

Santiago, nueve de noviembre de dos mil once.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 120.133-0 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, el Ministro en Visita Extraordinaria Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, dictó sentencia de primera instancia el veintinueve de julio de dos mil nueve, la que está escrita a fs. 2588 y siguientes y por ella absolvió a los acusados Edgar Benjamín Ceballos Jones, Roberto Francisco Serón Cárdenas y Juan Luis Fernando López López del cargo que se les había formulado de ser autores de los delitos de homicidio calificado de Guillermo Enrique Bratti Cornejo y Carol Fedor Flores Castillo, cometidos el 1° y 21 de junio de 1976, respectivamente, lo que se fundamentó en el hecho de no encontrarse acreditada la participación de aquéllos en tales injustos.

También se absolvió de la comisión de esos mismos delitos, a los acusados Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola, César Luis Palma Ramírez y Daniel Luis Enrique Guimpert Corvalán, pero por encontrarse prescrita la acción penal.

En cuanto a la decisión civil, se desestimó la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, pedida por el Fisco de Chile; se rechazó la demanda de fs. 2015 deducida por el abogado Sr. Nelson Caucoto quien actuaba en representación del fallecido Oscar Flores Cabrera, por falta de capacidad procesal para ejercer la acción civil; y, se acogió la excepción de prescripción de la acción civil opuesta en forma subsidiaria por el Fisco, rechazándose la demanda de fs. 2015, deducida por el mencionado abogado Sr. Caucoto, en representación de Osvaldo Flores Cabrera, Jeannette Córdova Pérez, Carol Flores Córdova, Cristián Flores Córdova y Sebastián Flores Córdova, sin costas.

Esta sentencia fue apelada por el querellante, por la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123 y por el Consejo de Defensa del Estado, recursos de los que conoció una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que por resolución de cinco de mayo de dos mil diez, escrita a fs. 2773 y siguientes, revocó el fallo de primer grado, sólo en la parte que había rechazado la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, en relación a la sección civil del fallo, y, en su lugar, acogió dicha excepción y, por lo tanto, se omitió pronunciamiento sobre la demanda, confirmándose la sentencia en lo demás, con más argumentos acerca del hecho de tratarse de delitos comunes y no de lesa humanidad.

Contra esta última decisión, se alzó la parte querellante que dedujo recursos de casación en el fondo, tanto respecto de la parte penal, como de la civil del fallo, recursos que se trajeron en relación a fs. 2.824.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO EN LA SECCIÓN PENAL DEL FALLO.

PRIMERO: Que por el recurso de casación en el fondo penal, la parte querellante invoca la causal contenida en el ordinal quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción al artículo 433 N° 7 de ese mismo cuerpo legal, a consecuencia de haberse aplicado por los jueces del fondo la prescripción de la acción penal, al fijar inadecuadamente la naturaleza del delito cometido contra las víctimas.

Sostiene que bajo la normativa del artículo 5° de la Constitución Política y las normas del derecho internacional, los delitos investigados deben ser calificados como de lesa humanidad y no como delitos comunes, puesto que fueron cometidos por agentes del Estado, en el marco del terrorismo estatal y de la impunidad con que se actuó durante el periodo en que ellos se verificaron. Así fue también reconocido en el informe Rettig, de modo que el mismo Estado acepta que ese delito tuvo la naturaleza de lesa humanidad, a pesar de lo cual, la Corte lo ha negado.

Aduce que Carol Flores fue un militante comunista detenido por agentes del Estado en la Academia de Guerra, donde estuvo secuestrado y fue torturado junto a sus hermanos. Para lograr su libertad y la de su familia, Flores aceptó colaborar con los agentes del Estado en la represión del Partido Comunista y de esa forma pasó a ser un agente operativo. Se dice luego, que Flores –al igual que Bratti, que era soldado- trataron de traspasar información del Partido Comunista a la DINA y, al ser sorprendidos, se les consideró traidores y se les aplicaron las mismas prácticas que a los militantes de izquierda, haciéndoseles “desaparecer”.

La muerte de Flores y Bratti se ejecutó igual que la de otros desaparecidos, por lo tanto no hay diferencias en el trato que se dio a los comunistas y el que se dio a estas dos víctimas. Se trata también de un delito de lesa humanidad.

Cita situaciones similares como lo fue la de Guillermo Jorquera Gutiérrez – ex miembro de la Dirección de Inteligencia Militar del Ejército-, que se analizó en la causa rol N° 4308-2007 de esta Corte.

Denuncia como errores de derecho cometidos, los siguientes:

Haber aplicado la prescripción de la acción penal en contravención a lo dispuesto por el derecho internacional en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Ginebra y la Convención sobre Imprescriptibilidad, todas en relación con el artículo 5° de la Constitución Política.

Explica cada infracción en el sentido que cada una de esas normas ordena sancionar los delitos contra la humanidad y en el caso concreto, se omitió su aplicación al optarse por normas de derecho interno de prescripción que si bien mantienen su eficacia, lo hacen sólo en aquello no regulado o prohibido por las normas internacionales.

En segundo término, se aplicó la prescripción, contra las disposiciones de los principios generales del derecho internacional y el *ius cogens*, que encuentra su fuente en los derechos humanos porque antes de la tipificación de los delitos de genocidio, crímenes de guerra, tortura, desaparición, etc., ya existían normas prohibitivas en la costumbre internacional. Tales preceptos encuentran correlato en los artículos 391 y 12 del Código Penal que establecen el homicidio y su calificación por las circunstancias 1ª ó 5ª del artículo 12 del mismo, esto es, la alevosía o la premeditación.

Asevera que se violan también los artículos 95 y 50 del Código Penal, que establecen, respectivamente, la institución de la prescripción en ciertos casos y la asignación de pena al delito consumado. Los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que ordenan adecuar la legislación interna a las prescripciones del derecho internacional. El artículo N° 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg y la Resolución N° 95 de la ONU de diciembre de 1946, la N°

77 de 1950 y la N° 3074 de diciembre de 1973. Se han infringido, asimismo, el capítulo I de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; los artículos 55c y 56 de la Carta de las Naciones Unidas; y, los artículos 27, 53 y 54 de la Convención de Viena.

Termina su impugnación, solicitando la invalidación del fallo de alzada y que se pronuncie sentencia de reemplazo que rechace la excepción de prescripción de la pena y que se condene a los acusados.

SEGUNDO: Que la parte querellante, en lo que atañe a la sección civil del fallo, al asilo del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil y del artículo 546 inciso final de su homónimo penal adjetivo, denuncia infracción al artículo 10 del primer código citado, que expresamente establece que del delito nace acción para perseguir la indemnización civil.

Dice que esa disposición, en relación a lo señalado en los artículos 40, 430, 447, 450, 500 N° 7, 428, 429 y 430 del Código de Procedimiento Penal, refuerza la conclusión que la sentencia no se ajusta a derecho. A la misma conclusión se llega al tenor del artículo 73 de la Constitución, que señala el principio de inexcusabilidad y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales que ordena al Juez conocer y fallar los asuntos sometidos a su conocimiento. El 109 del último código mencionado, establece el principio de radicación. El 24 del Código Penal, impone al condenado la obligación de pagar los daños y perjuicios causados con su acción.

Esas infracciones cometidas redundan en otras, cuales son, las incurridas a las disposiciones del Código Civil, en sus artículos 2314, 2320 y 2322.

Cita en apoyo de sus demandas el voto del Ministro Sr. Dolmestch y del Abogado Integrante Sr. Chaigneau en la causa rol N° 6188-06 que corresponde al caso Contreras Maluje; y el voto del Abogado Integrante Sr. Hernández en la causa rol N°1528-06.

Finalmente, alega como violentadas las normas de los artículos 38 inciso segundo de la Constitución Política y 4 de la Ley de Bases Generales de la Administración, Ley 18.575.

TERCERO: Que en lo que respecta a la parte penal de la sentencia, el recurrente no ha impugnado los hechos que se han tenido por probados, sino sólo la calificación, en cuanto a su naturaleza de delito común, en lugar de ilícito de lesa humanidad.

El presupuesto fáctico sobre el cual debe asentar su análisis esta Corte, resulta entonces inmodificable, y está contenido en el razonamiento octavo de la sentencia de primera instancia, íntegramente reproducido por el fallo en estudio. Dice: "A) *Que un grupo de integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea, DIFA, se dedicaron a investigar las actividades de personas que formaban parte del Partido Comunista, y en el cumplimiento de ese cometido, en el mes de agosto de 1974, procedieron a detener en su domicilio a Carol Fedor Flores Castillo, militante comunista, conduciéndolo a la Academia de Guerra Aérea, AGA, lugar donde permaneció recluido junto a sus hermanos, Boris y Lincoyán, siendo posteriormente liberado, bajo la condición de colaborar con el aparato de inteligencia de la Fuerza Aérea, en la represión de los militantes de ese partido, ofrecimiento que aceptó, empezando a colaborar activamente como agente informante de la DIFA, entregando identidades y datos relevantes de dirigentes y*

militantes del Partido Comunista, percibiendo a cambio beneficios económicos como contraprestación y medidas de seguridad para él y su familia.

B) Que mientras éste cumplía funciones de colaboración con la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea, a fines del año 1975, fue acusado de revisar y retirar información de inteligencia del grupo de agentes de la Fuerza Aérea al cual estaba adscrito, para traspasarla a la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, razón por la cual, entre diciembre de 1975 y enero de 1976, se le privó de libertad, manteniéndosele detenido en dependencias del regimiento de Artillería Antiaérea de Colina, denominado "Remo Cero", dependiente de la Fuerza Aérea, siendo liberado en febrero de 1976, para seguir colaborando con el aparato de inteligencia de la Fuerza Aérea.

c) Que, posteriormente, el día 21 de junio de 1976, fue encontrado su cadáver en la ribera norte del río Maipo, sector La Obra, por el lugareño Gastón Galleguillos Pérez, siendo la causa basal de su muerte, según da cuenta el protocolo de autopsia, las múltiples heridas de bala (20) craneanas y transfixiantes, causadas por terceros por uso de arma de fuego.

D) Que, por otra parte, a fines de 1975, en circunstancias que Guillermo Enrique Bratti Cornejo, soldado segundo, se desempeñaba en la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea, integrando el denominado "Comando Conjunto", fue aprehendido junto a sus compañeros de labores Carol Fedor Flores Castillo, informante y Otto Silvio Trujillo Miranda, empleado civil de la mencionada rama castrense, manteniéndoseles detenidos en dependencias del Regimiento de Artillería Antiaérea de Colina "Remo Cero", donde fueron torturados e interrogados por una presunta filtración de información y colaboración con la DINA, siendo finalmente liberados y dados de baja de la institución, a fines de febrero de 1976.

E) Que a fines de mayo de 1976, Guillermo Enrique Bratti Cornejo, salió de su domicilio y fue visto por última vez por su familia, encontrándose su cadáver el día 01 de junio de 1976, flotando en las aguas del río Maipo, sector de El Manzano, Cajón del Maipo, por el lugareño Jorge Prado Olguín, con sus manos y cintura atadas con una soga, siendo la causa basal de su muerte, según consta del protocolo de autopsia, las múltiples heridas de bala transfixiantes y mortales recibidas en el cuello, tórax y abdomen, causadas por intervención de terceros por uso de arma de fuego."

CUARTO: Que en el motivo noveno de la sentencia de primera instancia, los hechos antes transcritos fueron tipificados como homicidio calificado de Carol Flores Castillo y Guillermo Enrique Bratti Cornejo, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, cometidos con alevosía y premeditación conocida.

Luego, en el motivo trigésimo sexto, con las enmiendas introducidas por los jueces de alzada, al hacerse cargo de las peticiones de las defensas, los jueces del fondo consideraron que no se trataba en la especie de un delito de lesa humanidad, puesto que *"...no se dan las circunstancias descritas en el mencionado artículo 1º, (se suprimió la parte donde se citaba la Ley 20.357) en particular que no se trata de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que dicho ataque corresponda a una política del estado o de sus agentes, como tampoco su ejecución ocurrió en un contexto de persecución política, sino que, en contrario, constituyen delitos ordinarios, descritos y*

sancionados en el artículo 391 del Código Penal, puesto que éstos se desarrollaron en un ambiente sin connotaciones políticas y como una acción autotutelar, de carácter ilegal, motivada por su deslealtad con la propia institución en que servían como agentes de inteligencia, uno como soldado y el otro como informante, al ser acusados de traspasar información reservada de su institución a otra de inteligencia, como lo era la DINA.”

Esta conclusión fue avalada por los jueces de alzada en el fallo que se revisa, en cuyo motivo quinto, expresaron que “...dichos ilícitos no se ejecutaron en un contexto de persecución política dirigida en contra de opositores al régimen de facto y de fuerza constituido en el país, sino que correspondieron a una actividad autotutelar –por cierto, ilegal- en que intervienen sus pares y/o jefes en un ajuste de cuentas, en reacción motivada por la deslealtad de ambas víctimas, Guillermo Bratti Cornejo y Carol Flores Castillo, con la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (DIFA) en que se desempeñaban como agentes de inteligencia, integrantes del denominado “Comando Conjunto”, dedicado a la represión del Partido Comunista, uno como soldado (Guillermo Bratti), y el otro (Carol Flores) como activo colaborador de esta agrupación...”.

QUINTO: Que en estos antecedentes no se ha controvertido por los intervinientes el estado o calidad de guerra vigente en el país y que ha sido reconocido y declarado también en otros procesos, que hace procedentes los Convenios de Ginebra, sin perjuicio de los demás tratados internacionales y normas de *ius cogens*, a pesar de lo cual, valga tener en consideración que regía el estado de sitio en grado de defensa interna, el que, conforme ya se ha resuelto con anterioridad por este tribunal, como lo fue en la causa rol N° 7089-09 sobre la muerte de los hermanos Vergara Toledo, las restricciones que imponía el referido estado de sitio son casi tan gravosas como las que imponía el de guerra externa, de modo que se procederá directamente al análisis de lo cuestionado que es la naturaleza del hecho que se ha tenido por demostrado.

SEXTO: Que, al efecto, el concepto de delito de lesa humanidad, es de antigua data, y fue fraguado en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945, que describió como “*Crímenes contra la humanidad, a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.*”

Del mismo modo, en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex –Yugoslavia, por resolución 827 de 25 de mayo de 1993, creado por el Consejo de Seguridad, en su artículo 5, se prescribieron como “*Crímenes contra la humanidad: El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.*”

Si bien estos son conceptos originales, como ya lo ha resuelto antes este Tribunal, “es necesario detenerse en el hecho indesmentible que el derecho internacional se encuentra también evolucionando en base a los principios que lo inspiran y que lo llevan a reconocer la existencia de cada vez mayores y más complejos escenarios en los que se cometen delitos contra la humanidad y que exceden a los conflictos armados o de guerras declaradas, precisamente, porque tales enfrentamientos ya no son lo que fueron al nacimiento de los conceptos de crimen de guerra y delitos de lesa humanidad, fraguados hacia la década del cuarenta, en plena segunda guerra mundial y usado en sentido no técnico desde antes, en 1915.

Esta evolución, marcada por las innumerables formas que han ido adquiriendo los delitos que atentan contra el ser humano, ha llevado a diversos autores a precisar que los delitos de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como de paz, como expresamente se ha reconocido en el artículo 1 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968; y, más tarde en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda de 1994 y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, así como el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998. (En ese sentido, María Dolores Bollo Arocena en su “Derecho Internacional Penal”). A propósito del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, ya entonces se concedió autonomía al delito de lesa humanidad, desvinculándolo del contexto bélico. Para esa fecha, había sido conceptualizado como “*los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”. El relator especial de ese proyecto, al precisar que se trata de un ataque contra la especie humana, agregó que “podría concebirse en el triple sentido: de crueldad para con la existencia humana; de envilecimiento de la dignidad humana; de destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en crimen contra el género humano.” (Rol Corte Suprema 7089-09).

SÉPTIMO: Que, en el caso sometido al conocimiento de esta Corte, se ha aseverado por los jueces del fondo que no se trata de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que dicho ataque correspondiera a una política del estado o de sus agentes, como tampoco, que su ejecución se produjera en un contexto de persecución política. A ello, se sumó la circunstancia que no se habrían ejecutado en un contexto de persecución política dirigida en contra de opositores al régimen de facto y de fuerza constituido en el país, sino que sólo como una especie de actividad autotutelar, ejecutada por los pares y/o jefes de las víctimas en un denominado “ajuste de cuentas”, a consecuencia de la deslealtad de aquéllos.

OCTAVO: Que, sin embargo, al descartarse la existencia de un ataque generalizado contra una población civil, cumplido dentro de una política de estado y en contexto de persecución política, los jueces han reducido la realidad

circunstancial en que se produce el hecho, a las cuatro paredes en que materialmente se cumplió la ejecución de Bratti y Flores, pero desfigurando la realidad fáctica del país, en que tales hechos estaban inmersos, relacionados con las características concretas en que se producen.

Esto es mucho más fácil de vislumbrar respecto de Carol Flores. Él era un militante comunista y como tal fue detenido y recluido junto a sus hermanos, lográndose que pasara a ser un informante a cambio de beneficios económicos y medidas de seguridad para él y su familia. Bratti, en tanto, era soldado segundo perteneciente al aparato de inteligencia de la Fuerza Aérea, misma actividad a la que se incorporó Flores. Ambos fueron detenidos y torturados cuando fueron sorprendidos extrayendo información para llevarla a otro organismo de seguridad del mismo Estado y se dice en el hecho que fueron dados de baja, aunque respecto de Flores se indica que siguió prestando información. Más tarde, fueron hallados sus cuerpos, simplemente ejecutados.

La labor que ambos cumplían, antes de sus asesinatos, se enmarcaba dentro de la ejecución del contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado. Carol Flores, si bien pasó de ser una víctima, dada su clara orientación política contraria al gobierno de facto, a ser un informante de los agentes estatales, luego retornó a su calidad original al incurrir en un acto que no fue visto con buenos ojos por quienes lo habían incorporado al servicio. Lo mismo ocurrió con Enrique Bratti, que de ser agente delator, pasó a ser un detenido y torturado más. Ambos asumieron un rol que no significó más que ser un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución y exterminio de un grupo de numerosos compatriotas que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fueron sindicados como pertenecientes ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fueran considerados sospechosos de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder.

En la época en que se produjeron los hechos que se han tenido por establecidos, subsistía en el país una política de seguimiento y eliminación de los militantes comunistas y de los demás que supuestamente tenían posiciones totalitarias. A eso se dedicaban Flores y Bratti, a recopilar información sobre sujetos de esas características para los fines consiguientes.

El estado de sitio vigente, equivalente al de guerra interna con bandos claramente definidos y con la política de persecución y exterminio de un grupo por razones políticas, ejecutada por agentes estatales, existía a la fecha de comisión del delito de autos y era una realidad contextual a su ejecución; y, es precisamente la que hace aplicables los Convenios de Ginebra y las disposiciones de *ius cogens* en análisis.

NOVENO: Que, al respecto, vale recordar que los crímenes de lesa humanidad 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 y bestial 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. 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. (Corte Suprema, rol N° 3452-06)

No debe perderse de vista en este sentido, la forma en que Flores y Bratti fueron “suprimidos” de la institución: Flores recibió nada menos que 20 impactos de bala, cuando con uno solo bastaba para matarlo y su cuerpo sin vida fue arrojado al río Maipo; en tanto que a Bratti, sin perjuicio del número de impactos de bala que recibió, su cuerpo atado de manos y cintura, fue también arrojado a las aguas del mencionado río. No hubo dignidad alguna en la forma de darles muerte. Fueron eliminados como un objeto cualquiera.

DÉCIMO: Que el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, señala en su artículo tercero, la prohibición de atentar contra la vida y la integridad corporal, en las formas que señala, respecto de todas las personas que no participan directamente en las hostilidades y lo hace extensible también a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por diversas razones, entre las que se contempla a los detenidos. En el artículo 4º de ese Convenio se enumera a las personas que tienen la calidad de prisioneros de guerra para los efectos de su aplicación, entre quienes se cuenta a los miembros regulares de las fuerzas armadas (calidad que tenía Bratti) y a quienes siguen a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas (como pudiera ser el caso de Flores), señalándose más adelante, en el artículo 5º de la Convención, que ante duda sobre la pertenencia de una persona a alguna de las categorías enumeradas en el artículo 4º, ellas serán igualmente beneficiadas con la protección que señala ese Convenio.

Asimismo, en el artículo 5º del Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, se establece también protección para el espía o saboteador y para quien se sospeche se dedique a actividades que puedan resultar perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, a quien sólo se puede privar de los derechos de comunicación que prevé la Convención, cuando sea indispensable, ordenándose de modo expreso que tales personas sean tratadas con humanidad, sin privarles en ningún caso de su derecho a un proceso equitativo y legítimo.

De las normas transcritas es posible extraer como conclusión, que aún en el caso que Carol Flores o Enrique Bratti, hubieran sido considerados espías, traidores, o que hubiesen sido desleales, como se afirma en el fallo impugnado, – lo que resulta discutible si la información que desviaban iba destinada a otro organismo de seguridad del mismo Estado represor- no era legítimo proceder a su ajusticiamiento, desde que siendo personas, sujetos de derechos, se encontraban

amparados no sólo por la legislación nacional, sino que también estaban protegidos por los Convenios de Ginebra y las disposiciones de la costumbre internacional.

UNDÉCIMO: Que de acuerdo a lo concluido, la naturaleza del hecho que se ha tenido por establecido en estos antecedentes, no corresponde sea tipificado sólo como delito de homicidio calificado, sino que además, se trata de un delito de lesa humanidad y como tal, es un delito imprescriptible e inamnistiable, por estar expresamente prohibida la aplicación de ambas instituciones por el derecho humanitario internacional, de modo que al calificar el hecho como un delito común y, luego, al declararlo prescrito, los jueces del fondo han incurrido en un yerro jurídico que debe ser enmendado y que sólo puede serlo a través de la invalidación de la sentencia de alzada, por lo que el recurso instaurado por la querellante en la parte penal, será acogido.

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN SOBRE LA SECCIÓN CIVIL.

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

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

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

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

DÉCIMO SEXTO: Que, a mayor abundamiento, no puede dejarse de considerar, al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha concluido, en estos autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica

denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en su concepto, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

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

DÉCIMO OCTAVO: Que cuando los jueces del fondo han decidido acoger la excepción de incompetencia promovida por el Fisco de Chile, omitiendo pronunciamiento sobre la acción civil deducida, han incurrido en un grave error de derecho, puesto que efectivamente, han dado una interpretación errónea al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo exigencias o requisitos que no están en la norma y que no se ajustan tampoco a los hechos que se han tenido por establecidos en la causa, de modo que el recurso de la querellante en esta parte, será también acogido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal y artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, **se acogen** los recursos de casación en el fondo deducidos tanto contra la decisión penal como de la civil de la sentencia de cinco de mayo de dos mil diez, escrita a fs. 2773 y siguientes, la que en consecuencia, **se invalida** y se reemplaza por la que se dicta a continuación, por separado, pero sin nueva vista.

Acordada la invalidación de la sección penal de la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por rechazar el recurso en esa parte, por estimar que no ha existido la infracción de derecho que se reclama, desde que los delitos de homicidio calificado investigados en autos, no han tenido el carácter de ilícitos de lesa humanidad que se ha concluido en la presente sentencia, sino que, por el contrario, corresponden a injustos comunes, cometidos entre sujetos comunes, movidos exclusivamente por una animosidad producida por lo que fue entendido por la deslealtad entre aquéllos, tal como fue resuelto en la sentencia impugnada.

Para resolver de esta manera, ha tenido también en consideración, tal como lo ha expresado en otros fallos, 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.

Sin embargo, entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos investigados en autos, en tanto que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, de modo que, tampoco era aplicable a la fecha de su comisión.

De aquellas normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet – manifestados en innumerables fallos de esta Corte- y lo expresado por la CIRC, permiten a este disidente interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley 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.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente 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.

En consecuencia, no procede dar aplicación a disposición alguna de aquellos tratados que haga suponer siquiera que Flores y Bratti ostentaba alguna calidad amparada por alguno de esos cuerpos legales, sino que, por el contrario, se trataba de un colaborador y un soldado que fueron sorprendidos por sus compañeros de labores y superiores quienes, en lugar de proceder como en derecho correspondía, realizaron un auténtico “ajuste de cuentas”.

En estas circunstancias y habiendo transcurrido más treinta y seis años desde la comisión de los delitos de autos, conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del homicidio calificado de las personas ya referidas en lo resolutivo y en lo que se funda el parecer de este juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Acordada la invalidación de la parte civil de la sentencia, con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Sr. Ballesteros, quienes estuvieron por rechazar la impugnación del querellante, puesto que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo este tribunal penal de competencia para conocer y resolver de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

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

El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: “Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”.

En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan

atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma transcrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

En correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto legal, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: “La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

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

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

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

Tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para ilustrar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

En el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida en contra del Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada exige comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la

discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, erradamente rechazada por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

Estas reflexiones en modo alguno significan elusión de las responsabilidades en que pueda haber incurrido el Estado a través de sus funcionarios, sino simplemente que las cuestiones promovidas por los litigantes sobre dicha responsabilidad, corresponde debatirlas ante el tribunal legalmente competente, encargado de resolverlas, pues se trata de normas de orden público no susceptibles de quedar entregadas al arbitrio o comodidad de las partes.

Regístrese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Nelson Pozo Silva y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 5969-10

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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