

Santiago, cuatro de agosto de dos mil cinco.

Vistos:

El Juzgado de Letras de Angol instruyó la causa rol 63.257, en contra de Joaquín León Rivera González, individualizado en autos, con el objeto de investigar su posible responsabilidad como autor del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, de Ricardo Rioseco Montoya y Luis CotalAlvarez, perpetrado en la comuna de Angol el día 5 de octubre de 1973, en la que se lo absolvió por encontrarse prescrita la acción penal intentada en autos.

La Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo del recurso de apelación interpuesto en su contra por la parte querellante, mediante fallo de 29 de diciembre de 2004, escrito a fojas 1204 y siguientes, la revocó condenando a Joaquín León Rivera González como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado, descrito y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, en perjuicio de Ricardo Rioseco Montoya y de Luis Cota Alvarez, perpetrado en la ciudad de Angol el día 5 de octubre de 1973, en la madrugada, a sufrir la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y a la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

Contra la resolución anterior la parte querellante dedujo a fs. 1212 recurso de casación en el fondo, y el condenado dedujo a fs. 1220 recurso de casación en la forma y en el fondo, ordenándose traer en relación estos últimos y declarándose inadmisibles el deducido por la querellante, mediante resolución de 3 de febrero de 2005, escrita a fs. 1228.

Considerando:

1º) Que, el recurso de casación en la forma se funda en la causal novena del artículo 541 en relación con los números 4 y 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. El recurrente sostiene que la sentencia carece de consideraciones de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, especialmente de aquellas en que funda la existencia de la alevosía, calificante del delito de homicidio por el que se lo condenó. A lo anterior agrega que fue acusado por secuestro y condenado por homicidio calificado, omitiendo la sentencia condenatoria toda referencia a la calificante del homicidio, pues ésta discurrió sobre la base de un secuestro. De no haberse incurrido en los vicios denunciados, los sentenciadores habrían debido confirmar el fallo apelado, por la imposibilidad de fundar uno condenatorio. Pide que se anule y se dicte sentencia de reemplazo confirmando la absolutoria de primer grado.

2º) Que, lo primero que debe advertirse es que el mismo recurrente es quien ha solicitado que los hechos investigados sean calificados como homicidio y no como secuestro. Así ocurrió en la contestación de la acusación que rola a fs. 1004; donde sostuvo que "el tipo penal en el que se encuadran los hechos acreditados es el homicidio", y al fundamentar el recurso de casación en el

fondo de fs. 1220 y siguientes, donde expresamente señala que "la sentencia establece adecuadamente los hechos que declara probados, los cuales aceptamos como verdaderos, calificándolos como homicidio...".

Siendo los hechos que motivaron la acusación iguales a aquellos que la sentencia impugnada tuvo por establecidos y que fundamentan la condena y estando el recurrente de acuerdo con la veracidad de éstos y con su calificación jurídica de homicidio, su petición de anular el fallo por una supuesta falta de congruencia entre la acusación y la sentencia debe ser desestimada. Por lo demás, si no hubiere mediado solicitud alguna del imputado para cambiar la calificación de los hechos y existiere efectivamente una falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, que le causare agravio, la causal que se debió haber invocado para obtener la nulidad del fallo es la contemplada en el artículo 541 N° 10 del Código de Procedimiento Penal y no aquella contemplada en el número 9 de la misma disposición legal.

3º) Que, en lo que respecta a la alevosía, el fallo recurrido sólo se limita a aseverar, en la parte final de su motivación sexta, que existe "homicidio calificado conforme a lo que previene el artículo 391 N° 1 del Código Penal, al haber actuado sobre seguro y en cuyo mérito debe ser sancionado el autor", afirmación que es insuficiente para tener por cumplidos los requisitos contemplados en los números 3 y 4 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, dicho error no tiene influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

En efecto, los hechos en ella establecidos (motivación tercera párrafos C y D de la sentencia de primera instancia y motivación primera de la de segunda) son que Ricardo Rioseco Montoya y Luis CotalAlvarez fueron detenidos por una patrulla militar, cuyos integrantes los golpearon para luego trasladarlos a una bodega ubicada al frente del Regimiento y que la patrulla militar realizó los actos descritos, al menos en lo que respecta a Luis CotalAlvarez, siguiendo instrucciones del Segundo Comandante de la Unidad y condenado en esta causa, de manera tal que cuando éste se presentó en la bodega los detenidos y posteriores víctimas se encontraban encañonados por un contingente de alrededor de diez soldados. En esas condiciones, la acción de disparar a personas desarmadas, que habían sido previamente detenidas y golpeadas, mientras estaban siendo apuntados por un contingente de varios soldados, constituye objetivamente una situación en la que las víctimas se encontraban en una indefensión real que, en el caso que nos ocupa, fue además causada, a lo menos en parte, por el condenado Rivera González, quien dio la orden a la patrulla que detuvo a uno de ellos de llevarlo hasta la bodega donde finalmente fue ultimado. Su acción de matar debe, en consecuencia, calificarse como alevosa.

Se rechazará, pues, el recurso de casación en la forma intentado por el condenado porque la ausencia de consideraciones en que éste se funda no tiene influencia sustancial en lo resolutivo de la sentencia.

4º) Que, el recurrente impugnó, además, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco por la vía del recurso de casación en el fondo, fundado

en la causal tercera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, estimando que aquélla, a pesar de haber establecido adecuadamente los hechos que declara probados, incurre en error de derecho al rechazar las excepciones de previo y especial pronunciamiento, de prescripción de la acción penal y amnistía, alegadas en conformidad al artículo 434 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, infringiendo los artículos 93 N° 6, 94, 95 y 101 del Código Penal, por no haber absuelto al condenado a pesar de encontrarse prescrita la acción penal, ya que los hechos por los que se lo condena ocurrieron el 5 de octubre de 1973, el plazo de prescripción de la acción penal de los crímenes es de 10 años y la prescripción de la acción penal corre a favor y en contra de toda clase de personas.

El recurrente estima que también se infringió el artículo 103 del Código Penal, aunque no señala razones, y el artículo 93 N° 3 del mismo Código, porque no estableció que su responsabilidad penal se encontraba extinguida por la amnistía, la que extingue por completo la pena y todos sus efectos, todo ello en relación con el artículo 1º del D.L. 2.191 publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1978, que concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso.

Si se hubieran aplicado correctamente las normas que denuncia como infringidas, los sentenciadores tendrían que haber dictado sentencia absolutoria, por encontrarse prescrita la acción penal y, a mayor abundamiento, por estar extinguida la responsabilidad penal del acusado por amnistía. Pide que se anule el fallo y se dicte sentencia de reemplazo confirmando la absolutoria de primer grado.

5º) Que, en el considerando quinto de la sentencia recurrida se establece que son aplicables al caso sub lite los Convenios de Ginebra de 1949, porque los hechos se perpetraron y consumaron en estado de guerra interno, en mérito de lo previsto en el D.L. 5 de 12 de septiembre de 1973, en especial los artículos 3º, 146 y 147 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, normas que contienen la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las partes contratantes puedan haber incurrido respecto de las graves infracciones a los mismos, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, prohibición que alcanza a las causas de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

6º) 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 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3º

común para todos los Convenios de Ginebra.

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 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 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 y 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 realiza las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

7º) Que, el D.L. 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de septiembre de 1973, invocado por los sentenciadores para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

Para dictar el mencionado decreto ley se tuvo en consideración que: (a) en el país existía una situación de conmoción interna (b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y (c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la ley 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D.L. 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general; y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 5 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. 5, de 1973.

8º) Que, el D.L. 5, de 1973 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6 y 7 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 5 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores cometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub lite.

9º) Que, aun en el evento de que se estimare aplicables los Convenios de Ginebra, de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados por los sentenciadores para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal invocadas por el condenado, no contienen prohibición alguna al respecto.

En efecto, el artículo 148 del aludido convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra 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 renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

10º) Que, la segunda razón invocada por los sentenciadores para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal invocada por el condenado es la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (P.I.D.C.P.) 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. 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 P.I.D.C.P. 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.

11º) Que, los sentenciadores han establecido, además, que en virtud de la aplicación del P.I.D.C.P., los hechos investigados en esta causa deben ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, "conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". La sentencia omite señalar cuáles son los criterios que los sentenciadores emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos en el P.I.D.C.P. También omitieron señalar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional. con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos.

12º) Que, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no 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.

13º) Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

El Estatuto de Roma 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 no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

14º) Que, conforme a lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, esto es, el 5 de octubre de 1973 y, puesto que en autos no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra del responsable antes del 8 de abril de 1999, fecha en que se interpusieron las querellas de fs. 1 y 76, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad de Joaquín León Rivera González derivada de los homicidios reiterados perpetrados en perjuicio de Ricardo Rioseco Montoya y de Luis CotalAlvarez se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno, que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como ley de la República, antes de la comisión de los hechos investigados ni durante el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal intentada. Dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias en autos de que, desde el año 1990 se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar los cuerpos de las víctimas, toda vez que, aunque se pudiese interpretar que tales actos ejecutados ante los tribunales, eran suficientes para interrumpir el plazo de prescripción, ellos fueron ejecutados en 1990, esto es, 17 años después de cometido el delito.

La decisión de revocar la sentencia de primera instancia, que absolvía a Joaquín León Rivera González por encontrarse prescrita la acción penal, y declarar en su lugar que se lo condena por delitos reiterados de homicidio calificado, constituye una infracción a lo previsto en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, y es motivo suficiente para acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por el condenado a fs. 1220.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en los artículos 535, 546, N° 2º, y 547 del Código de Procedimiento Penal, se invalida la sentencia de veintinueve de diciembre de dos mil cuatro, escrita a fojas 1.204, la que es nula, y se reemplaza por la que a continuación y en acto separado se pronunciará.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Cury y Rodríguez Espoz, quienes estuvieron por rechazar el recurso, haciendo suyos los fundamentos del fallo impugnado y teniendo, además, presente:

Primero: Que, como lo reconoce también el voto de mayoría, en la fecha de los hechos sobre que versa esta causa se encontraba vigente en Chile el decreto ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de



la población en general" declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el decreto ley N° 2 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Segundo: Que, en consecuencia, el día en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna. Es verdad, ciertamente, que la situación existente no reunía los requisitos de orden fáctico exigidos por autores que, como Eduardo Montealegre, citado a este respecto por el voto de mayoría; exigen para apreciar un auténtico estado de guerra de acuerdo a los criterios imperantes en la doctrina y los instrumentos internacionales sobre la materia. Pero Montealegre lo ponía de relieve en esa publicación, precisamente para destacar la arbitrariedad en que incurría el gobierno de facto al imponer el reconocimiento de tal estado no obstante la inexistencia de los presupuestos de hecho en que podía habérselo fundado correctamente, y con la esperanza de que quienes ostentaban el poder, o los tribunales de justicia o cuando menos, la opinión ilustrada de la nación se hiciera eco de su reclamo y abogara por el restablecimiento de la recta doctrina. Como es de sobra sabido, nada de eso ocurrió, y el país prosiguió sometido a estado de guerra declarado por el decreto ley N° 5 hasta mucho después de ocurridos los hechos que aquí se están juzgando.

Tercero: Que, en opinión de los disidentes, no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno de facto, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes a comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso. Una de las mencionadas consecuencias es, precisamente, la prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra.

Cuarto: Que, con arreglo al punto de vista de estos disidentes, la mentada prohibición de autoexoneración no se refiere sólo a las consecuencias civiles de las infracciones en que se hubiere incurrido, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellas; pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la

función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que transgresiones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenía presente cuando establecieron la prohibición examinada.

Quinto: Que, por las mismas razones expuestas en el razonamiento anterior, quienes suscriben esta disidencia son de opinión que la referida prohibición de autoexoneración no atañe sólo a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que encontraban para concederse extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión, de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía; y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción.

Sexto: Que, coincidiendo con los planteamientos recién expuestos, expresa uno de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que "la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere... una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista histórico, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aun en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho". "La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, mas no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares

de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos" (ReinhartMaurach y Heinz Zipf, Derecho Penal. Parte General, traducido de la 7ª edición alemana por Jorge Bofil y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430. Subrayados en el original).

Regístrese.

Redacción de la Abogado Integrante señora Luz María Jordán Astaburuaga y, la disidencia, por sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros señores Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., y los Abogados Integrantes señor José Fernández R. y señora Luz María Jordán A. firma el Ministro señor Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

Rol N° 457 05.