

Santiago, trece de mayo de dos mil ocho.

Vistos:

Por sentencia de veinte de noviembre de dos mil seis, dictada en la causa Rol N° 2182-98, episodio "José Alfonso Constanzo Vera", escrita de fojas 632 a 652, se absolvió de los cargos formulados en la acusación de fojas 378, al imputado Julio Humberto Salvador Alarcón Saavedra de ser autor del delito de homicidio calificado en la persona de Constanzo Vera, perpetrado el 21 de septiembre de 1973, al interior del Destacamento de Infantería de Marina N° 3 "Aldea", en la ciudad de Talcahuano, por haberse declarado la prescripción de la acción penal. En lo civil, se rechaza la demanda de indemnización de perjuicios deducida en contra del Fisco de Chile, por igual motivo.

Apelada esa decisión por parte del querellante, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintiocho de junio de dos mil siete, escrita de fojas 701 a 707, la confirmó sin modificaciones.

En contra de ese fallo, se interpuso un recurso de casación en el fondo, tanto en contra de la parte penal como de la civil, fundado en las causales del artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, y 767 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Esos recursos se ordenaron traer en relación para su conocimiento y fallo, por resolución de fojas 736.

Considerando:

Primero: Que el abogado señor Hugo Gutiérrez Gálvez, en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 708 a 730, interpuso sendos recursos de casación en el fondo en contra de las secciones penal y civil de la sentencia de segunda instancia, que confirmó sin modificaciones la de primer grado.

Funda el primer recurso en la causal 5ª del artículo 546, en relación con el artículo 433 N° 7, ambos del Código de Procedimiento Penal, esto es, "En que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 433, o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso 2º del artículo 434?", ello en relación a la declaración de la prescripción de la acción penal.

Sostiene que el error de derecho se produce de dos maneras diferentes:

A) Al haberse aplicado la prescripción de la acción penal en contra de lo dispuesto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con relación a lo preceptuado por el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República.

Aduce que al dictarse la sentencia que impugna estaban vigentes en Chile las citadas disposiciones y los Convenios de Ginebra.

Los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2, 14 N° 1º y 15 N° 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho a interponer recursos efectivos en contra de las violaciones señaladas en esos instrumentos; la obligación de los Estados de adecuar sus normas a las disposiciones de esos tratados para garantizar el derecho a la Justicia y a la Verdad

El artículo 15 N° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe la aplicación de la prescripción, amnistía u otras instituciones extintivas de responsabilidad, al señalar: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

El artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, dispone que "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior". El artículo 147 de la misma convención estipula que "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las Fuerzas Armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario?".

Los sentenciadores han obviado su condición de órganos del Estado que deben conducirse de la forma que les manda el artículo 5° inciso 2° y el artículo 6° de la Carta Magna, llegando a desconocer los derechos consagrados en los tratados internacionales ya citados.

Son numerosas las resoluciones pronunciadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se sostiene que la prescripción de la acción penal respecto de crímenes de lesa humanidad es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, y se insta al Estado de Chile y a sus órganos a enjuiciar los graves crímenes de guerra y de lesa humanidad, investigando y castigando a sus responsables, puesto que el Estado de Chile no puede oponer a su compromiso internacional normas del orden interno.

La Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973.

La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables de castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de

organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables de castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En conclusión, resulta evidente que en la presente causa se ha incurrido en error de derecho al admitir la excepción del número 7 del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto se ha ignorado e infringido lo dispuesto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el IV Convenio de Ginebra en relación con lo preceptuado por los artículos 5º inciso segundo y 6º de la Carta Fundamental.

B) Al haberse aplicado la prescripción de la acción penal en contra de lo dispuesto por los Principios Generales del Derecho Internacional y por el *Ius Cogens*. Existe, además de los tratados internacionales, un derecho esencialmente consuetudinario, el Derecho de Gentes, que ha ido generando los Principios Generales del Derecho Internacional, y a partir de ellos, los denominados Principios del *Ius Cogens*, que son principios universales acordados por la comunidad internacional y preconizados por ésta, que tienen la característica de ser inderogables, obligatorios y vinculantes para todos los Estados de la tierra. Desde esa perspectiva, expresa que todos los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, han tenido un precedente en el Derecho Internacional Consuetudinario. Ya antes de existir el genocidio, los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad, la tortura, la desaparición forzada, la esclavitud y otros, existían normas prohibitivas en la costumbre internacional, hoy constituida en derecho positivo.

Diversos tratadistas del derecho internacional, entre ellos Cherit Bassiuouni, han señalado que es posible destacar como normas de Diversos tratadistas del derecho internacional, entre ellos Cherit Bassiuouni, han señalado que es posible destacar como normas de *ius cogens* respecto de crímenes contra el Derecho Internacional (entre ellos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), los siguientes:

- 1- El deber de juzgar, sancionar o extraditar en esos crímenes
- 2- La imprescriptibilidad
- 3- La exclusión de toda inmunidad
- 4 - La improcedencia de la obediencia debida
- 5- La aplicación universal de estas obligaciones en tiempos de paz y de guerra
- 6- La jurisdicción universal

7- La reparación integral a las víctimas y sus familiares

De otra parte, y en el mismo sentido, la doctrina internacional, la costumbre internacional y el derecho de gentes han elevado a la calidad de normas del *ius cogens* los principios de derecho internacional que Naciones Unidas elaboró luego de las sentencias de Nuremberg y Tokio. La Asamblea General de la ONU pronunció la Resolución 177, aprobada por unanimidad de los Estados Miembros, entre ellos Chile, fijando los siguientes principios:

I- "Toda persona que ejecute un acto que constituya un crimen ante el derecho internacional, es responsable y queda sujeto a castigo."

II- "La circunstancia que el derecho interno no imponga una pena a un acto que constituya un crimen ante el derecho internacional, no releva a su autor de responsabilidad ante el derecho internacional."

III- "La circunstancia que una persona que ejecutó un crimen ante el derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como un funcionario del gobierno responsable, no lo releva de responsabilidad ante el Derecho Internacional."

IV- "La circunstancia que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior, no la releva de responsabilidad ante el derecho internacional,"

V- "Cualquier persona acusada de un crimen ante el derecho internacional, tiene derecho a un juicio en relación a los hechos y el derecho."

Dichos principios no le son ajenos al Estado de Chile, quien los suscribió plenamente, obligándose respecto de ellos.

Del mismo modo, tampoco son extraños a nuestro Estado los principios y obligaciones que emanan de la Resolución 3074 de la Asamblea General de la ONU, de 3 de diciembre de 1973, aprobada por la unanimidad de los Estados del mundo, entre ellos Chile, denominada "Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad". Del mismo modo, tampoco son extraños a nuestro Estado los principios y obligaciones que emanan de la Resolución 3074 de la Asamblea General de la ONU, de 3 de diciembre de 1973, aprobada por la unanimidad de los Estados del mundo, entre ellos Chile, denominada "Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad", que dispone:

Primero: "Los crímenes de guerra y de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y en caso de ser culpables, castigadas".

Segundo: "Los estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído respecto a la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y de lesa humanidad".

C) Todo lo anterior influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo porque resulta evidente que de no haberse contrariado lo prescrito la Convención Interamericana

de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el IV Convenio de Ginebra y las normas del *Ius cogens*, en relación a lo preceptuado por el artículo 5º inciso segundo y 6º de la Carta Fundamental, jamás se hubiese acogido la excepción de prescripción opuesta por la defensa del encausado.

Por lo tanto, lo que corresponde en esta causa, al encontrarse legalmente acreditada la participación de Julio Humberto Salvador Alarcón Saavedra, en calidad de autor del delito de homicidio Calificado, es sancionarlo de acuerdo a lo estipulado en el artículo 391 del Código Penal.

Segundo: Que en el primer otrosí del mismo escrito deduce recurso de casación en el fondo en contra de la parte civil de la sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Los errores de derecho que sirven de fundamento al recurso se han producido en la forma siguiente:

1º.- Al aplicar las reglas del Código Civil, ignorándose por completo las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal.

La afirmación que las únicas reglas que existen en Chile para regular la responsabilidad del Estado son aquellas contenidas en el Código Civil es errónea, por cuanto trae aparejada la negación de la validez y eficacia de otras normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional.

El error jurídico de la Corte de Apelaciones de Santiago pasa por no haber aplicado la Constitución Política y la Ley de Bases Generales de la Administración, razón por la cual se vio forzada, en último término, a tener que resolver este litigio haciendo uso de normas propias del Derecho Privado.

Agrega el recurrente que su tesis es sencilla: el error de derecho se explica por no haber advertido que el tema de fondo debe ser siempre analizado dentro de la esfera del Derecho Público.

No se comprende por qué el Estado no debiera responder por los daños causados con ocasión del ilícito cometido por agentes estatales, particularmente teniendo presente que sobre el Estado pesan múltiples deberes constitucionales. La existencia del Estado se justifica para servir a la persona humana y su finalidad es promover el bien común (Art. 1º de la CPR.). El Estado tiene el deber de dar protección a la población y a la familia. El Art. 5º, inciso 2º, de nuestra Constitución es claro y categórico al ordenar que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

El orden republicano presupone que la Carta Fundamental rige y obliga no tan sólo a personas, instituciones o grupos particulares, sino que también -y específicamente- a los órganos del Estado.

2º.- Error de derecho al no aplicar los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes, que regulan la responsabilidad del Estado.

Se han dejado de aplicar tratados internacionales ratificados por Chile, actualmente vigentes, que han venido a regular la responsabilidad que le cabe al Estado tras la violación de los derechos esenciales del ser humano.

Llama la atención que la Corte de Apelaciones no haya considerado la pertinencia

de las reglas de responsabilidad contenidas en la "Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra" y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos".

En cuanto a la no aplicación del Convenio de Ginebra, la omisión que se observa proviene de una interpretación errónea del Convenio, por cuanto niega la idea básica del concepto de responsabilidad internacional que pone de cargo del Estado infractor el cumplimiento de las obligaciones de investigar, sancionar y reparar.

La reparación integral del daño es la consecuencia fundamental de la responsabilidad internacional de cualquier Estado que haya incurrido en violaciones a los derechos humanos.

Si los hechos que justifican el ejercicio de una acción procesal son de tal carácter e intensidad, que según el Derecho Internacional merecen ser calificados como "crímenes de lesa humanidad" o "violaciones graves de las normas internacionales sobre derechos humanos", entonces tales infracciones son imprescriptibles.

La imprescriptibilidad puede y debe predicarse tanto en la esfera criminal (destinada a la investigación y sanción de los agentes responsables) como en la dimensión civil (destinada a la reparación total y efectiva de las víctimas del daño injustamente causado).

En segundo lugar, el hecho que el Estado infractor pudiera valerse de sus propias reglas internas para negar la reparación debida a una persona que ha sido víctima de violaciones graves a sus derechos humanos, constituye una conducta repulsiva al más mínimo consenso colectivo, al cual pudiera llegar una sociedad moderna y democrática en torno a la idea misma de justicia.

En ese sentido, expresa que el Convenio de Ginebra constituye precisamente un estándar mínimo de lo que podemos entender por justicia. Ese mínimo vendría dado por acciones tales como no exonerar de su responsabilidad a los Estados que incurran en conductas que atenten contra la vida, integridad o libertad de los prisioneros.

En cuanto a la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" es un error ignorar el hecho que ésta ha regulado el deber de reparar el mal causado que pesa sobre todo Estado que ha violado los derechos fundamentales de sus habitantes. Basta tener a la vista el Art. 63 de la citada Convención junto con la enorme cantidad de jurisprudencia que, desde hace varios años, viene dictando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la forma correcta de interpretar y aplicar dicha disposición.

3º.- Se incurre también en error de derecho al no reconocer los sentenciadores el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar que pesa sobre el Estado de Chile.

No es posible desmentir el hecho que el homicidio calificado de José Alfonso Constanzo Vera se encuadra dentro de un conjunto mayor de violaciones graves, sistemáticas y masivas acaecidas en Chile a partir del año 1973.

En consecuencia, constituye un delito contra la humanidad, según lo preceptuado en el artículo 6º del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Nuremberg y el Principio o VI de Derecho Internacional Penal Convencional y Consuetudinario, acogido por la Asamblea General de Naciones Unidas, en Resolución del año 1950, formando parte, ambos textos normativos, de las

normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que es también derecho aplicable en Chile.

Por lo tanto, así como los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, de la misma manera también lo son las acciones reparatorias que surgen de tales hechos ilícitos.

Agrega el recurrente que el profesor Sr. Hugo Llanos Mansilla estuvo en contra del criterio de la mayoría, al sostener que no podía operar la prescripción de la acción civil por cuanto "de acuerdo a los principios generales del Derecho Internacional y, en especial, de lo señalado en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar mediante el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". Además, reforzó esta idea citando abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana que se pronunciaba respecto de la norma consuetudinaria contenida en el citado Art. 63 sobre la necesidad de impedir que esa regla sea burlada por medio de las imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional. Por último, vinculó las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos con la Constitución Política de la República y concluyó, luego de ahondar en la historia misma de las reformas constitucionales ocurridas tras el derrocamiento de la dictadura de Pinochet Ugarte, que frente a la violación de una obligación de proteger y promover la dignidad de los seres humanos al Estado sólo le resta reparar el mal causado. (Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, Caso "Fernández con Fisco de Chile", 21.07.2006, Rol 8795-2000). Otro precedente judicial se halla en un voto disidente del Ministro Sr. Juan Escobar Zepeda (Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, Caso "Contreras con Fisco de Chile", 22.08.2006, Rol 4461-2001).

Tercero: Que en cuanto al recurso de casación de fondo interpuesto en contra de la parte penal de la sentencia de segunda Instancia, para una acertada decisión se debe precisar, desde ya, que únicamente dirige los supuestos errores de derecho a la circunstancia que se acogió la excepción de prescripción de la acción penal. Atendida la causal de nulidad deducida, se infiere que la recurrente acepta como verdaderos los hechos acreditados en el proceso; por consiguiente, se debe tener por establecido que el día 21 de septiembre de 1973 falleció José Alfonso Constanzo Vera, en la forma como en la sentencia de primer grado se precisa, y que la acción penal de ese delito no fue interrumpida sino con fecha 27 de diciembre de 2000, según consta a fojas 10, cuando habían transcurrido 27 años y 3 meses, o sea, había corrido con exceso el término que el artículo 94 del Código Penal contempla para la prescripción de la acción penal por este ilícito, que es de quince años.

Así, se debe analizar si es efectivo que se ha incurrido en error de derecho al no considerar de la forma pretendida por el recurrente, las disposiciones que indica.

Cuarto: Que los Convenios de Ginebra de 1949, estos fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, rigen en situación o estado de 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, rigen en caso de ¿conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Quinto: Que, para poder establecer si estamos en presencia de una situación donde rige el citado artículo 3º, y tengan aplicación las obligaciones que de él emanan, se debe determinar si se está en presencia o no de un ¿conflicto armado sin carácter internacional?.

El Sr. Jean Pictet, jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3º de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ¿conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. No obstante ello, enumeró una serie de condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que se destacan:

1. 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;
2. 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;
3. 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
4. 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.

Sexto: Que el jurista Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro ¿La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos?, Edición Academia de Humanismo Cristiano, del año 1979, cita un documento de la Comisión Internacional de la Cruz Roja, CICR, de 1972, que expresa que *quote* 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...?*

Séptimo: Que de lo expuesto, fluye claramente que la situación vivida en Chile a partir del día 11 de septiembre de 1973, no es posible entenderla ni considerarla como un "conflicto armado sin carácter de internacional", ya que los grupos a los que se enfrentaron las Fuerzas Armadas no eran una fuerza militar organizada; no tenían una autoridad responsable de sus actos; no actuaron sobre un territorio determinado del Estado de Chile, así como nunca dispusieron de una parte del territorio nacional, ni de la población; nunca se les reconoció la condición de beligerantes; tampoco tenían un régimen con las características de un Estado; nunca nadie reconoció que estaban dispuestos a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra ni las autoridades civiles de los insurrectos "que por cierto no existían", reconocieron que estaban obligadas por las disposiciones del Convenio. En la realidad los acontecimientos ocurridos a partir de 1973 no cumplían ninguna de las condiciones enumeradas.

En consecuencia, no siendo aplicable el artículo 3º común de los convenios de Ginebra a los sucesos ocurridos en el desde Septiembre de 1973 en adelante, no resulta tampoco idóneo fundamentar en ese estado y concepto de guerra, los errores de derecho que se imputan a los sentenciadores autores del fallo impugnado, porque la normativa de carácter internacional en referencia no es aplicable, ya que no hubo, como ha quedado de manifiesto en los antecedentes, en la época de que se trata, un conflicto armado no internacional en los términos de esa norma tiva. No son aplicables los artículos 147 y 148 del Convenio IV.

Octavo: Que ratifica lo anterior el contenido del 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. Nº 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, y el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, ya que si bien los Protocolos Adicionales entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a lo ya expresado precedentemente, son ilustrativos para que esta Corte interprete que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquél 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 den lugar a la ejecución de operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Y, como se dijo en el fundamento séptimo precedente, no se dieron ninguno de esos presupuestos en la situación interna vivida en Chile a partir del día 11 de

septiembre de 1973, lo que evidencia que no existe error de derecho al no haber aplicado las normas invocadas por el recurrente.

Noveno: Que, el Decreto Ley N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de ese año, que se invoca por la recurrente para acreditar y establecer que en el país, en la época en que se perpetró el hecho que se investiga, existía un estado de guerra interna o conflicto armado no internacional, se dictó por la Junta de Gobierno 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; r(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, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional?, en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 21 de septiembre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados, puesto que como se dejóDe lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional?, en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 21 de septiembre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados, puesto que como se dejó ya sentado, no se dieron ninguno de los elementos que permitirían tenerlo por configurado.

En efecto, no se ha acreditado 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 que el 21 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 los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

Décimo: Que, en consecuencia, el D. L. N° 5 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un conflicto armado no internacional el 21 de septiembre de 1973, razón por la que debe concluirse que no constituye un error dejar de aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 en este proceso.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, y aún en el evento de estimarse aplicables lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados como fundamento del error de derecho, para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por el condenado y acogidas por los sentenciadores del grado, estas normas 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 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. 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 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.

Así, nuevamente nos encontramos en que no existe error de derecho al haberse acogido la prescripción en el presente caso.

Duodécimo: Que, otro instrumento internacional invocado para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, es el 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, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma Convención, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, este instrumento, el PIDCP, 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, lo que se verificó posteriormente, por lo que no puede ser considerado por contrariar el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo que le sea más favorable, situación excepcional que tampoco se produce ya que lo

que se pretende es privar al sentenciado de invocar una causal legal de extinción de la responsabilidad penal, y obtener la declaración de prescripción de la acción penal. Por consiguiente, no existe error de derecho al no haberla considerado para resolver tal como se hizo.

Décimo tercero: Que, de la misma forma debe considerarse la influencia que tendría 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 en 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 lo tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Pena, de manera que su falta de aplicación no es constitutiva de error de derecho como lo pretende la recurrente.

Décimo cuarto: Que, igual razonamiento rige respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, incorporado en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un tribunal de esta clase y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, se establece en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile y no existía a la época de los delitos investigados; en consecuencia, no resulta aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Décimo quinto: **Décimo quinto:** Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de San José de Costa Rica", fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor el 18 de Julio de 1978 según lo dispone su artículo 74. Chile depositó el instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1990, con declaraciones, y entró en vigor internacional para nuestro país con igual fecha. Fue promulgado mediante Decreto N° 873, de 23 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

En consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos, y no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Décimo sexto: Que, como se evidencia, no se ha cometido error de derecho alguno al dejar de aplicar todas esas normas internacionales, prefiriéndose la legislación interna que contempla la prescripción de la acción penal, puesto que tiene total aplicación en el presente caso, sin que tampoco se verifique una

infracción al artículo 5º de la Constitución Política de la República.

Décimo séptimo: Que en lo que respecta al error de derecho argumentado en orden a que los principios generales del derecho internacional y del *ius cogens*, impiden al Estado de Chile hacer uso de la prescripción, cabe decir que ello no es efectivo.

En efecto, no se puede sostener que desde siempre el orden internacional ha sostenido que los delitos no prescriben, ya que la Asamblea General de las Naciones Unidas, recién en su resolución N° 2391, de 26 de noviembre de 1968, convino en dictar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, ya que antes de ella, todos los delitos eran susceptibles de declararse prescritos, según la legislación de cada país, predicamento que Chile ciertamente contempla y aplica conforme a su legislación ordinaria penal.

Como se dijo ya en esta sentencia, Chile no ha ratificado esta convención, por lo que se encuentra en la situación previa a éste, donde rige la legislación interna, y es esencial para que ella no opere que existan tratados internacionales debidamente tramitados como ley de quórum calificado, para impedir la aplicación de la prescripción de la acción penal, sin que sea posible fundar la imprescriptibilidad sobre la base del "derecho penal internacional consuetudinario", porque la Constitución Política de la República establece la forma cómo se debe incorporar tal normativa al ordenamiento jurídico nacional (artículos 32 N° 15 y 54 N° 1º).

Esto impide que un supuesto derecho no escrito y no acordado expresamente, derogue la aplicación de la prescripción. También imposibilita que los convenios internacionales no ratificados por Chile se apliquen, cuales son: Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y el Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional.

La imprescriptibilidad de los delitos no constituye un Principio de Derecho Internacional, y el origen de las convenciones sobre tal materia tienen su génesis en los años siguientes al final de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Alemania, ya que al verificarse el plazo de prescripción de los delitos ocurridos con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, dicha nación aumentó el plazo hasta el 31 de diciembre de 1969, y posteriormente se estableció que no procedía la prescripción en el genocidio y en el homicidio calificado. Junto con ello se insta por el forjamiento de una legislación internacional sobre la imprescriptibilidad, por medio de la Resolución 2891, ya citada, de 26 de noviembre de 1968, por las Naciones Unidas que, como se dijo, no ha sido ratificada por Chile.

Además, este principio de la imprescriptibilidad ni siquiera se reconoce en otras convenciones que tratan materias similares.

Así, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en su

artículo VII, expresamente reconoce la posibilidad que la legislación interna contemple la prescripción, y así ha sido reconocido también por diferentes sentencias de esta Corte.

En consecuencia, tampoco se ha cometido error de derecho por este capítulo, en la decisión reclamada.

Décimo octavo: Que 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.

Décimo noveno: 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.

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

Vigésimo primero: Que consta de estos antecedentes que el curso de la prescripción de la acción penal no se interrumpió sino con motivo de la investigación iniciada en diciembre de 2000, cuando el término referido ya se había completado, desde que el ilícito investigado se perpetró el 21 de septiembre de 1973.

Vigésimo segundo: 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.

Vigésimo tercero: Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre el día en que se cometieron los delitos y aquél en que se dirige rectamente la acción criminal en contra del condenado de la causa, por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad del

encausado se ha extinguido por la prescripción.

Vigésimo cuarto: Que respecto del recurso de casación en el fondo deducido en contra de la decisión civil del fallo absolutorio, se debe señalar que para efectos de resolver la materia propuesta, se tiene presente que el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal prescribe que en cuanto el recurso de casación en el fondo se dirija contra la decisión civil de la sentencia, regirá lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Es aquella norma adjetiva penal la que permite cuestionar la decisión civil contenida en un fallo recaído en causa criminal y hace aplicable las normas contenidas en este último cuerpo legal, por remisión expresa según se lee, disposición que, en la especie, no ha sido invocada.

Vigésimo quinto: Que la antes dicha omisión, cobra capital relevancia en un recurso de derecho estricto como el que nos convoca, que obliga a los sentenciadores a revisar la errónea aplicación de la ley civil efectuada en un proceso penal, sólo en el evento que la ley lo autoriza y en la forma prevista para ello.

Vigésimo sexto: Que, en consecuencia, al no haber invocado la norma pertinente que permita a esta Corte entrar a emitir pronunciamiento sobre el recurso deducido, éste debe ser rechazado.

Por estos fundamentos, normas legales precitadas y de acuerdo con lo estatuido en los artículos 433, 535, 546, N° 5º, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 y 767 de su homónimo de Enjuiciamiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por el abogado señor Hugo Gutiérrez Gálvez, en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 708 a 730, en contra de las secciones penal y civil de la sentencia de segunda instancia, de veintiocho de junio de dos mil siete, escrita de fojas 701 a 707, la que, en consecuencia, no es nula.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante-tanto en cuanto éste impugna la decisión penal como la civil de la sentencia de segundo grado- decidiendo, en consecuencia, la nulidad de este fallo, por configurarse en la especie la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; y dictar sentencia de reemplazo que revoque la de primer grado y declare la imprescriptibilidad de las acciones penal y civil emanadas del delito investigado, acogándose en todas sus partes la demanda deducida en contra del Fisco de Chile, todo ello por tratarse en la especie de un delito calificable como de "lesa humanidad", cuya especial naturaleza antijurídica impide - como se ha declarado por esta Corte en casos similares, por aplicación del derecho surgido de múltiples instrumentos internacionales y de acuerdo a las normas del *ius cogens*, que castigan aquellos delitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, en relación al artículo 5º de la Constitución Política de la República y otras normas complementarias- la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria de aquélla e impone, asimismo, como deber del Estado respectivo, la reparación integral, mediante una justa indemnización, del daño ocasionado a la víctima u otras personas por el o los responsables del crimen.

Redacción del Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo, y de la disidencia, sus

autores.

Regístrese y devuRegístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N° 3872-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmes tch U. Carlos Kunsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Ricardo Peralta V. y Hernán Álvarez G. No firma el Ministro Sr. Kunsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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