad, su responsabilidad era la de enlace con la División de Seguridad de la Central Nacional de Informaciones. Era especialista

en inteligencia militar, a cargo de todas las fallas de seguridad que se pudieran ocasionar con el personal militar, pérdidas de TIM, solicitudes de matrimonio, además elaboraba los planes de defensa del cuartel. El departamento de seguridad tenía la responsabilidad de supervisar la seguridad interna del cuartel. Se denominaba Unidad C-305. Señala, asimismo, que encontrándose en la oficina junto al suboficial Torrejón y su jefe Krantz Bauer, éste les ordenó acompañarlo al sector de El Arrayán pues se había encontrado en un barretín en los tabiques de la casa, que se estaba desmoronando; que en ese lugar ya se encontraba otra Unidad de la Central, que le parece el Capitán Bauer la despachó, procediendo a recepcionar las armas, hacer una relación y retiro de las mismas, desconociendo el destino final de éstas.

Heraldo Velozo Gallegos, quien a fs. 1204 expresa que trabajaba en la Brigada Azul de la Central Nacional de Informaciones, su jefe directo era Jorge Andrade. El teniente Krantz Bauer Donoso a esa fecha era el jefe del Departamento de Seguridad del Cuartel, y que a la Unidad 305 de seguridad no le conoció vínculos de trabajo con unidades operativas.

Orlando Jesús Torrejón Gatica, quien a fs. 1205 dice que se desempeñaba en el Departamento de Seguridad del Cuartel Borgoño, que tenía la responsabilidad de la seguridad interna del Cuartel y la parte administrativa, en relación al personal que cumplía roles de guardia. Su jefe era el oficial Krantz Bauer. También tenían un equipo de Reacción Apache que era el primer equipo que concurría a cualquier llamada de emergencia por atentados, bombas, etc. Se denominaba Unidad A 305. Afirma también que le correspondió concurrir junto al suboficial Toledo y a su jefe Krantz Bauer al sector del Arrayán a recepcionar unas armas que se habían encontrado en un barretín en los tabiques de la casa; que de éstas se hizo una relación y se retiraron: y que cuando llegaron al citado domicilio había personal de otra Unidad, perteneciente a la Central Nacional de Informaciones.

Noveno: Noveno: Que, por lo tanto, del mérito del proceso aparece que en el hecho mismo de la muerte de doña Paulina Aguirre Tobar, ocurrida el 29 de marzo de 1985, en El Arrayán, tras habersele preparado lo que se denomina una “ratonera”, por personal de la Central Nacional de Informaciones y específicamente de la Brigada Azul, esperando que llegara al domicilio antes allanado, el inculpado Bauer Donoso no tiene participación directa que encuadre en algunas de las calidades que la legislación penal establece, esto es, sea como autor, cómplice o encubridor, por lo que deberá accederse a la petición de su defensa en orden a que se le absuelva de la acusación fiscal y adhesión a la misma deducidas en su contra. No es necesario, por lo mismo, hacerse cargo de las demás peticiones subsidiarias a la antes señalada.

Décimo: Que en cuanto a la solicitud de la defensa de Astudillo Adonis, en orden a que se le reconozca como atenuante de responsabilidad penal la contemplada en el artículo 11 N° 9 del código del ramo; de Soto Duarte, para que se le reconozca la circunstancia modificatoria contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar; y de Andrade Gómez, para que se le estime su conducta anterior irreprochable como muy calificada, del mérito de los antecedentes no aparece que ello sea procedente y deberá, por tanto, rechazarse tales pretensiones.

Undécimo: Que en las condiciones señaladas, esta Corte Suprema discrepa de la opinión del señor Fiscal Judicial contenida en su dictamen de fs. 1.316, en cuanto solicita confirmar la sentencia condenatoria para Krantz Bauer Donoso, a quien se le absolverá, compartiendo su criterio en lo demás apelado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de diecinueve de julio de dos mil cinco, escrita desde fs. 1.216 a 1.284, en cuanto por su decisión 4.- condena a Krantz Bauer Donoso como autor del delito de homicidio en la persona de Paulina Alejandra Aguirre Tobar, cometido en el sector de “El Arrayán”, Santiago, el 29 de marzo de 1985, declarándose en su lugar que éste queda **absuelto** del referido cargo.

Se confirma, en lo demás apelado, la señalada sentencia.

Acordada la revocación antes referida con el voto en contra del Abogado Integrante señor Künsemüller, quien estuvo por confirmar el fallo de primer grado en la parte que en esta sentencia se revoca, atendidos sus propios fundamentos.

Acordado en lo que concierne a los encausados Alejandro Francisco Astudillo Adonis, Miguel Ángel Soto Duarte, Álvaro Julio Federico Corbalán Castilla y Jorge Claudio Andrade Gómez, con el voto en contra del Ministro titular don Nivaldo Segura Peña quien, respecto a ellos, fue también de parecer de absolverlos, pero en mérito de las razones que pasa a exponer:

Primero: Que los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustenta conforme a los cuales los órganos del Estado debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismo órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derecho, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

Segundo: Que la sentencia anterior, haciendo suyo los fundamentos trigésimo primero a trigésimo quinto del juez a quo, ha estimado improcedente aplicar a los imputados señalados la institución de la prescripción de la acción penal alegada por ellos, la que sí le ha sido considerada, pero a modo de causal especial de atenuación de responsabilidad penal con lo cual han fundado sanciones particulares más favorable bajo la forma imperfecta de prescripción incompleta del artículo 103 del Código Penal. Sin embargo, el suscrito no comparte tales decisiones. En efecto, le resulta absolutamente claro que es menester atender previamente los principios y normas constitucionales superiores recordadas en el fundamento anterior a efecto de decidir las que deben ser aplicadas.

Tercero: Que los sentenciadores han fundado su decisión al respecto en base a la invocación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenios de Ginebra y sus protocolos, Estatuto de Roma y la Convención sobre Imprescriptibilidad

de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, con los cuales llegan a concluir que el delito de homicidio calificado objeto de este proceso constituye un delito de lesa humanidad en razón de las personas responsables, su vinculación directa en la dirección del orden constituido a la fecha de su comisión (29 de marzo de 1985), su forma de ejecución, etc., estando, por ello, vedada su prescriptibilidad conforme al derecho internacional y particularmente por los instrumentos expresados.

Cuarto: Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, este disidente recuerda lo que con anterioridad ya opinara sobre esta misma materia haciendo mayoría en sentencia dictada el 4 de agosto de 2005 en causa rol N° 457-05 de esta Corte Suprema:

6°) Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

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

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario”. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los

daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban”.

Quinto: Que resulta atinente para entender más claramente los alcances dados anteriormente al contenido de la Convención de Ginebra, traer a colación 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” (Grigalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44). Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene una vez más en cuenta que los hechos de esta causa se habían producido antes de los acontecimientos políticos recordados por el periodista.

Sexto: Que en cuanto a los demás cuerpos de normas invocados: el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La **Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. 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, pero este Estatuto no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas

sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Séptimo: Que en el caso concreto de autos, el hecho punible se cometió el día 29 de marzo de 1985 respecto al cual la madre de la víctima dedujo denuncia el día 13 de junio del mismo año; por resolución ejecutoriada de sobreseimiento de 25 de octubre de 1989, ejecutoriada el 25 de noviembre de 1991 en razón de notificación del último “cúmplase”, su tramitación quedó paralizada hasta el día 10 de abril del 2001 cuando la querrela que dedujo ahora el padre de la víctima en contra de agentes del estado reactiva la investigación que llega hasta la dictación de las actuales sentencias. Es decir, la paralización procesal por más de tres años produjo el efecto contemplado en la parte final del artículo 96 del Código Penal, esto es, la continuación de la prescripción como si no se hubiese interrumpido de suerte que desde la fecha del hecho, 29 de marzo de 1985, hasta la querrela de 10 de abril de 2001 habían transcurrido dieciséis años más once días, periodo superior a los quince años que exige el artículo 94 del mismo cuerpo legal para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como es el caso del homicidio calificado, con lo cual funda su parecer de absolucón anunciada al comienzo.

En otro orden de ideas, para el autor de estas líneas no resulta posible considerar estas circunstancias temporales como fundamento para la sola aplicación del sistema de media prescripción que contempla el artículo 103 de la ley penal en desprecio del reconocimiento de la prescripción plena. Nuestro legislador, al sancionar la prescripción de la acción penal y de la pena, le dio tratamiento conjunto en el Título V del Libro I del Código Penal como causales de extinción de la responsabilidad penal; en la misma parte, excepcionalmente, estableció la media prescripción simplemente en razón del tiempo parcial transcurrido desde el hecho punible y cuando se ha alcanzado más de la mitad del período determinado para la prescripción, pero sin llegar a su término total; en todos los casos el transcurso del plazo está sujeto a la misma reglamentación y se inicia en el mismo momento de modo que la existencia de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, consiguientemente, para el caso supuesto y concreto en que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción no puede tener cabida la prescripción gradual porque lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

Regístrese y devuélvase, con todos sus tomos.

Redactó el abogado integrante don Domingo Hernández Empanza y de los votos en contra, sus autores.

Rol N° 2079-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P. y Hugo Dolmestch U. y los Abogados Integrantes Sres. Carlos Künsemüller L. y Domingo Hernández E.

Autorizar la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brümmer.

