

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo, sin nueva vista y en forma separada.

Santiago, nueve de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia enalzada de veintinueve de julio de dos mil nueve, escrita a fs. 2588 y siguientes, con las siguientes modificaciones:

1.- Se suprimen los motivos trigésimo sexto, trigésimo séptimo, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

2.- En las citas legales, se elimina la referencia a los artículos 93 N° 6, 94, 95, 96, 98 y 101 del Código Penal y se incorporan las de los artículos 28 y 103 de ese mismo cuerpo legal. Se agrega, asimismo, el artículo 2314 del Código Civil.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

1° Que de conformidad a lo razonado en los considerandos sexto a undécimo de la sentencia de casación que antecede y que en esta parte se tienen por reproducidos, los hechos que se han tenido por establecidos en el motivo octavo de la sentencia de primera instancia y que fueron tipificados en el razonamiento noveno de la misma como los homicidios calificados de Guillermo Bratti Cornejo y Carol Flores Castillo, constituyen delitos de lesa humanidad y, en consecuencia, por aplicación de las disposiciones internacionales vinculantes para nuestros tribunales, son imprescriptibles.

2° Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De modo tal, que para la configuración de este ilícito existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

3° Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete. Más tarde, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, denominado "Acuerdo de Londres", definía en su artículo 6° c) como crímenes de lesa humanidad "los asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y

cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan". Declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de trece de febrero y once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. Iniciándose la aceptación progresiva y constante por parte del conjunto de las naciones que integran la comunidad internacional de la existencia de los referidos hechos punibles y de la responsabilidad que les cabe a los sujetos por su comisión.

Poco después, bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado, por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó "los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y de las sentencias de dicho Tribunal" (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria). Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta (A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho estatuto, que proscribía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

4° 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.

5° Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época de los hechos criminosos 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.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno (José Luis Cea Egaña: “Los tratados de Derecho Humanos y la Constitución Política de la República”, en Revista *Ius et Praxis*, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 84).

6° Que los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón -de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, por cuanto se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa susceptible de ser invocada por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y “deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno” (Jorge Precht Pizarro: “Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y derecho interno chileno”, en Revista *Ius et Praxis*, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 129; Alejandro Silva Bascuñán: “Reformas sobre Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 16, año mil novecientos ochenta y nueve, página 583; Cecilia Medina Quiroga: “Constitución, Tratados y Derechos Esenciales”, editado por Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, año mil novecientos noventa y cuatro, página 53; Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, mayo - diciembre, año mil novecientos noventa y tres, página 894 y 895; y Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar: “Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, año mil novecientos noventa y tres, páginas 696 y 697).

7° 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 ya bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en

resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía. No pueden, por ende, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por consiguiente, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

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

8° Que, en consecuencia, a pesar de haber acaecido los hechos pesquisados en 1975, por lo que podría estimarse que la responsabilidad de los encausados, se encuentra prescrita, ocurre que a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por tanto, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve. El artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra prescribe que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte

Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”, de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°. 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

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

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.

Ello resulta coherente con la circunstancia que los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

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

9° Que, establecido el delito como la participación criminal que correspondió a los culpables, y a pesar de lo antes concluido sobre la improcedencia de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta -consagrada en el artículo 103 del Código del ramo- que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens*, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria, en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho punitivo. Así, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos

previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla, por impedirlo el Derecho Internacional Humanitario, no existe razón que se oponga a considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en razones vinculadas a la necesidad de mantener la paz social, en tanto la minorante encuentra su razón de ser en lo excesivo que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción.

10° Que el referido artículo, en su inciso primero, prescribe: “Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Por su parte, el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en “el día en que se hubiere cometido el delito”.

11° Que, razonando en torno a la institución consistente en “la media prescripción”, conocida también como “prescripción gradual”, a los efectos de determinar su acogimiento de oficio, es menester tener presente que, tanto la prescripción propiamente tal, como la media prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código punitivo, cual lo es el V de su Libro I, el cual ha consagrado el legislador para tratar ‘De la extinción de la responsabilidad penal’; y también, el hecho que ambas se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

12° Que, sin embargo, cabe advertir que ambas -prescripción o prescripción completa y media prescripción- persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal, lo que no ocurre con la media prescripción, cuya teleología, por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la dicha responsabilidad, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en especificidad, a la estirpe de las atenuantes, denominadas también minorantes de dicha responsabilidad.

La ubicación de la media prescripción en el Título V del Libro I del Código punitivo, no desnaturaliza su finalidad, teniendo presente para ello que ésta no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Esta situación, por lo demás, no es única en el Código Penal, si se observa, v.gr., que no resulta posible interpretar los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código citado, como atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII- sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana, y más particularmente en contra de la vida humana dependiente.

Tampoco es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII, del Libro II, como atentados en contra de “las personas”, como lo denomina el Código punitivo, porque “las personas” son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objeto de protección, cuales lo son la vida humana, la salud individual o la integridad corporal, la vida humana y la salud individual o integridad corporal y el honor.

13° Que los hechos investigados en autos, ocurrieron en el curso del mes de diciembre de 1975, esto es, hace más de treinta años, y aun cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que, en aras de la justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, *subjure*, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado, no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- a fin de evaluar el reproche que en definitiva emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

14° Que, en el caso que nos convoca, se encuentra acreditada la fecha de ejecución del delito investigado y dado que la prescripción gradual como se ha anotado, acorde a su naturaleza, es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva, concebida como atenuante calificada de la responsabilidad penal, disminuyendo la pena, sin que su aplicación se vea afectada por la normativa internacional, es menester examinar en cada caso su procedencia y su eventual aplicación.

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

15° Que, por lo dicho precedentemente, debe recogerse expresamente, para fines de aplicación de la pena, la morigerante consistente en la media prescripción del artículo 103 del texto punitivo, desde que existe fecha cierta y determinada para la muerte causada a Bratti Cornejo y Flores Castillo, que acaecieron los días 1 y 21 de junio de 1976, fecha a partir de la cual comienza el cómputo de la media prescripción de la acción penal respecto de los acusados Ruiz Bunge, Saavedra Loyola, Palma Ramírez y Guimpert Corvalán.

16° Que el tiempo transcurrido desde la data ya precisada hasta el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y uno, en que se inició este proceso, o al tres de octubre de dos mil siete, en que se somete a proceso a los inculpados, según consta de fojas 1759, resulta más que suficiente para aquilatar la procedencia de la media prescripción, que requiere en el presente caso de siete años y medio.

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

17° Que concurriendo en favor de los sentenciados la circunstancia minorante de la media prescripción del artículo 103 del Código Penal y la de su irreprochable conducta pretérita, sin que les afecte ninguna agravante, respecto de los delitos en el que aparecen interviniendo en forma directa e inmediata, estos sentenciadores impondrán la pena inferior en tres grados al mínimo de las señaladas a los delitos, así se arriba a una sanción de presidio menor en su grado medio; sanción que se elevará en un grado, por la reiteración, quedando en definitiva en presidio menor en su grado máximo.

18° Que, con lo señalado se difiere de la sugerencia vertida por la Sra. Fiscal Judicial en su informe de fs. 2745 y siguiente, en cuanto fue de opinión de confirmar la sentencia en alzada, absolutoria.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL.

19° Que como ya se concluyó en la sentencia de casación que antecede, cuyos motivos duodécimo a décimo octavo se tienen por reproducidos en esta parte, la excepción de incompetencia opuesta por el Fisco de Chile en primer término al contestar a la demanda civil deducida, debe ser rechazada, puesto que, como allí se decidió, el juez del crimen se encuentra habilitado por ley para conocer y fallar la acción civil planteada en estos antecedentes.

20° Que en forma subsidiaria a la antes mencionada, el Fisco alegó la prescripción extintiva de la acción penal de conformidad a lo prevenido en los artículos 2332 del Código Civil, en relación al 2497 del Código Civil; oponiendo en subsidio de ésta, la prescripción común del artículo 2515, en relación al 2514, ambos preceptos del Código Civil, por haber transcurrido íntegramente el lapso que la primera norma mencionada señala.

21° Que para resolver esta excepción, no se puede dejar de tener presente que al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, se advirtió que toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, propende al resarcimiento integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que, en su concepto, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

De esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger las acciones civiles formuladas en autos, que tienen como objeto obtener la compensación íntegra de los daños ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Por tanto, dichas reglas deben tener aplicación preferente en nuestro régimen jurídico, al tenor del artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquella normativa de orden jurídico nacional que posibilitaría 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.

22° Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten negar lugar a las restantes alegaciones del demandado planteadas en su escrito de fojas 2141, en especial las excepciones de prescripción de las acciones civiles ejercidas y de inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se procura hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional consagrada en el ya citado artículo 5° de la Carta Magna, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

23° Que por lo antes razonado, la alegación relativa a la prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios que invoca el Fisco será desechada, atento que lo perseguido en la demanda civil es la responsabilidad del Estado de Chile por la acción de sus agentes, constitutivas del delito de homicidio calificado, ilícito imprescriptible, naturaleza jurídica que también afecta a la acción civil intentada en autos, de conformidad a lo estatuido en el artículo 2.332 del Código Civil.

24° Que idénticas conjeturas habilitan para desdeñar el argumento fiscal, en orden a que no es procedente la indemnización impetrada, por cuanto los actores habrían sido favorecidos con beneficios económicos del Estado por la Ley N° 19.123, pues lo anterior no es óbice para que se repare materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un delito cuya certeza se obtiene recién con este proceso. Por lo demás, el espíritu de la Ley N° 19.123, acerca de los beneficios allí contemplados, expresa que dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el propósito de coordinar, ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de veinticinco de abril de mil novecientos noventa, circunstancias éstas que en ningún caso pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, atinentes a la responsabilidad civil como resultado de un delito, conforme lo preceptúan los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por los demandantes, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, proceden de fuentes diversas.

25° Que en lo que concierne a la defensa fiscal sobre la prueba del daño moral, es útil recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por consiguiente, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Atendida esta singularidad, no es dable aplicar para precisar su existencia similares cánones que los utilizados para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que apunta a su especie como a su monto.

Es así que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve al mismo tiempo, la prueba de la efectividad del daño moral, de suerte que acreditada la existencia del delito por los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho mal, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido. De todo lo cual se concluye que este tipo de detrimento, no exige ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste.

Entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto producen un sufrimiento, que no requiere de evidencia, pero que, sea como fuere, debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

26° Que, por último, en lo que concierne a la acreditación de los hechos descritos en las demandas, con el mérito de lo expuesto en los fundamentos propios de la sentencia que ahora se revisa, como de esta misma, se encuentra comprobada, tanto la existencia de los delitos de homicidio calificados, como la responsabilidad de los autores, que en esta situación específica, tienen la calidad de agentes de Estado.

27° Que, en relación asimismo con la acreditación del daño, no se ha controvertido la calidad de cónyuge e hijos que tienen los demandantes Jeannette Lucinda Córdova Pérez, Carol Jean Flores Córdova, Cristián Fedor Flores Córdova y Sebastián Jesús Flores Córdova del asesinado Carol Fedor Flores Castillo, lo que permite presumir que el homicidio calificado del referido, así como las circunstancias en que aquel sucedió, ha provocado a los actores dolor, sufrimiento y angustia, precisamente por el vínculo familiar tan cercano que había entre ellos, donde resulta natural que los afectos sean fuertes y la presencia necesaria, al punto que la pérdida misma y la forma en que se produjo han provocado naturalmente dolor a su mujer e hijos y que es lo que constituye el daño moral que debe compensarse.

28° Que acreditado el delito y la participación de los agentes del Estado en aquél y desechadas que han sido las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, corresponde a este Tribunal regular de manera prudencial el monto de las indemnizaciones que a título de daño moral corresponden a las víctimas sobrevivientes de autos, que son la cónyuge e hijos del desafortunado Carol Flores Castillo.

Por la demanda se ha pedido la suma de mil doscientos cincuenta millones de pesos para estos demandantes y para el padre del occiso –ya fallecido también- con los reajustes e intereses que se precisan, suma que se considera excesiva y que se regulará en cincuenta millones de pesos para cada uno de los

cuatro demandantes, suma que será reajustada de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta su pago efectivo y con intereses corrientes, sólo desde la mora, con el objeto de mantener su poder adquisitivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de veintinueve de julio de dos mil nueve, escrita desde fs. 2588 a 2705, en la parte que absolvió a los acusados Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola, César Luis Palma Ramírez y Daniel Luis Enrique Guimpert Corvalán del cargo de ser autores de los homicidios calificados de Guillermo Enrique Bratti Cornejo y Carol Fedor Flores Castillo, lo que se fundamentó en la prescripción de la acción penal **y en su lugar se declara que se condena a los referidos Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola, César Luis Palma Ramírez y Daniel Luis Enrique Guimpert Corvalán**, por su **calidad de autores** de los **homicidios calificados** de **Guillermo Enrique Bratti Cornejo y Carol Fedor Flores Castillo**, ocurridos en esta ciudad los días **1° y 21 de junio de 1976**, respectivamente, a cumplir cada uno de ellos la pena única de **cinco años de presidio menor en su grado máximo** y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para cargos y oficios públicos, además de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Por concurrir a favor de los sentenciados, los requisitos del artículo 15 de la ley 18.216, se les concede el **beneficio de la libertad vigilada**, debiendo quedar sometidos a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años y dar cumplimiento a las demás exigencias que les imponen la ley y el reglamento.

Para el caso que les fuera revocado el beneficio concedido, ingresarán a cumplir efectivamente la pena impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad en esta causa.

Se revoca, asimismo, la sentencia en la parte que acogió la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Fisco de Chile y rechazó la demanda interpuesta y, en su lugar se decide que **se acoge** la demanda deducida y se condena, en consecuencia, al Fisco de Chile a pagar a cada uno de los actores Jeannette Lucinda Córdova Pérez, Carol Jean Flores Córdova, Cristián Fedor Flores Córdova y Sebastián Jesús Flores Córdova, la suma de cincuenta millones de pesos, con los reajustes e intereses señalados en el motivo 28° de esta sentencia.

Acordada la condena penal de los acusados contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quien, sin perjuicio de su opinión ya manifestada en el voto vertido en el fallo de casación, acerca de la naturaleza del delito, puesto en el escenario de tratarse de un ilícito de lesa humanidad, de igual modo estuvo por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por las defensas y declarar, por ello, la absolución de los acusados. Tiene presente, para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo

o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de 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, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, los sucesos delictuosos ocurren los días 1 y 21 de junio de 1975, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentó en 1991, según consta a fojas 61, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar al sometimiento a proceso de los acusados, recién en el año 2007.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha trascurrido en exceso el plazo de quince años que contempla el artículo 94 del Código Punitivo para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio calificado.

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

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de 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, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a

toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: “Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 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.”

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

determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que 'conflicto armado sin carácter internacional' es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve 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, pues 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 precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la época de los hechos existía un ‘conflicto armado no internacional’, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

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 la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada

en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban' (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06, 4419-09).

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

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, 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 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

Acordado el rechazo de la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Sr. Ballesteros, quienes estuvieron por acoger tal alegación del demandado y, en consecuencia, omitir pronunciamiento sobre la acción deducida. Los fundamentos para proceder de esa manera, son los mismos entregados en el voto consignado en el fallo de casación y que los movía a desestimar el recurso de casación en esa parte.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta la jerarquía igual o superior a la Constitución Política de la República de los tratados internacionales suscritos por Chile a la que se hace referencia en los basamentos 6° y 7°, supremacía que, en concepto del previniente, sólo rige por sobre las leyes internas. Funda su parecer en dos órdenes de prevalencia constitucional, una formal y la otra, material:

A) La preeminencia formal se sustenta en la tramitación de una ley que, sin distinciones, le asigna el N° 1° del artículo 54 de la Carta Fundamental a la aprobación o rechazo por el Congreso que exige el artículo 32, N°15°, para concluir, firmar o ratificar los tratados, y ello con los quórum del artículo 66.

B) Si los tratados tuvieran realmente jerarquía constitucional sus normas deberían someterse a la tramitación contemplada en el Capítulo XV de la Carta Magna que reglamenta su reforma (artículos 127 a 129), lo que no hace, imponiendo los trámites de una simple ley y así revela el criterio del constituyente sobre este tema.

C) El predominio material descansa en el artículo 6° de la Carta Política, en cuanto dispone que su normativa obliga tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, bajo las responsabilidades y sanciones pertinentes.

D) Todavía más, el artículo 93, N°s. 1° y 3°, entregan al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las normas de un tratado, nuevamente no distingue, que verse sobre asuntos orgánicos constitucionales, antes de su promulgación; y resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, fiscalizaciones que muestran con nitidez la preponderancia constitucional sobre dichos tratados internacionales.

Se previene que los Ministros Srs. Rodríguez y Künsemüller estuvieron por aplicar la rebaja que faculta el artículo 103 del Código Penal, sólo en dos grados y, en consecuencia, por aplicar en definitiva la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a los acusados, sin beneficios, por considerar que aquella sanción resulta más proporcionada a la gravedad de los hechos investigados y sus circunstancias de comisión.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

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.