

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticinco de mayo de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación precedente y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de primera instancia, con excepción de sus motivos vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo octavo, que se eliminan.

Se mantienen sólo las reflexiones contenidas en los considerandos primero a cuarto, y el sexto, todos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de dieciocho de diciembre de dos mil siete.

Asimismo, se dan por reproducidos, en lo pertinente, los motivos de la sentencia de casación que antecede.

Y teniendo, además, y en su lugar, presente:

Primero: Que, tal como se ha concluido en anteriores fallos, el examen de la normativa dictada luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, así como el contexto en que se desarrollaron los hechos posteriores a esa data, permiten concluir que en la época en que ocurrieron los sucesos que dieron origen a la presente investigación, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3º, común para los Convenios de Ginebra, cuyas disposiciones no hacen más que reafirmar el respeto de la dignidad humana, sobre todo el de las víctimas de conflictos armados.

Segundo: Que cabe tener presente que los hechos sublite tienen lugar el 8 de diciembre de 1973, en el contexto de las circunstancias muy excepcionales acaecidas en el país, de grave convulsión social, en que el 11 de Septiembre de 1.973, las Fuerzas Armadas y de Orden, derrocando al gobierno constitucional, asumen el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, dictando la Junta de Gobierno, con fecha 12 de Septiembre de 1.973., el Decreto Ley No. 5, el que, sustentado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país", como asimismo 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", en su artículo 1º, declara -interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar- que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3, 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 señalado Código y demás leyes penales y para todos los efectos de la mentada legislación.

Según Decreto Ley No. 641 de 11 de Septiembre de 1974, se declaró a Chile en "estado de sitio", en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley No. 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III, del Libro I, del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y en la aplicación del procedimiento establecido en el Título IV, del Libro II, de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra, situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley No. 641, es decir, hasta el 11 de Marzo de 1.975.

Tercero: Que la existencia del “estado de guerra”, es un hecho reconocido por esta Corte en diversos fallos, debiendo agregarse que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418 del Código de Justicia Militar, “hay estado de guerra, o (que) es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.”

Por tal razón, y como ha dicho esta Corte -según consta en los autos rol 3.462-06- los decretos leyes Nos. 3 y 5 “no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido decreto ley No. 641, cuando declaró el estado de sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 60, letra b), del decreto ley No. 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Además, el Decreto Ley No. 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno”, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos.

Cuarto: Que, si bien es cierto que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo No. 752/1.95, de 17, 18, 19 y 20 de Abril, dicen relación, en su marco general, con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aun para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, no lo es menos que -acorde lo dispone el artículo 3º, común de los Convenios- se aplican excepcionalmente respecto del “conflicto armado sin carácter de internacional”, situación que, como lo han determinado diversos fallos de esta Corte, concurre en la especie.

Quinto: Que los referidos instrumentos internacionales, aplicables a la situación de que se trata en estos autos, obligan, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquéllos que han quedado fuera de combate por enfermedad, encontrarse heridos, por haber sido detenidos o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar los hechos siguientes: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. A la vez, compromete su artículo 146 a sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos

contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Se reconoce que, en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Las infracciones graves se encuentran descritas en el artículo 147, contemplando, entre ellas, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, los atentados graves contra la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

Sexto: Que teniendo presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, resulta que los citados convenios imponen al Estado de Chile la obligación de garantizar la seguridad, especialmente de los detenidos que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, estándole vedado, por lo tanto, amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o permitir la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades contraídas por ellos.

Séptimo: Que, por consiguiente, el DL N° 2.191, sobre Ley de Amnistía, en una interpretación conforme con los Convenios de Ginebra, no puede ser aplicado a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en aquel derecho convencional internacional, perpetradas en nuestro país durante su vigencia.

Octavo: Que esta Corte antes ya ha sostenido que la prohibición de autoexoneración que emana de los Convenios de Ginebra, no sólo alcanza aquellas situaciones en que los detentadores del poder, aprovechando las ventajas que su situación les ofrece, otorgan extinciones de responsabilidad como amnistías autoconcedidas, sino que incluye también la suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, toda vez que la misma aparece concebida para operar en un estado de paz social, y no en situaciones de atropello de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se funda, y menos en beneficio de aquéllos que precisamente provocaron ese quebrantamiento, en términos que los hechos punibles establecidos en autos resultan imprescriptibles.

Noveno: Que por haberse cometido el delito en el ámbito de violaciones a los derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o *ius cogens*, que - tal como ha sido declarado en anteriores fallos - tiene prevalencia sobre la legislación nacional. Las reglas del *ius cogens* son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o métodos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en un modelo legal, no cambian su naturaleza jurídica.

Esta Corte reitera, una vez más, que los principios del derecho internacional y las reglas del derecho consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno, con primacía sobre las leyes internas, aun cuando no se encuentren traducidos en tratados o convenciones obligatorias para Chile.

Décimo: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar -en lo que atañe a la prescripción alegada- que el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 2391, adoptó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los

crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que tenía vigencia al tiempo de la ejecución de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario, como parte integrante del ius cogens, son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario.

Undécimo: Que, esta misma Corte, en sentencia anulatoria Rol N° 559.2004, de 13 de diciembre de 2.006, recaída en el denominado “caso Molco”, tuvo oportunidad de señalar, en su considerando 16°: Que la **“universalidad” del principio de imprescriptibilidad**, predicada en el Preámbulo de la Convención de 1.968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los **crímenes de guerra** (letra a) y de **lesa humanidad** (letra b) **“ son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”**.

En otras palabras, la Convención no se limitó a **enunciar** esta regla, sino que a **afirmarla**, mediante su positivación, pues ella operaba ya a la fecha como **derecho consuetudinario internacional**. Así, por lo demás, se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1.966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1.967”.

La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ha sido también afirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros casos en “Velásquez Rodríguez (1988); Godínez Cruz (1989), Blake (1988) y, muy especialmente, en “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de 26.09.2006, donde se señala que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (consid. 19°).

Duodécimo: Que los antecedentes anteriores, además de los señalados en los motivos décimo tercero y décimo cuarto de la sentencia del tribunal a quo, constitutivos de presunciones judiciales que se ponderan conforme a las reglas correspondientes, permiten tener por legalmente establecidos los siguientes hechos: “que el día 8 de diciembre de 1973, mientras que un ciudadano argentino, su cónyuge de nacionalidad mexicana y el hijo de ambos, de dos años de edad, se encontraban ocultos en unos hornos carboníferos ubicados en la Quebrada de Gualiguaica, Valle del Elqui, IV Región, fueron ejecutados los dos primeros por una patrulla militar integrada por seis efectivos del Regimiento “Arica” de la ciudad de la Serena, al mando de un capitán, quien había recibido una orden del comandante del regimiento de realizar pesquisas tendientes a la ubicación de un matrimonio de extranjeros que se encontraban ocultos al interior de la comuna de Vicuña, salvando con vida el menor hijo, del matrimonio.”

Décimo Tercero: Que, la calificación jurídica aplicable a estos ilícitos corresponde a dos delitos de homicidio calificado, en las personas del ciudadano argentino Bernardo Mario Lejderman Konujowska y su cónyuge, de nacionalidad mexicana, María del Rosario Avalos Castañeda, los que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391, numeral 1°, circunstancia primera, del Código Penal, cuya calificante es la alevosía.

Décimo Cuarto: Que de los antecedentes aparece que dicha circunstancia está debidamente acreditada, entendiéndose que ella concurre cuando el delincuente obra a traición o sobre seguro, lo que comprende, por un

lado, toda aquella maquinación tendiente a engañar o a aparentar ante la víctima una situación diversa de la verdadera, empleando cautela y astucia para engañar; y por otro, evitándose para sí todo daño, sin dar a los ofendidos la oportunidad de defenderse o rechazar el ataque de que son objeto, excediéndose innecesariamente en el uso de los medios para asegurar el resultado, ya sea aprovechándose de las circunstancias materiales favorables buscadas de propósito a fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y también neutralizar posibles riesgos que pudieran emanar de una probable defensa de las víctimas, o con la acción de terceros que pudieran intervenir para evitar el ilícito.

Décimo Quinto: Que lo anterior se encuentra perfectamente probado en autos, desde que los agentes crearon una situación especialmente destinada a dar seguridad a sus actuaciones y a marginar todo riesgo para sus personas, al realizar la emboscada de los afectados, conocedores de su inferioridad numérica, desarmados, quienes huían y se ocultaban de fuerzas de seguridad en el interior de una mina ubicada en un Valle de la IV Región de Coquimbo, previniendo un mal mayor que no sólo pudiera ocurrirles a ellos, sino también a su pequeño hijo de dos años de edad que los acompañaba, único sobreviviente del crimen múltiple que finalmente aconteció, en diciembre de 1973. Todo ello se produjo aprovechando su estado de indefensión, que no fue obra del simple azar, sino procurado deliberadamente por los acusados quienes buscaron las anteriores circunstancias, que fueron determinantes para la perpetración de los delitos investigados en autos.

Décimo Sexto: Que, al mismo tiempo, se encuentra irrefutablemente probado que la muerte causada a Bernardo Lejderman Konujowska y a María Avalos Castañeda, aconteció el 8 de diciembre de 1973, en el sector de Quebrada de Gualiguaica, Valle de Elqui, IV Región, y los certificados de defunción de fojas 2, 61, 62 y 141 así lo refrendan.

En lo que se refiere al ocultamiento de ambos cónyuges en el sector ya mencionado, consta el testimonio del Subteniente de Ejército Pedro Rodríguez Bustos, expresando que lo anterior le fue comentado por el suboficial Vallejos (imputado), en cuanto a que se presentó un informante al Regimiento Arica de La Serena, dando cuenta del ocultamiento en una caverna de una pareja de extremistas, en posesión de armamentos y gran cantidad de explosivos -lo que no fue probado en autos, ya que no existe evidencia alguna al respecto, salvo las declaraciones de los inculpados-, movilizándolo a personal de la sección segunda del regimiento para practicar un reconocimiento cercano, realizado, informaron al mando, que planificó al día siguiente una operación, la que derivó en una emboscada, siendo sacados de su escondite los ofendidos, lugar en que fueron ejecutados e inhumados, siendo ayudados por el informante, y que previamente protegieron al niño, dándose la información oficial de que se habían suicidado.

Décimo Séptimo: Que, en cuanto a la causa de muerte, el cadáver de la mujer aparece sepultado en forma definitiva en el Cementerio General de Santiago, desde donde fueron incinerados sus restos conforme rola a fojas 65, 71, 181 y 217; igualmente se pudo realizar una exhumación respecto del cadáver de Lejderman Konujowska, lo que aparece a fojas 280. Del informe pericial del Servicio Médico Legal, de fojas 345 y siguientes, se concluye que su muerte se debió a traumatismos torácicos producidos por elementos contusos aplicados a la zona torácica, produciendo múltiples fracturas costales, fracturas de escápulas y de la quinta vértebra lumbar, y una de ellas pudiera corresponder a una trayectoria de proyectil, descartando absolutamente que se deba al estallido de un artefacto explosivo, toda vez que sus restos no presentan alteraciones óseas de haber recibido un tal impacto.

Décimo Octavo: Que, a lo anterior, se suman las declaraciones de Fidelina Pastén Gallardo, de fojas 33 vta., 92 y 219 y de Elsa Pastén Pastén,

de fojas 95 y 201, quienes vieron a la patrulla militar y escucharon los disparos, enterándose que la primera en huir fue la mujer, la que fue finalmente abatida, lo que fue presenciado por la segunda deponente; en tanto, que a los quince minutos escucharon nuevos disparos, que correspondieron a un hombre herido de múltiples heridas a bala; de Uberlinda Rodríguez, fojas 98, quien, por dichos de su marido, supo que la patrulla militar mató al matrimonio que se ocultaba en un horno de barro y que al niño que los acompañaba se lo llevaron, agregando que su cónyuge debió enterrar a la mujer, en tanto que el cuerpo del hombre quedó expuesto. En el mismo sentido de la presencia del matrimonio, su ocultamiento, y la búsqueda por parte de la patrulla militar que terminó matándolos mediante disparos de armas de fuego, coinciden el acta de inspección personal del tribunal, de fojas 4 y el testigo presencial Luis Horacio Ramírez Ramírez, quien declara a fojas 4 vuelta, 209 y 261, y que es la persona que acogió al matrimonio, antes que la patrulla lo detuviera e interrogara, siendo conminado a revelar el lugar del escondite, sintiendo disparos y siendo obligado a sepultar el cadáver de la mujer, realizando lo mismo con el de él en un lugar cercano, el que se aprecia en el set de fotografías que rola de fojas 7 a 23. A ellos se suman los dichos de Carlos Ramos Juica, de fojas 102; de Orlando Rivera Olivares, de fojas 144 y 214; de Carlos Oros Rojas, de fojas 408 y de Floridencia López Collado, de fojas 410. Y respecto de la presencia en el sitio del suceso del menor Ernesto Yoliztli Lejdeman Avalos, hijo del matrimonio, quien declara a fojas 251, es constatada por los mismos dichos anteriores. En los que se refiere a su posterior traslado a La Serena, rolan los testimonios del entonces ayudante del comandante del Regimiento "Arica" de esa ciudad, Juan Emilio Cheyre Espinoza, quien depone a fojas 298, expresando que llegó en compañía del capitán Polanco, siendo finalmente llevado a un convento de monjas de la misma ciudad.

Décimo Noveno: Que, en consecuencia, los anteriores antecedentes son bastantes para acreditar el homicidio calificado, por alevosía, de los ciudadanos Bernardo Lejderman Konujowska y Maria Avalos Castañeda, desde que se encuentra demostrado el conocimiento previo de la presencia del matrimonio, con su hijo menor, en el interior del Valle de Elqui, los que permanecían ocultos al interior de unos hornos, así como la circunstancia de que sus ejecutores, miembros de una rama de las fuerzas armadas, conforme a su formación militar, necesariamente debieron prever, antes de actuar, aspectos previos relativos a si los perseguidos se encontraban armados o no y si tenían material explosivo, como declaran únicamente los acusados, aseveración respecto de la cual no existe en autos constancia, ni incautación alguna, lo que le resta todo mérito. Y, finalmente, la evidencia relacionada demuestra que, ubicado el matrimonio en el lugar, fueron acribillados mediante el uso de armas de fuego que portaban sus ejecutores.

Vigésimo: Que, despejado el tipo penal aplicable en la especie a los hechos acreditados por el tribunal, procede interrogarse respecto de la participación criminal de los cuatro acusados. Esta Corte comparte, en este punto, todos y cada uno de los contenidos de los motivos décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno del fallo en alzada, los que se dan por reproducidos para así evitar repeticiones inoficiosas. En lo tocante a la intervención de la línea de mando, cabe apuntar que el Oficial Guillermo Polanco Gallardo informó a su superior, el comandante Ariosto Lapostol Orrego, del Regimiento "Arica" de La Serena, de la existencia de dos individuos que se escondían en el interior de la zona, por lo que su superior dio la orden de verificar esa información y detener a esas personas para un interrogatorio. Por ello, el primero de los mencionados formó una patrulla compuesta, entre otros, por el suboficial Vallejos Birtiola y el cabo Luis Fernández, todos del Ejército de Chile, quienes finalmente materializaron la conducta ilícita investigada en estos antecedentes, por lo que corresponde castigar a Polanco

Gallardo, Vallejos Birtiola y Fernández Monjes, como autores conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal, al intervenir en forma directa e inmediata en la comisión del hecho calificado como constitutivo de dos delitos de homicidio calificado, ambos por la alevosía.

Vigésimo Primero: Que, por el contrario, en lo que dice relación con el acusado Lapostol Orrego, no se logró establecer su intervención en el hecho investigado, al encontrarse fehacientemente acreditado que la orden por él impartida, en su calidad de comandante del Regimiento "Arica", de la ciudad de La Serena, al capitán Polanco, fue la de concurrir al Valle del Elqui con la misión única de detener a los dos ciudadanos extranjeros para que fueran interrogados debidamente, lo que no fue cumplido por sus subalternos, integrantes de la patrulla.

Sin perjuicio de lo anterior, actúan como pruebas de la buena fe del acusado Lapostol, el haber puesto en conocimiento del hecho a los consulados de México y Argentina, conforme a la versión que recibió de sus subalternos; el haberse preocupado personalmente de los cuidados y destino del hijo de dos años de la pareja ultimada, facilitando los medios para proceder, a instancias de la autoridad consular mexicana, a la exhumación del cuerpo de la ciudadana de ese país, para su traslado e inhumación legal en el Cementerio General de Santiago, todo lo cual, analizado en conjunto, impide adquirir la convicción de culpabilidad que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, para estimar que intervino en los hechos en calidad de autor, cómplice o encubridor, por lo que será absuelto del cargo formulados en el auto acusatorio de fojas 531 del Tomo III, haciéndose con ello cargo este sentenciador de las alegaciones formuladas por la defensa del mismo Lapostol Orrego en su presentación de fojas 634 y siguientes, así como de las correspondientes adhesiones a la acusación judicial, presentadas por parte del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, como del querellante particular, que rolan a fojas 535 y 536, respectivamente.

Vigésimo Segundo: Que, establecido el delito como la participación criminal que correspondió a los culpables, y a pesar de lo razonado en la primera parte del presente veredicto, consistente en la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta - consagrada en el artículo 103 del Código del ramo - que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria, en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho punitivo. Así, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla, por impedirlo el Derecho Internacional Humanitario, no existe razón que se oponga a considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en razones vinculadas a la necesidad de mantener la paz social, en tanto la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción.

Vigésimo Tercero: Que el referido artículo, en su inciso primero, prescribe: "Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales

prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Por su parte, el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en “el día en que se hubiere cometido el delito”.

Vigésimo Cuarto: Que, razonando en torno de la institución consistente en **“la media prescripción”**, conocida también como **“prescripción gradual”**, a los efectos de determinar su acogimiento, como por esta vía lo pretenden los recurrentes, es menester tener presente que, tanto la prescripción propiamente tal, como la media prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código punitivo, cual lo es el V de su Libro I, el cual ha consagrado el legislador para tratar “De la extinción de la responsabilidad penal”; y también, el hecho que ambas se acunan **en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.**

Vigésimo Quinto: Que, sin embargo, cabe advertir que ambas -prescripción o prescripción completa y media prescripción- persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que **es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal**, lo que no ocurre con la **media prescripción, cuya teleología, por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la dicha responsabilidad**, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las *circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en especificidad, a la estirpe de las atenuantes, denominadas también minorantes de dicha responsabilidad.*

Vigésimo Sexto: Que, según se ha visto, la ubicación de la media prescripción en el Título V del Libro I del Código punitivo, no desnaturaliza su finalidad, teniendo presente para ello que ésta no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Esta situación, por lo demás, no es única en el Código Penal, si se observa, v.gr., que no resulta posible interpretar los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código citado, como atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII- sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana, y más particularmente en contra de la vida humana dependiente. Tampoco es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII, del Libro II, como atentados en contra de “las personas”, como lo denomina el Código punitivo, porque “las personas” son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objeto de protección, cuales lo son la vida humana, la salud individual o la integridad corporal, la vida humana y la salud individual o integridad corporal y el honor.

Vigésimo Séptimo: Que, a esta altura, resulta necesario concatenar la raíz de las instituciones de la prescripción completa y de la media prescripción, resaltando que la ontología de aquélla, se advierte, según el estudioso y destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia, Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981), pág. 1.238 y 1.239, en torno de la teoría mixta, “que considera la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo...Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la *necesidad de pena*, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer

finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos ordenamientos jurídicos extranjeros permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total. También desempeñan un papel la idea del ejercicio de *derecho de gracia*, de la *equidad* y la necesidad de *autolimitación del Estado* frente al factor tiempo y el cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no sólo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas.”

Vigésimo Octavo: Que los hechos sublite, respecto de los cuales los recurrentes invocan el haber alegado en su beneficio la media prescripción o prescripción gradual, la que no les fuera reconocida en el fallo objeto del presente arbitrio, han acaecido en el curso del mes de diciembre de 1.973, esto es, hace más de treinta y cuatro años, y aun cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que, en aras de la justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, subjure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado, no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- a fin de evaluar el reproche que en definitiva emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

Vigésimo Noveno: Que, en el caso que nos convoca, se encuentran acreditadas la fecha de ejecución de los dos delitos de homicidio calificado investigados y dado que la prescripción gradual como se ha anotado, acorde a su naturaleza, es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva, concebida como ***atenuante calificada de la responsabilidad penal***, disminuyendo la pena, sin que su aplicación se vea afectada por la normativa internacional, es menester examinar en cada caso su procedencia y su eventual aplicación.

Sin embargo, nada obsta a determinar, en favor de los encausados, la concesión del beneficio de la media prescripción, toda vez que lo que no puede ocurrir por aplicación de los tratados internacionales es aplicar la prescripción completa, cuyo no es el caso.

Trigésimo: Que, es pertinente tener en consideración que esta Corte, en relación con figuras de homicidio acaecidas en el mismo contexto de grave alteración o convulsión social, con motivo de los hechos del 11 de Septiembre de 1.973, reconociendo la imprescriptibilidad de la figura que interesa por aplicación de los tratados internacionales, ha aplicado, como circunstancia de atenuación de la responsabilidad punitiva -no de extinción- la institución de la media prescripción -así, v.gr., en causa rol 6.525-06- a cuyos efectos, y a fin de determinar el plazo requerido por el artículo 103, del Código de punición, ha recurrido al cómputo de prescripción establecido en su artículo 94, estableciendo un reconocimiento expreso a la atenuación de la responsabilidad penal por aplicación de la prescripción gradual, en relación con la afectación del mismo bien jurídico-la vida humana- comprometido en estos autos.

Trigésimo Primero: Que, por lo dicho precedentemente, debe recogerse expresamente, para fines de aplicación de la pena, la morigerante consistente en la *media prescripción* del artículo 103 del texto punitivo, desde que existe fecha cierta y determinada para la muerte causada a Bernardo Lejderman Konujowska y María Avalos Castañeda, las que acaecieron el día 8 de diciembre de 1973, fecha a partir de la cual comienza el cómputo de la media prescripción de la acción penal.

Trigésimo Segundo: Que el tiempo transcurrido desde el 8 de diciembre de 1973 -fecha de inicio de la prescripción, acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el 31 de julio de 1990, fecha de la denuncia efectuada por la Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de La Serena, que figura a fojas 1 del Tomo I de estos antecedentes, o a la data de la querrela criminal de 4 de diciembre de dos mil, que rola a fojas 25 y siguientes del Tomo II, interpuesta por el hijo sobreviviente del matrimonio ultimado, o al veintiséis de mayo de dos mil cuatro, según aparece de fojas 412 del Tomo II, en que se somete a proceso a Lapostol, Polanco, Vallejos y Fernández, en cuanto a estimar a los cuatro como autores del homicidio calificado de Bernardo Lejderman Konujowska y María Avalos Castañeda; media un decurso, en cualquiera de estos supuestos, al menos superior a diecisiete años, más que suficiente para determinar la procedencia de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, de siete años y medio. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal señalado si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional, en los inicios de 1990.

Trigésimo Tercero: Que el homicidio calificado se encuentra sancionado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, de modo que, en lo que dice relación con los acusados, la pena base es la de presidio mayor en su grado medio, toda vez que su participación criminal en los hechos investigados fue catalogada en la presente investigación como de autores, del artículo 15 N° 1 del Código Penal, lo que implica - de conformidad al artículo 50 del mismo texto - que debe imponérseles la pena señalada por la ley para el crimen o simple delito. Y en consideración a la concurrencia de la media prescripción, según lo dispone el artículo 103 del Código Penal, a lo que se suma la del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, consistente en sus irreprochables conductas anteriores, la que beneficia a los tres acusados, y que se encuentra acreditada del mérito de sus extractos de filiación y antecedentes de fojas 509, 513 y 515, y declaraciones de fojas 771, 772, 801 y 802, corresponde reducir la pena aplicable, en la forma que se indicará.

Respecto de la petición de calificar la irreprochable conducta pretérita de los procesados, no existen en autos antecedentes que así lo justifiquen, sin perjuicio de la improcedencia técnica de tal petición, atendido el tenor literal del artículo 68 bis, que sólo permite otorgar esa connotación cuando concurre una sola minorante, cual no es el caso, con motivo del reconocimiento, en tal calidad, de la denominada media prescripción, en el carácter de atenuante. De esta forma, se han justipreciado todas las alegaciones formuladas por las defensas de los encausados en sus descargos de fojas 562, 634 y 675.

Trigésimo Cuarto: Que, para los efectos de regular la pena, ha de considerarse que resulta más beneficioso imponer el castigo de acuerdo con el sistema contemplado en el artículo 509 del Código adjetivo penal, de suerte que, concurriendo en favor de cada uno de los tres convictos la situación aludida en la consideración antes precedente, estos sentenciadores están facultados para considerar el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas, por lo que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que les confiere la ley, rebajarán la pena en dos grados a cada uno de los sentenciados, de conformidad a lo que dispone el artículo 68 del mismo código, ello a partir del mínimo fijado por la ley, quedando así en presidio menor en su grado máximo. Enseguida, se aumentará en otro, en virtud de la reiteración y así se obtiene la pena de presidio mayor en su grado mínimo, procedente en definitiva.

Trigésimo Quinto: Que, en atención a lo expresado en las consideraciones precedentes, se concuerda parcialmente con la opinión del Fiscal Judicial, emitida a fojas 971, quien fue del parecer de revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar declarar que se condena a los tres

enjuiciados como autores de dos homicidios calificados, e imponerles la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio a cada uno; y confirmar en lo demás apelado el mismo veredicto, disintiendo sólo en lo tocante al quantum de la pena, acorde lo razonado.

Trigésimo Sexto: Que, en lo que respecta a la acción civil intentada en la especie, debe señalarse que la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria contra terceros civilmente responsables, aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Trigésimo Séptimo: Que, en tanto norma de carácter excepcional, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

Trigésimo Octavo: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de instrucción penal -también modificado por la Ley Nº 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo aquél la inclusión de la acción civil en sede penal, éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, pero se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida interponerla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente. Su tenor literal es el siguiente:

“La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

“Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

“Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

“Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

Trigésimo Noveno: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

Cuadragésimo: Que, en tal escenario, las pretensiones civiles presentadas en sede penal en el libelo de fojas 536 y siguientes por parte de Ernesto Yoliztli Lejdeman Avalos, hijo del matrimonio ultimado compuesto por el ciudadano argentino Bernardo Lejderman Konujowska y la nacional mexicana Maria Avalos Castañeda, se dirigen únicamente en contra del Estado de Chile, argumentando que fueron agentes al servicio de ese Estado los que

infirmaron el daño cuya compensación impetra, afirmando que los actos ilícitos fueron realizados por funcionarios públicos miembros del Ejército de Chile, en calidad de partícipes directos, demandando así la responsabilidad extracontractual del Estado, citando, en resumen, como bases de tal responsabilidad los artículos 5, 6, 7, 19 N°. 1 y 38 inciso 2º, todos de la Constitución Política de la República, en concordancia con los artículos 2 y 4 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Cuadragésimo Primero: Que, en el contorno reseñado, los supuestos fácticos de la acción intentada escapan de aquéllos que pueden ser conocidos en sede penal con arreglo al artículo 10 del Código de Enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del deterioro experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal.

Cuadragésimo Segundo: Que conviene aclarar, además, tal como ha sido sostenido por esta Corte, que “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho.” A lo anterior se ha añadido, “que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general, una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad” (Corte Suprema, Rol N° 428-03.-).

Cuadragésimo Tercero: Que, de acuerdo con lo anterior, procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de los escritos de fojas 611 y siguientes, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas del Fisco formuladas en esa misma presentación.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 30 y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, **SE DECLARA;**

En lo penal:

I.- Que se **revoca** la sentencia apelada de catorce de julio de dos mil seis, escrita de fojas 906 a 934, ambas inclusive, en cuanto absuelve a los inculpados **Fernando Guillermo Polanco Gallardo, Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monjes**, ya individualizados, por beneficiarles la prescripción de la acción penal, y en su lugar se resuelve que **se les condena** a cada uno de ellos, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago proporcional de las costas de la causa, por las responsabilidades criminales, que en calidad de autores, les correspondió en los delitos de homicidio calificado en las personas de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Avalos Castañeda, perpetrados ambos el día 8 de diciembre de 1973, en la localidad de Quebrada de Gualliguaica, al interior del Valle del Elqui, IV región

de Coquimbo, ilícitos que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391 numeral 1°, circunstancia primera, del Código Penal.

II.- Se confirma, en lo demás apelado, la misma sentencia, con declaración que la absolución de **FRANCISCO LAPOSTOL ORREGO**, lo es en atención a no haberse acreditado en autos su participación culpable en calidad de autor, cómplice o encubridor en los mismos.

III.- Que atendida la extensión de la pena, no se concede a los encartados **POLANCO GALLARDO, VALLEJOS BIRTIOLA y FERNÁNDEZ MONJES** ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216, por lo que deberán cumplir efectivamente las penas privativas de libertad impuestas, desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono los tiempos que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, respecto de Polanco Gallardo, entre el 28 de mayo y el 4 de junio de 2004, según consta de los certificados de fojas 417 vuelta y 486; de Fernández Monje, entre el 28 de mayo y el 8 de junio de 2004, según consta de las certificaciones de fojas 417 vuelta y 460 y, respecto de Vallejos Birtiola, entre el 3 de junio y el 15 de junio de 2004, según consta de fojas 476 y 489.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller estuvo por reducir la pena privativa de libertad impuesta a los sentenciados Polanco Gallardo, Vallejos Birtiola y Fernández Monjes, a la de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, en ejercicio de la facultad legal.

En lo civil:

IV.- Se revoca la decisión apelada, en la parte que acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, rechazando en todas sus partes la demanda civil intentada en autos a fojas 536; **y en su lugar se declara, que se acoge la excepción de incompetencia del tribunal**, opuesta como primera en el mismo escrito ya citado, debiendo los demandantes de autos dirigirse al tribunal competente que corresponda, sin que corresponda emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto.

Acordada la condena penal contra el **voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada de primer grado en cuanto acogió la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor de los encartados, teniendo presente para así decidirlo, además de las motivaciones del veredicto del a quo, las siguientes consideraciones:

1°.- La prescripción es una institución 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.

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, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no se prolongue en el tiempo un estado permanente 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 causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre en el mes de diciembre de 1973, y la denuncia de la Comisión de Derechos Humanos de La Serena el 31 de julio de 1990, en tanto que la querrela criminal de la misma institución, como la del hijo sobreviviente del hecho criminoso, lo fueron el 8 de agosto de mil novecientos noventa y el 4 de diciembre de dos mil, respectivamente, con el objeto de perseguir las responsabilidades penales de los encartados, según consta a fojas 37 y 25 de los Tomos I y II de estos autos, ordenándose la instrucción del sumario en un primer momento el 31 de julio de 1990, prosiguiéndose posteriormente con la segunda querrela, hasta llegar a la etapa actual;

3°.- Que, tal como se reconoce en los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la sentencia de primer grado, reproducida por la presente, ha transcurrido en exceso el plazo de quince años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio calificado;

4°.- Que, en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica, a favor de los encausados Polanco, Vallejos y Fernández, la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal;

5°.- Que la materia de que se trata - hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973 - hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan, conforme a los cuales los órganos del Estado deben 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 mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, "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 ley resulte favorable al afectado;

6°.- Que, en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos, consignando:

"Que los Convenios de Ginebra, de 1949, fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fechas 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 la 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 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 el 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.

El D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en Septiembre de 1973 existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

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.” (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (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)”

7°.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que 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.

8°.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

Acordada la decisión civil con el **voto en contra del Ministro señor Künsemüller** quien fue de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por Ernesto Yoliztly Lejderman Avalos en contra del Fisco de Chile, atendidas las siguientes razones:

Primero: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal – de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

Tercero: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Cuarto: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, el disidente no puede dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las

víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en concepto del disidente, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Sexto: Que, de esta manera, a juicio de éste sentenciador, procede acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Así, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Séptimo: Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquella precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Octavo: Que, respecto del monto de la indemnización reclamada, estima que corresponde fijarlo en la suma de \$80.000.000.- (ochenta millones de pesos), la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora.

Acordado, asimismo, en su parte civil, con el **voto en contra del Abogado Integrante Sr. Hernández**, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada en cuanto rechazó la acción civil interpuesta, teniendo para ello presente los siguientes razonamientos:

1º.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de “*ius cogens*”. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2º.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad -categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos- son imprescriptibles, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3º.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos. En efecto, hay quienes

piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil. A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

4°.- Que cabe desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que sólo vino ser aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la **“indemnización compensatoria”** fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y **“el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”**, respectivamente.

5°.- La circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a la acción civil impetrada, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción, en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última.

Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, con solo considerar que el ilícito penal se cometió el 8 de diciembre de 1.973, en tanto la querrela criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el 4 de diciembre de 2.000, sin que, en el lapso intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción competente, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso. Como el referido término es de cuatro años “contados desde la perpetración del acto”, según reza el artículo 2.332 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 2.497 del mismo ordenamiento y constatado que el curso de la prescripción no se interrumpió mediante la interposición de una demanda judicial, en los términos del artículo 2.518, la premisa antes asentada no puede merecer dudas.

6°.- Que se ha dicho por esta misma Corte que la determinación estatal manifestada a través de la creación de la pensión de reparación y demás

beneficios reconocidos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, individualizados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concretada en la ley 19.123, de 8 de febrero de 1.992, que concedió una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, “importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas”, acto que “debe tenerse en cuenta para los efectos de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones que tienen por propósito se condene al Fisco a indemnizar el mismo perjuicio cuya reparación motivó la aprobación de aquel cuerpo legal” (SCS. Rol N° 4753/2.001, de 15.05.2.002, consid. 12° y 13°).

Pues bien, incluso atribuyendo a esa norma legal efecto interruptivo, la conclusión propuesta no puede variar, en cuanto aun desde la fecha de su publicación y hasta que los actores civiles pusieron en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho –incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela esa virtualidad – el término extintivo que interesa se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

7°.- Que, desde luego, la normativa atinente, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concierne específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. Por su parte, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana - que obliga al Estado infractor al “pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (art. 68.2) – no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.

La inferencia lógica no puede ser sino que, constituyendo la prescriptibilidad de todas las obligaciones civiles la regla general, cualquiera excepción debería ser establecida explícitamente, sin que las mentadas disposiciones ni ninguna otra de las comprendidas en los pactos internacionales reseñados, contenga una alusión expresa e inequívoca al instituto de la imprescriptibilidad, como sí ocurre respecto de la acción penal, en el Derecho Internacional.

8°.- Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor “constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más” (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).

En similar sentido, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, de 5.02.01, consid. 99, se resolvió que la sentencia misma constituía per se “una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas”, excluyendo otra indemnización que el reintegro de los gastos acreditados por las víctimas. Igual planteamiento se formula en “Claude Reyes y otros vs. Chile”, de 19.09.2006, consid. 156.

9°.- Que, a juicio de este disidente, la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país. En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: **“Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”**. De su tenor se extrae que la norma convencional se limita a **“afirmar”** tan relevante principio, con el claro objetivo de **“asegurar”** su aplicación a todas las naciones, independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: “Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”.

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad: “El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen” (art. 6°). La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados comportamientos.

10°.- Que el artículo IV de la aludida Convención - “ que en este punto se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido”, según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2.006 - introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que “la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo”, no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

11°.- Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los

artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

12°.- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, “no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo” (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

13°.- Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en la reflexión precedente, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y, además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

14°.- Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar -más que la justicia- la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, en el vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance a sólo este último aspecto.

15°.- Que, confirmando esta deducción, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los **“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”**.

En lo atinente a la cuestión estudiada, la resolución reza: **“7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”** El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de “las acciones civiles” y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la “víctima” demanda contra el “autor” del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya “recursos efectivos” contra aquellas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: **“16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”**.

Conforme a esta regla, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes

en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados.

16°.- Que, si bien sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar el 11 de marzo de 1.990 - o aun la de publicación de la ley N° 19.723, de 8 de febrero de 2.002, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa aludida en la reflexión 12ª precedente.

17°.- Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del artículo 2.332, por remisión del artículo 2.497, ambos del Código Civil, resulta legítima y permite desestimar las de tal naturaleza interpuestas en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Domingo Hernández Empanza y de las disidencias y prevención, sus autores.

Rol N° 696-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

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

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