

## SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil diez.

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

### **VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su motivo décimo, que se elimina.

En el considerando primero, se suprimen los acápites signados con las letras i) y j); en el noveno, se excluye su penúltimo párrafo; y en el siguiente, se elimina la expresión **?Sólo?** y, se sustituye la frase *?de fs. 571, la causa que allí se consigna, se tramitó paralelamente a esta?, por ?de fojas 1.062, en la causa que allí se consigna recayó sentencia absolutoria ejecutoriada?*.

De la sentencia anulada, se mantiene su parte expositiva, así como sus considerandos 1º), 2º), 3º), 4º), 5º), 6º), 7º) y 8º).

### **Y TENIENDO, ADEMÁS Y, EN SU LUGAR, PRESENTE:**

1º).- *Que los hechos de la causa, han quedado definitivamente establecidos en el razonamiento 2ª de la sentencia de primer grado, que la de segunda asumió como tales, los que no pueden modificarse y, que son los siguientes:*

**?a) Que el día 7 de febrero de 1983, aproximadamente** a las 10:00 horas, cuando Eduardo Iribarren González, caminaba por calle Abdón Cifuentes, a la altura del número 230, en un momento dado se produjo un incidente con agentes de seguridad que lo vigilaban, a consecuencia del cual recibió varios impactos de bala que le causaron la muerte en forma inmediata.

b) Que la autopsia constató diversas heridas a bala: en el párpado superior derecho; en la oreja derecha a nivel de la concha; bajo el reborde costal izquierdo; en el hemiabdomen superior derecho; en la región inguinal derecha y en la cara anterior del antebrazo izquierdo.

Se trata de seis impactos de bala, todos con salida de proyectil, siendo la causa de la muerte los traumatismos craneo encefálicos, abdominopelviano y de la extremidad superior izquierda.

El mismo informe médico, precisa que el impacto del párpado superior derecho fue de adelante hacia atrás, de derecha a izquierda y de arriba hacia abajo y que el impacto en la oreja derecha a nivel de la concha, es de derecha a izquierda de delante hacia atrás y de abajo hacia arriba los que produjeron numerosas fracturas de la base del cráneo y de la bóveda.?

2º).- *Que, acertadamente los hechos se estimaron como constitutivos del delito de homicidio calificado en la persona de Fernando Iribarren González, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1º, circunstancia primera, del Código Penal, esto es, cometido con alevosía, por cuanto tal como resolvió el juez a quo, la muerte de Iribarren fue causada con múltiples disparos, efectuados por terceros cuando ya se encontraba abatido por otros disparos previos, lo que obedeció a la culminación de la vigilancia y seguimientos de que era objeto por parte de sujetos pertenecientes a organismo de seguridad de la época, de todo lo cual se infiere, que era inútil cualquier acto de defensa o de rechazo del ataque en referencia.*

3º).- *Que atendida la naturaleza del suceso investigado, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar*

crímenes contra la humanidad.

Efectivamente, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los **derechos** humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

4°).- Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De modo tal, que para la configuración de este ilícito existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

5°).- Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete, donde las potencias contratantes manifestaron que hasta la creación de un completo código de leyes de la guerra, las altas partes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas en ella, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública. El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima y por el protocolo de Ginebra de mil novecientos veinticinco se prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos. Todas reglamentaciones

que derivan de la necesidad de establecer nuevos principios que deberían regir a la comunidad internacional para evitar las guerras, defender a personas inocentes de las actuaciones criminales, que amparados en legislaciones nacionales cometieran estos crímenes contra la humanidad? (Fernando Gamboa Serazzi: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago de Chile, año dos mil dos, página 361).

Por lo demás, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, denominado *Acuerdo de Londres*, definía en su artículo 6° c) como crímenes de lesa humanidad los asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan.

Declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de trece de febrero y once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. Iniciándose la aceptación progresiva y constante por parte del conjunto de las naciones que integran la comunidad internacional de la existencia de los referidos hechos punibles y de la responsabilidad que les cabe a los sujetos por su comisión.

Poco después, el veinte de diciembre del mismo año, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II, letra c), y de forma similar, fue codificado en el artículo 5°, letra c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptado el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

6°).- Que bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones todos los que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y de las sentencias de dicho Tribunal (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria). Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta

(A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de aquellas máximas, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra. Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho estatuto, que proscribía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público?, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

7°).- Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

8°).- Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*?. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad. Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno (José Luis Cea Egaña: Los tratados de Derecho Humanos y la Constitución Política de la República?, en Revista *Ius et Praxis*, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 84).

9°).- Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia. El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: "Los derechos humanos en el mundo contemporáneo", Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

10°).- Que es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, pero no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado "núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos", inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generen obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: "Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio y las desapariciones

forzadas, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie ?incluso sin ser letrado- podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían ?las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra? (citado por Vicente Chetail: ?La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario?, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).

11°).- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el basamento segundo del dictamen del a quo; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en la muerte de Iribarren González, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crimen de derecho internacional.

12°).- Que los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón ?de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, por cuanto se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

13°).- Que sobre el punto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo ?que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos? (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado.

Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve,

páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90; y Alfredo Etcheberry O.: ?El Derecho Penal en la Jurisprudencia?, t omo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39). Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, puesto que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional (Adolfo Veloso: ?Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno?, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero ? diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272; y Santiago Benadava: ?Derecho Internacional Público?, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13).

También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Lei de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: ?Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado?, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene ?y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él? (?La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile?, Tomo I, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa, página 571). El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: ?por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo? (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: ?Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público?, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y ?deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno? (Jorge Precht Pizarro: ?Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y derecho interno chileno?, en Revista Ius et Praxis, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 129; Alejandro Silva Bascuñán:

¿Reformas sobre Derechos Humanos?, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 16, año mil novecientos ochenta y nueve, página 583; Cecilia Medina Quiroga: ¿Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, editado por Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, año mil novecientos noventa y cuatro, página 53; Humberto Nogueira Alcalá: ¿Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos?, en Revista Chilena de Derecho, P.V.C., Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, mayo ¿ diciembre, año mil novecientos noventa y tres, página 894 y 895; y Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar: ¿Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución?, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, año mil novecientos noventa y tres, páginas 696 y 697). Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

14°).- Que, coincidiendo con los tópicos recién expuestos, expresan dos de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que "la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista histórico, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aún en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho". "La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, mas no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos" (Reinhart Maurach y Heinz Zipf: ¿Derecho Penal. Parte General?, traducido de la séptima edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430).

15°).- Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene



atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía, No pueden, por ende, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos? (Humberto Nogueira Alcalá: ?Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos?, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por consiguiente, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

16°).- Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por ?los derechos esenciales de la persona humana? siendo ?deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes?. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aún por gobiernos de facto.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, dado que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era "el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común?", de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional "no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima?" (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

17°).- Que lo que hasta ahora se ha venido exponiendo es el resultado obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón que ha debido ser adoptada de acuerdo a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza esta conclusión si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica. De esta forma se ha señalado que "siendo los derechos del hombre anteriores del Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal?" (Acta Constitucional N° 3, considerando 1°, Decreto Ley N° 1.552, de trece de septiembre de mil novecientos setenta y seis).

18°).- Que en lo que guarda relación con el otro tópico planteado, como es, la prescripción de la acción penal, pues los hechos pesquisados en los actuales acaecieron el 7 de febrero de 1983, por lo que podría estimarse que la responsabilidad de los encartados derivada del homicidio del ofendido, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos.

19°).- Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación, cuyo fundamento básico es el simple transcurso del tiempo, fijado con el propósito de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Sobre este tema y según se determinó anteriormente, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por tanto, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

20°).- Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra prescribe que: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior?", de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°. 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

21°).- Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no concierne

sólo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

22°).- Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión del injusto de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

23°).- Que, por lo demás, entre las exigencias de justicia material y las de la seguridad jurídica, esta última ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; que, en el ámbito del Derecho Penal, se contempla y acentúa en la protección de los derechos esenciales de la persona humana.

Aun cuando en el proceso criminal, el Estado se somete a restricciones instrumentales, formales, institucionales y, como en este caso, temporales y, en tal virtud, transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, según cuál sea la gravedad del delito, sin que la persecución se concrete en la imposición o en la ejecución de un castigo, el Estado la abandona, no es dable olvidar que lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, lo que provocó, en conclusión, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna (Alberto M. Binder: ?Justicia Penal y Estado de Derecho?, Editorial Ad ? Hoc, segunda edición actualizada, Buenos Aires, año dos mil cuatro, página 132; María Inés Horvitz L.: ?Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile?, en Anuario de Derechos Humanos, N° 2, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil seis, páginas 224 y 225?).

Un hecho criminoso como el que nos ocupa que tiene como principales protagonistas a personeros como los procesados, que valiéndose de la posición privilegiada que ostentaban, facilitados por el sistema de gobierno imperante en aquel entonces, no permitía la más mínima posibilidad de que dicho ilícito fuera denunciado menos aún pudo haberse pretendido a que se evitara su realización, ni que decir a que sus autores materiales o morales resultaren castigados por ellos.

A la vez, la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como

gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda (en el mismo sentido: Eugenio Raúl Zaffaroni: Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, segunda edición, año dos mil cinco, página 883).

24°).- Que también, según se determinó anteladamente, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

25°).- Que, a mayor abundamiento, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) adoptó la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, la que en su Preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 ( I ) de 13 de febrero de 1946 y 170 ( II ) de 31 de octubre de 1947, sobre Extradición y el Castigo de los Criminales de Guerra, la resolución 95 ( I ) de 11 de diciembre de 1946, que conforma los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; conviene lo siguiente: Artículo I: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; y b) 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 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, 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 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos?."

26°).- Que, no obstante que la citada Convención no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, en realidad aquella se limitó a afirmar la imprescriptibilidad de tales deplorables hechos ?amén de las fuentes citadas en su Preámbulo-, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los sucesos, pues por su naturaleza preexiste al momento de su positivización. Desde este ángulo, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que ésta también era materia común del derecho internacional.

En torno a los delitos que al tiempo de cometerse, fueran tales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, se consideró que, en esos casos, el derecho penal no podía limitar el poder punitivo hasta el extremo de la impunidad.

En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado como parte de la comunidad internacional. El reseñado instrumento internacional, se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, a su más precisa sistematización y formulación de las reglas de derecho internacional en aquellas materias que ya existía práctica de los Estados (José Antonio Pastor R.: ?Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos?, en Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional, Fernández y Quel coordinadores, Editorial Ariel, Barcelona, año mil novecientos noventa y siete, página 176).

Así se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto de los informe de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y la Resolución 1.158 (XLI), de cinco de agosto de mil novecientos sesenta y seis, de la Asamblea General y, por lo demás, como lo señalara el Relator Especial, Doudou Tima, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, esta convención es de ?carácter simplemente declarativo pues las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido? (Cuarto Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad?, documento de las Naciones Unidas a/CN.4/398, de once de marzo de mil novecientos ochenta y seis, párrafo 172).

27°).- Que tampoco puede prescindirse que el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los tratados de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Entonces esta Corte, en consonancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de de recho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados

respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.

28°).- Que el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta óptica asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

29°).- Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de los individuos, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos eventos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores esenciales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

30°).- Que la Carta de Naciones Unidas implantó entre los Estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación, de manera que debían adoptar las medidas tendientes a evitar el desconocimiento de derechos fundamentales, entre los que indudablemente se encuentra la persecución de aquellos delitos que afectan los derechos humanos esenciales. La persona no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional, pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el derecho internacional contemporáneo una obligación erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto? (Juan Antonio Carrillo Salcedo: e Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo?, Editorial Tecnos S.A., Madrid, año mil novecientos noventa y cinco, página 131). La falta de un aparato organizado de sanción respecto de los Estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables.

31°).- Que, por tales razones, las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVII) sobre ?Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad?, aprobada por la Asamblea General el tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres consigna como principio I que ?Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas?. Apotegma concordante y

consecuente con la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, donde se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por lo que resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. Es así que los Estados miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

32°).- Que a la anterior resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se añaden informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados miembros al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos? y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

33°).- Que, ajustándose a lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa esta controversia, son imprescriptibles, por cuanto es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

34°).- Que, por las elucubraciones anotadas se impone concluir que el sentenciador de primer grado, no ha incurrido en error de derecho al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la prescripción de la acción penal propuestas en sus descargos.

35°).- 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.

36°).- 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?.

37°).- Que, razonando en torno de la institución consistente en ¿la media prescripción?, conocida también como ¿prescripción gradual?, a los efectos de determinar su acogimiento de oficio, 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.

38°).- 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.

39°).- 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. 40°).- Que, a esta altura, resulta necesario relacionar 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.?

41°).- Que los hechos sublite, respecto de los cuales el juez a quo rechazó la petición relativa a la minorante de la media prescripción o prescripción gradual, han acaecido en el curso del mes de febrero de 1983, esto es, hace más de veintisiete 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.

42°).- Que, en el caso que nos convoca, se encuentra acreditada la fecha de ejecución del delito investigado 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.

43°).- 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 Iribarren González, el que acaeció el día 7 de febrero de 1983, fecha a partir de la cual comienza el cómputo de la media prescripción de la acción penal respecto de los acusados González Cortés y Sanhueva Sanhueva.

44°).- Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde la data ya precisada hasta el veinticuatro de noviembre de dos mil tres, en que Gilberto Iribarren Munizaga presentó la querrela criminal que rola a partir de fojas 2 y siguientes del Tomo I, o al cuatro de enero de dos mil seis, en que se somete a proceso a Sanhueva Sanhueva y a González Cortés, según consta de fojas 397 y siguientes del mismo Tomo anterior, arroja un decurso superior a los veinte años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, en el presente caso de siete años y medio. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal 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 1.990.

45°).- Que, lo anterior, acorde lo estatuyen los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal, considerando que, según el segundo, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina "Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión, o relegación perpetuos", prescribe en quince años, toda vez que la pena asignada al delito estudiado era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, lo que exige, a los efectos de la *ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un lapso superior a los siete años y medio*.

46°).- Que, finalmente, a manera de colofón, en todo caso las presunciones de autos aparecen basadas en hechos reales y probados y no en otros indicios, como son las propias declaraciones de los imputados recogidas respecto de su autoría en el homicidio calificado de Iribarren González, en los motivos cuarto, quinto y sexto, de los cuales surgen serios antecedentes adecuados a establecer la participación de los acusados Sanhueva Sanhueva y González Cortés en los acontecimientos en examen.

47°).- Que concurriendo en favor de los dos sentenciados la circunstancia minorante de la media prescripción del artículo 103 del Código Penal y las de su irreprochable conducta pretérita, sin que les afecte ninguna agravante, respecto del delito en el que aparecen interviniendo en forma directa e inmediata. Por lo expresado, estos sentenciadores impondrán la pena inferior en dos grados al mínimo de las señaladas a los delitos, así se impondrá una sanción de presidio menor en su grado máximo; con lo señalado se difiere del informe de la fiscal judicial en cuanto a las intervenciones de los enjuiciados y cuantía de las penas.

48°).- Que, en cuanto a lo civil, la defensa fiscal arguyó que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo éste de competencia para conocer de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

49°).- Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil

compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

50°).- Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: ?Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado. En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados?. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal. La norma transcrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

51°).- Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo compendio, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y 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 dirigirla 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 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo 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?

52°).- Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

53°).- Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida por el Fisco escapan de aquellos 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 menoscabo 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, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, acertadamente acogida por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

Con lo expuesto, lo informado por la señora Fiscal Judicial. en su dictamen de fojas 2 340 y lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 69 y 74 del Código Penal y 457, 485, 488, 503, 504, 514, 517, 529 y 534 del de Enjuiciamiento del ramo, y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- En cuanto a la acción penal: se confirma la sentencia apelada de dos de enero de dos mil nueve, escrita de fojas 1.063 a 1.087, con declaración que se reducen las penas allí impuestas a los acusados **Aquiles Mauricio González Cortés y Claudio Segundo Sanhueza Sanhueza**, por la de **cinco años de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, para cada uno, todo por sus responsabilidades que en calidad **de autores** les correspondió en el delito de homicidio calificado de Fernando Iribarren González, ilícito acaecido en Santiago el 7 de febrero de 1983.

Por reunirse en la especie a su respecto los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, y aún cuando no obra en autos el informe respectivo, situación que no resulta vinculante para el tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende de los extractos de filiación y antecedentes de los condenados condenado, **se les concede el beneficio de la Libertad Vigilada**, fijándose el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un término similar al de la condena, debiendo los sentenciados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; debiendo además cumplir todas las condiciones señaladas por el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra d), referida a la satisfacción de las indemnizaciones civiles y costas impuesta por el fallo al sentenciado ya indicado, como requisito previo para gozar del

beneficio aquí concedido, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Que, si le fuere revocada la medida alternativa en referencia, cumplirán la pena impuesta a cada uno, sirviéndoles de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado.

II.- En cuanto a la acción civil impetrada: se confirma la sentencia apelada.

**Acordada la condena penal contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger el recurso intentado, anulando la sentencia de alzada,** procediendo a dictar sentencia de reemplazo por la que se resuelve revocar la de primer grado en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor de los encausados, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que, 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, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, 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 estos, la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que correspondan y de que no permanezca 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 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 (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 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. Tales convenios se aplican, en general, 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 emplean en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

A su vez, 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...?.

3°.- Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12

de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º 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 instrumento 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. En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar 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.

4º.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado 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.

Es más, de la propia lectura de la norma en comento se colige que al dictarla se tuvieron en consideración los siguientes aspectos: a) que 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.

De lo expresado en sus considerandos, se infiere 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 para tener por establecido que en Chile, a la época de perpetración de los hechos investigados, existía un "conflicto armado no internacional" en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia -los primeros días del mes de febrero de 1983- haya existido 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 y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha establecido que a partir del 12 de septiembre de 1973 -día en que se dictó el Decreto Ley Nº 5-, existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos de dicha resolución.

Por ello, la disposición en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 2º, 3º, 4º y 5º del fallo de mayoría, relativos al estado de guerra interna a la época de los hechos y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los ilícitos existía un "conflicto armado no internacional" y por tanto, no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los episodios delictuales en estudio; 5º.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente?", norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban?.

6º.- Que, asimismo, los disidentes -tal como lo expresaron en los autos Rol Nº 2079-06- estimamos pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro "La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 ? 1998? Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo "han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5º. 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 onales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la ?guerra interna? de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar?? (Página 44).?

**7°.-** Que, ahora bien, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, crimen cuya sanción es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

**8.-** Que, en estos antecedentes se instruyó sumario el 28 de noviembre de 2003, según consta a fojas 11 del tomo I de estos antecedentes, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó en los primeros días del mes de febrero de 1983 y según consta del extracto de filiación de ambos enjuiciados rolantes a fojas 518 y 521, no existen antecedentes que permitan suponer que los acusados hubieran cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción. Sin que pueda afectar al cómputo anterior, la existencia de los antecedentes Rol N° 68-83 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, que si bien se iniciaron el mismo 7 de febrero de 1983, aparece siendo objeto de un sobreseimiento temporal el 18 de julio de ese mismo año, el que fue confirmado por la Corte Marcial el 16 de septiembre de 1987, dictándose su cú mplase el dieciocho e febrero de mil novecientos ochenta y ocho, por lo que resultó paralizado por más de tres años, en los términos que dispone el artículo 96 del Código Penal, lo que permite continuar con el transcurso de la prescripción como si no se hubiera suspendido.

**9.-** Que, en atención a lo expuesto, en la especie operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los dos encausados y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos del cargo acusatorio, como se anunciara al comienzo.

**Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller** quienes fueron de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en el primer otosí de la presentación de fojas 551, por parte del querellante particular 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 demuestraba 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, los disidentes no pueden 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 su concepto, 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 estos sentenciadores, 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. Por tanto, 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 aquélla 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, estiman que corresponde fijarlo en la suma de \$ 60.000.000.- (sesenta millones de pesos) para el actor, la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora.

Se deja constancia que para resolver como se hizo el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados -por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a los enjuiciados, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos, el señor Künsemüller, reconociendo la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, estuvo por rebajar en un grado el castigo, concluyendo que la sanción aplicable es de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias correspondientes; en cambio los señores Rodríguez y Dolmestch, estimaron que la aludida morigerante especial permite rebajar en dos grados la sanción corporal, resultando en presidio menor en su grado máximo.

Ante ello, se llama a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoce a los procesados la circunstancia atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, para lo cual se funda en la circunstancia de que si estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, integrarse a la discusión sobre el quantum de la pena y, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada en el máximo autorizado por las disposiciones que regulan el efecto de las circunstancias atenuantes.

En consecuencia, y en una nueva votación, se logró mayoría por el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez, Ballesteros y Dolmestch estuvieron por sancionar reconociendo la aludida media prescripción, otorgándole la eficacia suficiente para reducir el castigo en dos grados al mínimo; en tanto que el Ministro señor Künsemüller mantuvo su opinión de reconocer tal circunstancia, pero reduciendo la magnitud de la sanción sólo en un grado.

De la manera expresada se zanjó la discordia producida sancionando a los acusados como se ha expresado en lo dispositivo de esta sentencia.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 9474-2009.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de diciembre de dos mil diez, 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.