

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, a veinticuatro de enero de dos mil ocho.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo estatuido en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS :

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus reflexiones sexta, undécima, décimo tercera, décimo quinta y décimo octava a vigésima segunda, ambas inclusive, que se eliminan.

Se sustituye la cita a “fs. 327”, hecha en el último acápite del fundamento séptimo y en la letra a) del octavo por “fs. 329”.

En el basamento décimo sexto se cambia la oración “indemnización de perjuicios, al Fisco de Chile” por “indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile”, asimismo, en la transcripción del inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República, se muda el vocablo “estado” por “Estado”. En su antepenúltimo reglón, se varía la frase “daño moral que sea causado” por “daño moral que se ha causado”.

En el motivo décimo séptimo se suple la palabra “en“el” y, en la última fracción de su primer período, se reemplaza la expresión “no-de dan” por “no se dan”.

En las citas legales se suprime la referencia al artículo 141, incisos primero y tercero, del Código Penal.

Del pronunciamiento invalidado se mantienen las reflexiones 2°, 3°, 4°, 8° y 11° a 16°, ambas inclusive.

Se reproducen los racionios quinto a undécimo, del fallo de casación que antecede.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:**En cuanto al recurso de casación en la forma.**

1°).- Que en el primer otrosí de su libelo de fojas 928 a 936, la defensa del inculcado promovió recurso de casación en la forma en contra del dictamen de primera instancia, sustentado en el artículo 541, N°s. 10° y 12°, del Código de Procedimiento Penal.

2°).- Que el primigenio motivo de anulación formal esgrimido, consiste en que la resolución reclamada ha sido dada ultra petita, extendiéndola a puntos inconexos con los que han sido materia de la acusación y de la defensa de esta controversia, toda vez que la investigación debió ser circunscrita a una detención ilegal cometida por funcionarios públicos, prevista y sancionada por el artículo 148 del Código Penal y no por la figura del artículo 141 del mismo ordenamiento, ya que a la época de los hechos indagados, el acusado tenía la calidad de empleado público por integrar las Fuerzas Armadas en servicio activo. Por otra parte, reclama que no se ha investigado ni sancionado a las personas que detuvieron y dieron muerte a Marfull González.

3°).- Que el otro acápite de invalidación se sustenta en el ordinal duodécimo del artículo 541 del Estatuto Procesal Penal, esto es, en haberse omitido durante el juicio la práctica de algún trámite o diligencia dispuesto expresamente por la ley bajo pena de nulidad, en armonía con los artículos 108 y 109 del mencionado texto legal. Arguye que su representado fue sancionado por el delito de secuestro calificado, no recibiendo el

tribunal informes que lo ilustren acerca de cómo se ha mantenido el encierro hasta esta fecha y quiénes lo han mantenido en tal situación, más aún cuando consta en el proceso que la víctima falleció en una data cercana a su detención.

4°).- Que, por lo pronto y como se deduce de la simple lectura del escrito de formalización, las anomalías que se delatan pueden ser enmendadas por la vía de la apelación, que también ha sido deducida por la asistencia jurídica del inculcado.

5°).- Que, sin perjuicio de lo anterior y como se ha expuesto en las reflexiones 2° y 3° de la decisión anulada, que se reprodujeron, no puede existir ultrapetita, puesto que lo resuelto está en relación con la acusación y las pretensiones sometidas a la decisión del tribunal por los litigantes, sin que exceda del marco de competencia entregado al tribunal.

Por lo demás, en lo que concierne al error en la calificación de los sucesos fijados en la litis, es dable considerar que el recurso de casación en la forma tiene como razón de ser de su establecimiento velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones legales que miran a la forma externa de los litigios y a su cumplido desarrollo procesal y que por tratarse de un arbitrio de derecho estricto, su planteamiento y formalidades deben cimentarse precisamente en las excepcionales situaciones de transgresión de la ritualidad, que logran hacer conducente la nulidad de lo que se ha fallado en esas circunstancias. Tales alteraciones han de referirse, por lo tanto, a determinados requisitos precisos que debe contener la sentencia que se impugna, o cuando no se han cumplido trámites esenciales en el desarrollo del litigio, y no en vulneraciones de derecho como la de calificación jurídica de los eventos asentados, que se pretende por esta vía.

En cuanto a las apelaciones:

En lo penal:

6°).- Que la calificación jurídica final de los hechos corresponde a la sentencia definitiva, ya que la valoración de ellos por la magistratura del grado, no es determinante para esta Corte, encontrando como única limitante el contenido fáctico materia del pleito, en otras palabras, es el pronunciamiento definitivo la oportunidad de hacer aplicación del derecho sobre las circunstancias establecidas, pudiendo los jurisdicentes variar aquella que hayan propuesto en la acusación judicial, claro está, basándose estrictamente en los hechos que se tuvieron por acreditados en aquel estadio procesal.

Efectivamente, el objeto del proceso es el acontecimiento histórico investigado y no la figura en que se le ha subsumido, la que, en todo caso, es siempre provisional, ya que es susceptible de ser enmendada en cualquier momento, sin necesidad de realizar una nueva intimación al imputado. No cabe confundir, pues, el aspecto fáctico con el jurídico-penal, o sea, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado, con la valoración de derecho sustantivo de esa situación.

Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un nomen iuris, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo penal. Aunque la acusación “debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa (lo que

no puede negarse), basta que la correlación aludida verse sobre el hecho, de modo que el Tribunal de sentencia tiene libertad para 'elegir la norma' que considera aplicable al caso" (Alfredo Vélez Mariconde: "Derecho Procesal Penal", tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., 1ª reimpresión, tercera edición, Córdoba, año mil novecientos ochenta y dos, página 236).

Si este tribunal, actuando como jueces de la instancia, estuviera vinculado a la calificación legal que se propugna, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada en la acusación, su función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no contempla nuestro ordenamiento jurídico.

7°).- Que el veredicto que se revisa fijó en su reflexión quinta como hechos de la causa que en horas de la tarde del catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, Gabriel Augusto Marfull González fue detenido por efectivos de la Fuerza Aérea de Chile, mientras transitaba en su bicicleta por Gran Avenida, alrededor del paradero veintinueve, para luego ser trasladado a la Escuela de Especialidades de la Base Aérea El Bosque, conduciéndolo, junto a otros detenidos, al gimnasio de dicho establecimiento, donde funcionó un centro ilegal de detención y, que luego de un incidente fue dirigido a la unidad de Inteligencia de la Escuela de Especialidades, que estaba a cargo del Subdirector del citado centro de formación castrense, siendo ultimado durante su detención, encontrándose su cuerpo sin vida en la denominada cuesta Barriga, el dieciséis del señalado mes, presentando como causa de muerte una herida cráneo encefálica.

8°).- Que si bien en la acusación de oficio de fojas 665 a 667, se formuló cargos a Guillermo Reynaldo Gómez Aguilar como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Gabriel Augusto Marfull González, descrito en el artículo 141 del Código Penal y el basamento sexto de la sentencia de primer grado mantiene esa calificación, con lo que concuerda el Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 947 a 949, esta Corte variará tal criterio dado que la situación fáctica antes descrita es constitutiva del injusto de homicidio simple, sancionado en el artículo 391, N° 2°, del aludido cuerpo legal, por cuanto la identidad y la muerte de la víctima por acción de terceros está suficientemente acreditada con los elementos de juicio reseñados en las letras a), b), g), h), n), r), t), u), x), y ee) del razonamiento cuarto de la resolución en alzada, dado por reproducido, y en especial, con el atestado de Pedro Marfull González, de fojas 4, el certificado de defunción agregado a fojas 139 y el protocolo de autopsia N° 2592/73, aparejado de fojas 18 a 20.

9°).- Que, por consiguiente, la solicitud de recalificación de los hechos, de secuestro calificado a la figura descrita y sancionada en el artículo 148 del Código Penal, planteada por la defensa del encausado no puede prosperar, en atención a que los hechos establecidos en autos dan cuenta de la realización del tipo penal de homicidio simple, en el que no resulta relevante la calidad de empleado público que invoca el agente.

10°).- Que, por su parte, con los elementos de cargo expuestos en el fundamento octavo del dictamen en alzada, es posible tener por comprobado que Guillermo Reynaldo Gómez Aguilar, se desempeñaba como Subdirector de la Escuela de Especialidades de

la Fuerza Aérea de Chile, en cuyo interior existía un recinto ilegal de arresto, que dependía del aludido militar, donde se permitió el ingreso y se mantuvo detenido a Marfull González.

11°.- Que, en tales condiciones no puede ser oído el encartado cuando niega toda participación en la situación indagada, porque el occiso se encontraba a disposición de la unidad y dentro del recinto que mandaba el convicto, lo que hace presumir de manera determinante no sólo su pleno conocimiento, sino también su participación en la dirección de los ilícitos. Asimismo, de los elementos de juicio ponderados permiten tener por demostrado que el inculcado era el Jefe de la Unidad de Inteligencia de la Escuela de Especialidades, participaba de los interrogatorios a los detenidos y decidía e impartía órdenes sobre su destino.

Más aún, la lógica de la formación militar y el formar parte de una institución jerarquizada, como lo es la Fuerza Aérea de Chile, donde el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia; no permite aceptar su negativa, en cuanto a no haber tenido siquiera conocimiento de la existencia del recinto donde fue conducido Marfull González, ni de la ignorancia que esgrime en relación a los actos sobre él realizados y, por el contrario, habilitan inferir su concertación con los autores materiales, los que para realizar las acciones ejercidas sobre el interfecto, debieron contar con la autorización del procesado, que de ese modo proporcionó el escenario que permitió actuar a los agentes, participando así en el homicidio simple del señalado prisionero, en calidad de autor en los términos del artículo 15, N° 3°, del Estatuto punitivo, ya que si bien no realizó comportamientos propios del tipo penal, facilitó los medios y recursos para que la acción de los ejecutores materiales se verificará con un evidente concierto, como consta de los antecedentes probatorios relacionados en el raciocinio octavo de la sentencia que se revisa. Es así como no es necesario que el coautor intervenga directamente en la ejecución del hecho típico, como lo sostuvo en el pasado la teoría objetiva formal, ni aún se requiere que se encuentre en el lugar del hecho, sino que basta su contribución decisiva para la consumación de la infracción penal.

12°.- Que por ende la falta de participación en los hechos que alega el enjuiciado resulta desvirtuada con los antecedentes agregados a los autos, que resultan aptos para convencer a este tribunal, en los términos del artículo 456 bis del Ordenamiento Procesal Criminal, respecto de la participación que le cabe al inculcado, según quedó consignado en los motivos que anteceden.

13°.- Que en cuanto a la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 1° del Decreto Ley N° 2.191 y genéricamente en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, opuesta por el hechor, no aparece configurada, pues como lo ha concluido esta Corte en diversas oportunidades, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las

acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

14°).- Que más allá de la forma y nombre que se de a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con "bandos" los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos, que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (René Astrosa Herrera: "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los señalados textos, se agravó con el imperio de la legislación marcial, la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

15°).- Que, asimismo, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, situación expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. El primero de ellos, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, invocando el Libro I, Título III del señalado cuerpo de leyes, decretó que "la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia" (artículo único).

A su vez, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido "las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, "con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha

comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “ en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”.

La peculiaridad de la situación descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en tales circunstancias surgen y a mantener la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Confirmando la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre incluida en la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras las pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 – 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 – 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

16°).- Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, desde que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

17°).- Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que 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 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3º común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3º de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, 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 –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Corroborar lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a

deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

18°).- Que, por otra parte, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales.

19°).- Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el inculpado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son "tales que en tiempo de paz no tienen ni las más altas autoridades políticas o administrativas" (Renato Astrosa Herrera: "Código de Justicia Militar Comentado", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

La señalada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

20°).- Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede

privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

21°).- Que, por lo tanto, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Gabriel Augusto Marfull González, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

22°).- Que, en conclusión, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

23°).- Que la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho Penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal”, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63).

Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando establecieron la prohibición examinada.

24°).- Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

25°).- Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

26°).- Que, en resumen, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

27°).- Que, por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, 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 fecha 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 sublevados. 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.

28°).- 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 suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión 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 con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían 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.

29°).- 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.

30°).- 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 ilícitos 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.

31°).- 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 solo 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 alteradas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

32°.- Que aun cuando 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, en cambio 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 generan 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, 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).

33°.- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como son presentados en la sentencia que se analiza; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el homicidio de Gabriel Augusto Marfull 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 crímenes de derecho internacional.

34°.- Que también 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, puesto que 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.

35°.- Que al respecto 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”, tomo 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, porque 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 Ley 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, 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” (Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, 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, Chile, 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. 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.

36°).- 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).

37°).- 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 este 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 tanto, 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 ende, 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).

Este corolario, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía, de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

38°).- Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra 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 respetar el derecho internacional humanitario.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto 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).

39°).- 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 conforme 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 este colofón 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).

40°).- Que en lo que guarda relación con la prescripción de la acción penal que también se alegó en lo relativo a que la responsabilidad de Guillermo Reynaldo Gómez Aguilar derivada de los sucesos investigados, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos, esto es, por la prescripción de la acción penal; no es posible, dado que según se determinó en los basamentos 14° a 20° que anteceden, 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 consiguiente, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

41°).- Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye 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.

42°).- Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no atañe 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.

43°).- Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

44°).- 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.

A pesar que en el proceso criminal, el Estado se somete a límites 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, sin embargo lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2,191 de mil novecientos setenta y ocho, lo que provocó, por ende, 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 (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; y Juan Pablo Mañalich R: “ El Secuestro como delito permanente frente al Decreto Ley de Amnistía”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Centro de Estudios de la Justicia,

Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil cinco, páginas 28, 29 y 32).

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 de esa naturaleza.

45°.- Que también, según se determinó anteladamente, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico corolario 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.

46°.- 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; convienen 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”.

47°).- 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 esta perspectiva, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que esta también era materia común del derecho internacional

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 referido 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).

48°).- Que, igualmente, es menester destacar 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 concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de derecho 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.

49°).- 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 perspectiva 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.

50°).- Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de las personas, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en una internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos casos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

51°).- 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 falta de un aparato organizado de punición 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.

52°).- Que, de acuerdo con lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio, 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.

53°).- Que, a pesar de lo expuesto, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, consagrada en el artículo 103 del Catálogo de Castigos.

En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la

sanción, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquella descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- 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 irremediamente reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como los que se auscultan, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso no ocasiona la desaparición por completo de la necesidad de la pena, nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad del castigo.

En definitiva, la prescripción gradual constituye una atenuante muy calificada cuyas consecuencias inciden sólo en el rigor del castigo, quedando entregado a la discrecionalidad del tribunal, disminuir en un grado o dos la pena correspondiente o, simplemente, abstenerse de hacerlo, toda vez que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado.

Por lo demás, cabe considerar que por su carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Desde este punto de vista, no se advierte ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellos preceptos sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Así, aún 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 los Convenios de Ginebra y demás instrumentos internacionales y dogmas anteladamente referidos, no existe razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata.

54°).- Que el mentado artículo, en su inciso primero preceptúa: “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 lapso de la prescripción, lo ubica en “el día en que se hubiere cometido el delito”.

55°).- Que, tratándose en la especie de un homicidio, el período de prescripción de la acción penal es de quince años. Dicho término se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente realice nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su

prosecución por tres años o se termina sin condenarle continúa la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

56°).- Que, en el evento sub lite, el ilícito penal aconteció entre el catorce y dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, data en que comienza el cómputo del lapso de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, la investigación de los hechos se inició por denuncia efectuada por Pedro Marfull González el treinta de enero de mil novecientos setenta y cuatro, resultando la causa sobreseída temporalmente el veintidós de abril de mil novecientos setenta y cinco (fojas 91) y archivada el veintinueve de abril de ese mismo año, quedando su tramitación paralizada. El veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta se interpuso querrela ante el Cuarto Juzgado del Crimen de San Miguel, sobreseyéndose definitivamente por amnistía, por dictamen de tres de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (fojas 243), ejecutoriado el veintiuno del mismo mes y año, en razón de la resolución que ordena el cúmplase correspondiente. En dicho estado se mantuvo hasta la presentación de diecinueve de julio de dos mil, ante el Ministro de Fuero, que corre de fojas 251 a 266, reactivándose la investigación hasta llegar a la etapa actual.

57°).- Que como resultado de lo relacionado anteladamente, el acusado Gómez Aguilar se encuentra beneficiado con la causal de mitigación de la pena que contempla el artículo 103 del Código sancionatorio.

58°).- Que, siendo el encartado autor de un delito de homicidio simple, reprimido con presidio mayor en su grado mínimo a medio y beneficiándolo las atenuantes de los artículos 11, N° 6°, y 103 del Estatuto de penas y con arreglo al artículo 68 del señalado texto legal, se rebajará en un tramo a partir del mínimo establecido por la ley, fijándola en presidio menor en su grado máximo a determinar en definitiva.

59°).- Que es así como este tribunal se ha hecho cargo de todas las alegaciones formuladas por la defensa del encausado en sus descargos de fojas 781 a 793.

60°).- Que conforme a lo expresado, tanto en este dictamen como en el de casación que lo precede, aparece de manifiesto que este tribunal comparte parcialmente las opiniones del Ministerio Público Judicial, vertidas en su informe de fojas 947 a 949, en cuanto estuvo por confirmar íntegramente la decisión en alzada y condenar al inculcado, discrepándose en relación a la extensión del castigo.

En lo civil:

61°).- Que las razones consignadas en la reflexiones cuarta a duodécima de la decisión de casación, que se dieron por reproducidas, son las adecuadas para la acertada solución de la excepción planteada por el Fisco de Chile, ya que la pretensión civil ha sido resuelta por una magistratura distinta a aquella llamada por la ley para ello, por lo que, procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su presentación de fojas 742 a 763, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas de dicho actor formuladas en su aludida contestación.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, incisos primero y cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 24, 26, 29, 47, 68, 69, 76, 103 y 391, N° 2°, del Código Penal, 514, 527 y 544, inciso tercero, de

su homónimo de Instrucción Criminal y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, **SE DECLARA** que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación en la forma instaurado por el abogado Jorge Balmaceda Morales en el primer otrosí de su presentación de fojas 928 a 936, en contra de la sentencia de tres de diciembre de dos mil cuatro, que obra de fojas 891 a 919.

II.- SE CONFIRMA la misma decisión en alzada **CON DECLARACIÓN** que se condena a **GUILLERMO REYNALDO GÓMEZ AGUILAR** a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a enterar las costas del litigio, por su responsabilidad de autor del delito de homicidio simple en la persona de Gabriel Augusto Marfull González, perpetrado entre el catorce y el dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

Por reunirse en la especie los requisitos del artículo 17 de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la libertad vigilada con un lapso de observación igual al del castigo corporal impuesto, ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, a la que deberá presentarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de este dictamen por el tribunal de primera instancia.

Si la franquicia concedida le fuere revocada, comenzará a purgar la pena principal desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los diecinueve días que permaneció privado de libertad desde el veintiséis de mayo al trece de junio de dos mil tres, según consta de las certificaciones de fojas 588 y 632, respectivamente.

III.- En lo civil, SE REVOCA la decisión apelada en cuanto hizo lugar a la demanda civil deducida en el primer otrosí de fojas 673 a 682 y, en su lugar se declara que **SE ACOGE** la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su libelo de fojas 742 a 763.

Acordada la decisión penal con el voto en contra del Ministro señor Segura y del Abogado Integrante señor Gómez, quienes fueron del parecer de revocar la decisión de condena adoptada y declarar en su lugar que acogíendose la apelación deducida por el encartado se le absuelva de los cargos que le fueran formulados, por encontrarse prescrita la acción penal que emana del delito de homicidio indagado, teniendo presente para así proponerlo los fundamentos que se vierten a continuación:

1) Que la prescripción es una antigua institución jurídica 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 pena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en

el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, ha hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

2) Que, como consta de estos antecedentes, se investigó lo ocurrido a Garbeil Augusto Marfull González, a raíz de la denuncia de treinta de enero de mil novecientos setenta y cuatro, quedando inmovilizada la causa por resolución de sobreseimiento temporal de veintidós de abril de mil novecientos setenta y cinco. En dicho estado se mantuvo hasta el veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta, data en que fue interpuesta querrela ante el Cuarto Juzgado del Crimen de San Miguel, sobreseyéndose definitivamente el tres de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, paralizándose su tramitación hasta la presentación de una nueva querrela, esta vez, ante el Ministro de Fuero señor Guzmán Tapia, el diecinueve de julio de dos mil, habiendo transcurrido más de doce años, término que excede el plazo de diez años que exige el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto de los crímenes a los que la ley no impone la pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio simple.

3) Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica a favor del encartado la causal de extinción de la responsabilidad penal, contemplada en el artículo 93, N° 6°, del Código Penal, esto es la prescripción de la acción penal.

4) Que, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales pertinentes consagrados en los artículos 5°, 6°, 7° y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, que contemplan el principio de legalidad que le sirven de sustento, conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas de acuerdo a ellas, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo. Desde la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, y en relación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismo órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados

por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado;

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

“Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 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. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ‘conflicto armado sin carácter de internacional’, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

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

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra 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° 1º, 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 protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que 'conflicto armado sin carácter internacional' es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Que, el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que

establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

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

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

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ‘ninguna Alta Parte contratante tendrá 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.” (causas N°s. 457-05; 2165-05; 559-04 y 2079-06, roles de esta Excma. Corte Suprema).

6) Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, depositando su instrumento de ratificación el diez de febrero de mil novecientos setenta y dos y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por Decreto Supremo 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis y publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, en vigor internacional desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por lo tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

7) Que finalmente los principios generales de Derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, que informan todo nuestro ordenamiento jurídico.

Se previenen los Ministros señores Chaigneau y Segura, en cuanto a la tipificación del hecho material descrito en el motivo cuarto del dictamen en revisión, puesto que consideran que el comportamiento del encartado es constitutivo de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1°, del Código Penal, por cuanto, de los antecedentes aparece la concurrencia en su perpetración de la alevosía. Para ello tuvieron presente:

1.- Que la alevosía ha sido concebida en dos facetas, obrar a traición o sobreseguro, las que se traducen en que el victimario aprovecha o crea un estado de indefensión de la víctima. Así se ha dicho que: “Hay alevosía cuando intervienen: traición, la perfidia y la sobre seguridad en un doble aspecto, de seguridad para los hechotes y de eficacia en los resultados; modos y formas que suponen cobardía –seguridad en la falta de reacción de la víctima- y peligrosidad –seguridad en la eficacia de los golpes- que son razones teleológicas en la agravante de la alevosía” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LX, sección cuarta, página 253).

En la especie, se estima concurrente la calificante, en su faz de obrar sobre seguro, toda vez que el occiso es conducido a un lugar secreto de detención, de acceso restringido, ubicado al interior de la Escuela de Especialidades de la Fuerza Aérea “El Bosque”, donde luego de ser ingresado y de participar en un incidente en su interior fue reducido y conducido a la unidad de inteligencia de dicha escuela, apareciendo

posteriormente muerto en la cuesta "Barriga", sin que en esas circunstancias haya tenido posibilidad alguna de defensa.

2.- Que dado los hechos establecidos, los hechores actuaron sobre seguro, aprovechándose de la indefensión de la víctima, puesto que tenían certidumbre en cuanto a la consumación de su propósito homicida y se sentían a cubierto de todo riesgo para su integridad personal, además de la seguridad de poder lograr, por lo menos momentáneamente, la impunidad, esto es, no ser aprendidos o descubiertos de inmediato. Aprovechándose de la especial situación de indefensión o desamparo de la víctima en la que esta no puede defenderse y el ataque sobre la misma llevado a cabo en forma especialmente ruin, excediéndose innecesariamente en el uso de los medios para asegurar el resultado, como lo fue la reiteración de impactos de bala sobre el ofendido (3).

Se previene que el Ministro señor Segura, pese a su opinión de absolver por prescripción de la acción penal, comparte el criterio que al encausado favorece la media prescripción como minorante de su responsabilidad en el injusto materia de la investigación, por las razones expresadas en el presente fallo y particularmente, por estimar que, si participa de la prescripción total, con mayor razón lo hace respecto de la gradual o media prescripción.

Acordada la decisión civil con el voto en contra del Ministro señor Chaigneau y del Abogado Integrante señor Hernández, quienes estuvieron por desechar la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, por las razones dadas en sus disidencias al pronunciamiento de casación que antecede, y compartiendo lo resuelto por el fallo anulado de segunda instancia, fijar su monto en la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000.-) para el actor civil, todo ello con los reajustes que conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor se produzca entre la fecha del fallo y la de su pago efectivo, más intereses corrientes para operaciones reajustables desde que se incurra en mora.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y la de las disidencias y prevenciones, sus respectivos autores.

Rol N° 1528-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Domingo Hernández E. y Rafael Gómez B. No firma el Ministro Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones.

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