

Santiago, trece de noviembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

a) Se eliminan los considerandos, quinto, sexto, noveno, duodécimo, décimo quinto, décimo octavo, vigésimo primero, vigésimo cuarto, vigésimo séptimo, trigésimo segundo, trigésimo tercero, trigésimo cuarto, trigésimo quinto, cuadragésimo, cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero, cuadragésimo octavo, cuadragésimo noveno, quincuagésimo

b) Del motivo octavo, se elimina la frase “de autor en la comisión del delito de secuestro calificado”; en el undécimo se suprimen la oración: “de autor en la comisión del delito de secuestro de Carlos Contreras Maluje y que fue motivo de la acusación judicial”; en el décimo cuarto la frase: “en la comisión del delito de secuestro enunciado precedentemente y que fueron motivo de la acusación judicial”; en el décimo séptimo la oración: “en la comisión del delitos de secuestro calificado de Carlos Contreras Maluje y que fue motivo de la acusación judicial “; en el vigésimo tercero y en el vigésimo sexto, se suprime la frase: “en la comisión del delito de secuestro de Carlos Contreras Maluje”; y, en el trigésimo octavo se elimina la expresión: “en el delito de secuestro de Carlos Contreras Maluje”.

c) En el párrafo primero del motivo trigésimo sexto, se elimina la palabra “íntegramente” que se ubica entre las expresiones “se cumplen” y “en la perpetración”. Luego, se sustituyen las locuciones “de detención por tiempo indefinido” por “donde fue golpeado hasta morir”. En el párrafo segundo se sustituye “y hacerlo desaparecer” por “donde fue golpeado hasta morir”. Se

reemplaza el punto aparte de dicho párrafo, por uno seguido, agregando a continuación lo siguiente“. Por lo demás ninguno de los mencionados acusados ha declarado haber recibido la orden de algún superior en los hechos investigados”.

d) En el motivo trigésimo octavo se suprimen sus párrafos primero y tercero y, en el segundo, se suprime la frase final “en el delito de secuestro de Carlos Contreras Maluje”.

e) De la reflexión trigésima novena se elimina el nombre “Cesar Palma Ramírez” así como el numeral “1500” de su párrafo primero y las expresiones “En cambio” con que se encabeza el párrafo cuarto; y se prescinde de su párrafo segundo

f) En el considerando cuarto se incorpora como letra a.3) Certificado de Defunción de Carlos Contreras Maluje, agregado a fojas 503, donde aparece como fecha de su defunción el 2 de Noviembre de 1978, muerte presunta.

Y se tiene, en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, con los elementos relacionados en el capítulo cuarto del fallo que se revisa, constitutivos de presunciones judiciales que reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, se tienen por legalmente establecidos los siguientes hechos:

a) Que el día 2 de noviembre de 1976, en circunstancias que Carlos Contreras Maluje, militante del Partido Comunista, concurrió a una reunión con Alfredo Vargas Muñoz, alto dirigente del mismo partido, que se encontraba detenido por agentes de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea, situación ignorada por Contreras, una vez que salió del inmueble, mediante el uso de la fuerza fue reducido y privado de libertad por civiles, sin que existiera orden emanada de autoridad que la justificase, quienes lo condujeron hasta el centro clandestino de detención, ubicado en calle Dieciocho frente al N° 229, de la comuna de Santiago, conocido como “La Firma”, recinto donde fue

sometido a interrogatorios y apremios físicos, por lo cual el detenido ofreció concurrir a un punto callejero que permitiría la detención de otro militante del Partido Comunista, llevándose a cabo para tal efecto un operativo en calle Nataniel, ubicándose un número indeterminado de agentes en las diferentes intersecciones y en el instante en que Contreras Maluje caminaba por esa calle en dirección al Norte, se lanzó al paso de un vehículo de locomoción colectiva que transitaba por esa arteria en dirección al Sur, quedando lesionado a raíz del impacto, procediendo a pedir ayuda a gritos a los transeúntes dando cuenta a un funcionario de Carabineros que allí estaba, acerca de su situación de secuestrado y torturado por agentes que identificó como pertenecientes a la DINA. Acto seguido, se apersonaron al lugar, un grupo de agentes, quienes le dijeron al oficial de Carabineros que dicho asunto era de su competencia, subiendo a Contreras al vehículo patente EG-388 - de propiedad del Fisco de Chile y a cargo de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea - siendo trasladado nuevamente al recinto "La Firma".

b) Contreras Maluje, a raíz del impacto en el vehículo de locomoción colectiva, resultó herido, escurría abundante sangre de su cabeza, siendo regresado a "La Firma" en mal estado, donde fue nuevamente interrogado y golpeado, sin que al día siguiente se encontrara en la celda que se le había asignado.

c) Por resolución judicial se declaró la muerte presunta de Carlos Contreras Maluje, fijándose como fecha de su fallecimiento el día 2 de noviembre de 1978.

d) El inmueble denominado "La Firma", desde marzo de 1976 sirvió como un recinto de detención clandestino y secreto, sin que se tratara de un establecimiento carcelario de aquellos destinados a la detención de personas establecidos en el Decreto Supremo N° 805 del Ministerio de Justicia, de 1928 (vigente a esa época), el cual se encontraba bajo la subordinación de la DIFA,

donde operaban mayoritariamente agentes del Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea, de Carabineros (DICAR), de la Armada (SIN), y civiles.

e) Los agentes pertenecientes a este organismo respondían a las órdenes del Oficial Superior que ejercía el cargo de Director de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (D.I.F.A.), institución militar de carácter jerarquizada. Todos sus miembros se encontraban subordinados a la autoridad de su Director, sin perjuicio de sus responsabilidades correspondientes por los actos personales realizados.

Segundo: Que nuestro ordenamiento jurídico establece diversas medidas tendientes a acreditar que efectivamente una persona determinada ha muerto, tanto con este fin como para evitar su falseamiento, entre ellas se citan el certificado del médico que asistió al difunto, la inscripción de la muerte en el Libro de Defunciones en el Registro Civil, la prohibición de sepultar un cadáver sin la licencia o autorización del Oficial del Registro Civil de la Comuna en que haya ocurrido el deceso, situaciones que suponen la existencia de un cadáver, en cambio, cuando ello no es así, y el sujeto de que se trata ha desaparecido y se ignora si vive o no, cumpliéndose las exigencias que la ley establece, artículos 80 y siguientes del Código Civil, puede ser objeto del respectivo trámite judicial para su declaración de muerte presunta.

Ha sido precisamente el procedimiento de la declaración de muerte presunta utilizado para establecer la muerte de Contreras Maluje, habiéndose fijado como fecha de su fallecimiento el día 2 de Noviembre de 1978, circunstancia que consta del Certificado de Defunción agregado a fs. 503 de estos autos.

Tercero: Que, cabe consignar también, que desde que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la investigación, han transcurrido más de treinta años, sin embargo habiendo pasado sólo dos años las personas legitimadas para hacerlo solicitaron y obtuvieron que se declarara, afirmándose así en el parecer

de ellos la efectividad del deceso de Contretas Maluje. De la violencia ejercida y lesiones sufridas después de su detención y encierro, el día 3 de noviembre de 1976 dan cuenta los testigos Luis Rojas Reyes, Claudio Jiménez Cavieres, Clemente Nicolás Burgos Valenzuela, Irene Díaz González, Luis Enrique Hasbún Fuentes, Fernando Carlos Meneses Gutiérrez, Pedro Zambrano Uribe, así como el Parte Policial y copia certificada de la constancia estampada en el Libro de Novedades de la Sexta Comisaría de Carabineros. Del mal estado en que arriba a la Firma - luego del incidente en la vía pública – deponen Carlos Armando Pascua Riquelme, Andrés Antonio Valenzuela Morales, Sergio Daniel Valenzuela Morales y Pedro Zambrano Uribe. Sobre las agresiones que sufre al ser devuelto a “La Firma”, deponen Otto Trujillo Miranda, Sergio Daniel Valenzuela Morales, Robinson Alfonso Suazo Jaque y Alex Damián Carrasco Olivos, mencionando su muerte los dos testigos Otto Trujillo Miranda y Sergio Daniel Valenzuela Morales y Andrés Antonio Valenzuela Morales.

Cuarto: Que, los hechos fijados en autos corresponden a la descripción del delito de homicidio simple descrito en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, por cuanto ha resultado justificada en autos la muerte de Carlos Contreras Maluje como consecuencia de las acciones llevadas a cabo por terceros, que ejercieron violencia sobre él. Dichos sujetos pertenecían a la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (DIFA).

Quinto: Que, es la sentencia definitiva la oportunidad para hacer aplicación del derecho sobre los hechos que hayan resultado establecidos, pudiendo los sentenciadores variar aquella que hayan propuesto en la acusación judicial, claro está, basándose estrictamente en los hechos que se tuvieron por acreditados en aquel estadio procesal.

Sexto: Que, cuando varias personas han intervenido en la comisión de un delito, es preciso determinar cual ha sido su participación precisa y

determinada a fin de incluirla en alguna de las formas o modalidades que contemplan los artículos 15, 16 y 17 del Código Penal.

Séptimo: Que, en cuanto se refiere a la participación culpable y penada por la ley que le asiste a los acusados, es preciso examinar los antecedentes de la causa respecto de cada uno de ellos, labor ya verificada en la sentencia en alzada, que en esta instancia, se ratificará en los fundamentos que siguen:

Octavo: Que, en el caso de Freddy Enrique Ruíz Bunger, que en su indagatoria expuesta en el fundamento séptimo de la sentencia en alzada, niega haber tenido siquiera conocimiento de los hechos, se establece su intervención de autor en los términos del artículo 15 N° 3° del Código Penal, atendida la circunstancia que si bien no ejecutó las conductas propias del tipo penal en estudio, sí facilitó los medios para que la acción de los ejecutores materiales llevaran a cabo el hecho en evidente concierto. Los antecedentes consignados en el capítulo octavo de la sentencia de primer grado, así lo dejan de manifiesto.

Noveno: Que, en relación al acusado Juan Francisco Saavedra Loyola, que se desempeñaba en la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea en funciones de dirección, su intervención revistió también la de autor en los términos de su co reo Freddy Enrique Ruíz Bunger, en la forma que contempla el artículo 15 N° 3° del Código Penal, por cuanto, como consta de los antecedentes probatorios relacionados en el considerando undécimo de la sentencia que se revisa, en su condición de Subdirector de Contrainteligencia de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea, se concertó con miembros de esa institución que participaron en el delito facilitando los medios para que se lleve a efecto.

Décimo: Que, Jorge Rodrigo Cobos Manríquez, que también ha negado su participación en los hechos, ella se comprueba plenamente con el mérito de los antecedentes probatorios relacionados en el motivo décimo cuarto de la

sentencia en alzada, que constituyen presunciones judiciales que cumplen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que acreditan su participación culpable y penada por la ley en los hechos de autos, en la forma contemplada en el artículo 15 N° 1° del Código Penal, por haber tomado parte en la ejecución del suceso criminal, de manera inmediata y directa.

Undécimo: Que, la situación del acusado Luis Enrique Guimpert Corvalán, quién también niega su participación, como se deja constancia en el fundamento décimo sexto de la sentencia en alzada, ella se comprueba cabalmente con los antecedentes probatorios ponderados en el considerando décimo séptimo, que constituyen presunciones judiciales que reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que acreditan que tomó parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa en los términos de la autoría que describe el artículo 15 N° 1° del Código Penal.

Duodécimo: Que, la situación del acusado César Luis Palma Ramírez es un tanto diferente, pues en sus testimonios indagatorios de fs. 6767 y 733, primero niega absolutamente su intervención, pero en declaraciones posteriores de fs. 795, reconoce que participó en el operativo de Carlos Contreras Maluje porque el Wally le solicitó su presencia para vigilar un determinado punto o sitio de la calle Diez de Julio, en que estacionó el automóvil Fiat 125 de color azul, desde donde observaba al detenido Mallea que se encontraba con una mujer de la Armada y supo por radio lo que estaba sucediendo con ese detenido. Este reconocimiento, sumado al mérito de los antecedentes probatorios consignados en el capítulo vigésimo de la sentencia en alzada, acreditan plenamente su participación de autor en los términos del artículo 15 N° 1° del Código Penal, por haber actuado en forma inmediata y directa en acciones que finalizaron con la consumación del delito en examen.

Décimo tercero: Que, el acusado Manuel Agustín Muñoz Gamboa niega terminantemente haber tenido intervención en los hechos que culminaron con la detención y encierro de Carlos Contreras Maluje, que posteriormente falleció, sin embargo los antecedentes probatorios que a su respecto se consignan en el apartado vigésimo tercero de la sentencia en revisión, que constituyen presunciones judiciales que cumplen las exigencias del artículo 488 del Código del Ramo, permiten acreditar cabalmente su participación de autor en la forma que describe el artículo 15 N° 1° del Código Penal, puesto que intervino de manera inmediata y directa en los hechos.

Décimo cuarto: Que, el acusado Alejandro Segundo Sáez Mardones en atestados indagatorios consignados en el fundamento vigésimo quinto, después de reseñar sus actividades en Carabineros de Chile, dice que nunca había escuchado el nombre de Carlos Contreras Maluje, que en la Fiscalía le informaron que era un sujeto del Partido Comunista y que no conoció el recinto La Firma. Sin embargo, los antecedentes probatorios relacionados en el considerando vigésimo sexto de la sentencia de primer grado, indican un panorama diverso y ellos constituyen presunciones judiciales que cumplen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que acreditan plenamente su participación en los hechos que finalizaron con la detención y encierro de Contreras Maluje y su posterior deceso, acreditándose así su calidad de autor del delito en los términos del artículo 15 N° 1° del Código Penal, puesto que intervino en forma inmediata y directa en los hechos.

Décimo quinto: Que, el artículo 15 N° 3° del Código Penal, sanciona como autores a quienes “concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”, contemplándose dos formas de complicidad castigadas como autoría, cuya exigencia común radica en la existencia de un concierto previo. Para la configuración de la primera forma, resulta menester que los medios facilitados

se hayan utilizado realmente en alguna etapa de perpetración del hecho, sea al comienzo de la ejecución del delito, durante la realización de las acciones emprendidas para su comisión, sea en el estadio en que se completa la ejecución del hecho de que se trate, constituyendo ésta una de las formas en que se vinculan al delito los autores ejecutores y los autores indirectos.

Décimo sexto: Que, los elementos de juicio ponderados en los aludidos considerandos séptimo, octavo, décimo, undécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo segundo, vigésimo tercero, vigésimo quinto y vigésimo séptimo, todos del fallo de primera instancia, dan cuenta de la participación que en calidad de autores ha correspondido a los acusados Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola, Jorge Rodrigo Cobos Manríquez, Luis César Adolfo Palma Ramírez, Manuel Agustín Muñoz Gamboa y Alejandro Segundo Sáez Mardones, en la forma señalada precedentemente, todos ellos miembros de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea a la época de los hechos, institución militar y jerarquizada, cuyo Director General era precisamente el General de Aviación Freddy Enrique Ruiz Bunger.

Décimo séptimo: Que, tales elementos de juicio conducen a establecer los pormenores siguientes: que a disposición de esa entidad, conocida con la sigla DIFA, particularmente en poder del acusado Ruiz Bunger, se encontraba el 3 de noviembre de 1976, el automóvil en que fue conducido Contreras Maluje desde calle Nataniel al lugar denominado "La Firma", luego de haberse lanzado contra un vehículo de movilización colectiva y ser atropellado. Muñoz Gamboa, Cobos Manríquez y Palma Ramírez, fueron quienes lo subieron al referido móvil luego del incidente provocado por el detenido. El jefe de contrainteligencia de ese organismo era Saavedra Loyola, quien daba las órdenes a los oficiales de menor rango. Cobos Manríquez era el jefe del grupo. Como agentes operativos de la DIFA han sido identificados Muñoz Gamboa,

Guimpert Corvalán, Sáez Mardones, Palma Ramírez y Cobos Manríquez. En la detención de Carlos Contreras Maluje, el 2 de noviembre de 1976, participaron Manuel Muñoz Gamboa, Daniel Guimpert Corvalán, Alejandro Sáez Mardones, César Palma Ramírez y Jorge Cobos Manríquez. En la Firma fue interrogado por Muñoz Gamboa, Guimpert Corvalán y Cobos Manríquez. En La Firma trabajaban también Guimpert Corvalán, Cobos Manríquez, Palma Ramírez y Muñoz Gamboa. Así, en conjunto, lograron, con la ejecución de acciones desarrolladas por cada uno de ellos, la concreción del tipo penal por el que han resultado responsables. A Contreras Maluje lo detuvieron, lo condujeron al lugar tantas veces nombrado, allí lo interrogaron, ejercieron violencia sobre él, lo sacan a la calle donde resulta herido, siendo llevado nuevamente a La Firma, el lugar de su detención y encierro, sitio donde sin importar su estado de salud, de gravedad, es nuevamente interrogado y torturado, produciéndose su muerte.

Décimo octavo: Que, atendida la naturaleza de los hechos establecidos en la sentencia en alzada, y la calificación que de los mismos se hace en el presente fallo, se desecha la solicitud de recalificación pretendidas por las defensas, que estiman que ellos constituyen una forma de detención ilegal llevada a cabo por los acusados.

Décimo noveno: Que, asimismo, en virtud de lo razonado en los fundamentos octavo y noveno de esta sentencia, se rechazan las solicitudes de absolución basadas en la falta de participación de los encausados. En cuanto a la presunción de inocencia invocada por Palma Ramírez, basta señalar que la misma ha resultado desvirtuada, según ha quedado establecido en este fallo.

Vigésimo: Que, habiéndose acreditado el concierto previo de los acusados en la ejecución de los hechos, no cabe tampoco aplicar lo dispuesto por el artículo 214 inciso 2º del Código de Justicia Militar, que exige

perentoriamente, que el delito se haya cometido por la ejecución de una orden del servicio, circunstancia esta última no acreditada en la causa.

Vigésimo primero: Que, tal como se ha concluido en anteriores fallos, el examen de la normativa dictada luego del 11 de septiembre de 1973, así como el contexto en que se desarrollaron los hechos posteriores a dicha data, permiten concluir a estos sentenciadores, que en la época en que ocurrieron los sucesos que dieron origen a la presente investigación, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, cuyas disposiciones no hacen más que reafirmar el respeto de la dignidad humana, sobretodo el de las víctimas de conflictos armados.

Vigésimo segundo: Que, el referido instrumento internacional, aplicable a la situación de que se trata en autos, obliga en virtud de su artículo 3° común, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, encontrarse heridos, por haber sido detenidos o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar los hechos siguientes: "a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". A su turno, compromete en su

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

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

Vigésimo cuarto: Que, en la interpretación de la mencionada prohibición de autoexoneración, y ante la magnitud de las violaciones de que se trata, no puede perderse de vista la función de prevención general que cumple la pena, en cuanto exige que la amenaza contenida en la norma se haga efectiva en cualquier momento en que la persecución de los responsables

sea posible, aun en los casos en que la prevención especial parezca satisfecha, con el transcurso del tiempo. Así, por una parte se refuerza el respeto de los valores fundamentales de la convivencia pacífica de la sociedad, y por otra se disuade a quienes se inclinan a incurrir en hechos semejantes.

Vigésimo quinto: Que, el sentido del artículo 6 N° 5°, invocado por los acusados - de acuerdo a su texto y su contexto- ha de entenderse dirigido al favorecimiento de los vencidos en el conflicto, que se encuentran en manos de aquellos que controlan el poder estatal, facilitando así el restablecimiento de la paz social, sin alcanzar, en consecuencia, a quienes en el ejercicio de un poder incontrolado cometen delitos reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas. Por lo demás, entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicabilidad de las normas de derecho internacional humanitario, eludiendo su acatamiento por aplicación de la normativa nacional, lo que se encuentra prohibido por el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados.

Vigésimo sexto: Que, consecuentemente el DL N° 2191, sobre Ley de Amnistía, en una interpretación conforme con los Convenios de Ginebra, no puede ser aplicado a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en aquel derecho convencional internacional cometidos en nuestro país durante su vigencia.

Vigésimo séptimo: Que, asimismo, esta Corte antes ya ha sostenido que la prohibición de autoexoneración, que emana de los Convenios de Ginebra, no sólo alcanza aquellas situaciones en que los detentadores del poder, aprovechando las ventajas que su situación les ofrece, conceden extinciones de responsabilidad como amnistías autoconcedidas, sino que incluye también la suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes,

como la prescripción de la acción penal, toda vez que la misma aparece concebida para operar en un estado de paz social, y no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se funda, y menos en beneficio de aquellos que precisamente provocaron ese quebrantamiento, en términos que el delito establecido en autos resulta imprescriptible.

Vigésimo octavo: Que, por haberse cometido el delito en el contexto de violaciones a los derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el 11 de septiembre de 1973, tratándose específicamente en el caso de autos de la eliminación de una persona militante del Partido Comunista, es decir perteneciente ideológicamente al régimen político recién depuesto, cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o *ius cogens*, que - tal como ha sido declarado en anteriores fallos - tiene prevalencia sobre la legislación nacional. Las reglas del *ius cogens* son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en una fórmula legal no cambian su naturaleza jurídica.

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

Vigésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar - en relación a la prescripción alegada - que el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2391 adoptó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario.

Trigésimo: Que, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad penal, no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta, que es motivo de atenuación de la responsabilidad penal consagrada en el artículo 103 del Código Penal. Desde luego, no existe ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional, ni de ius cogens, para su configuración, de modo que tratándose de una norma de orden público, su aplicación resulta obligatoria en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho Penal, de modo que una vez transcurridos íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declarar por impedirlo los Convenios de Ginebra, no existe razón que impida considerarla como atenuante, para mitigar la responsabilidad penal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución para dejar sin sanción el hecho se funda en el supuesto olvido del delito, en razones

procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta y, en cambio, la atenuante encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, incidiendo en consecuencia en un castigo menor.

Trigésimo primero: 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 del mismo texto legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en "el día en que se hubiere cometido el delito".

Trigésimo segundo: Que, tratándose en la especie de un crimen al que la ley no impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, el plazo de prescripción de la acción penal, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 94 del Código Penal, es de 10 años. Dicho término se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle continúa la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

Trigésimo tercero: Que existiendo, en este caso, una declaración judicial que fijó la fecha de la muerte de Carlos Contreras Maluje el día 2 de noviembre de 1978, a esa fecha se estará este Tribunal para comenzar a contar el plazo de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior cabe recordar que la investigación de los hechos se inició con el Parte Policial N° 41 de la Sexta Comisaría de Carabineros, de 3 de noviembre de 1976, resultando la causa

sobreseída temporalmente el 5 de julio de 1978, según consta a fojas 408, resolución confirmada por la Corte Marcial el 20 de diciembre del mismo año, cuyo cúmplase data del 9 de marzo de 1979, de fojas 423 vuelta, quedando la causa paralizada hasta la presentación de 12 de julio de 1996, cuando El Consejo Superior de la Corporación de Reparación y Reconciliación pidió la reapertura del sumario (fojas 424) reactivándose en definitiva la investigación hasta llegar a la etapa actual.

Trigésimo cuarto: Que, el efecto previsto en la parte final del artículo 96 del Código Penal, carece de influencia en autos, toda vez que el término de la prescripción se inició en la fecha fijada judicialmente como la de la muerte de Carlos Contreras Maluje, a saber el 2 de noviembre de 1978, beneficiándose, en consecuencia, todos los acusados con la causal de atenuación de la pena que contempla el artículo 103 del Código Penal.

Trigésimo quinto: Que, si bien Alejandro Segundo Sáez Mardones, César Luis Palma Ramírez y Manuel Agustín Muñoz Gamboa exhiben anotaciones en sus extractos de filiación, ello no obsta para reconocerles la circunstancia de mitigación de la media prescripción, toda vez que sus condenas se relacionan con delitos cometidos ya sea una vez completado el término de la prescripción, o bien antes de su inicio. En efecto, Muñoz Gamboa, cuyo extracto rola a fojas 1298, presenta una condena por asociación ilícita, de 5 años y un día, pena cumplida el 19 de septiembre de 1999 en la causa 118.284-92 del Sexto Juzgado del Crimen de Santiago. Por su parte Alejandro Sáez Mardones exhibe en su extracto de fojas 1308, una anotación en los autos rol N° 118.284-91 del Sexto del Crimen de Santiago, por secuestro reiterado y asociación ilícita, siendo condenado a presidio perpetuo y a 541 día de presidio menor en su grado medio. En certificado de fojas 3190 consta que la referida causa se inició el 29 de marzo de 1985, y que Sáez Mardones resultó condenado como autor de los delitos reiterados de secuestro terrorista

que afectó a Arriagada, Araya, Olivares, Traversa, Osorio, Toloza, Parada, Guerrero y Nattino, seguido de homicidio de las tres últimas víctimas y de asociación ilícita terrorista. Finalmente César Luis Palma Ramírez en su extracto fojas 2511 presenta una anotación de la Fiscalía Naval de Valparaíso, en causa Rol N° 3911 por infracción a los artículos 8 y 13 de la Ley N° 17798, sobre Control de Armas, siendo condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo y pena remitida. El certificado de fojas 3191 da cuenta que se instruyó sumario en dicha causa el 30 de julio de 1973, y que la sentencia de primer grado fue aprobada con declaración que en cuanto se impuso la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio.

Tampoco constituye un obstáculo para el reconocimiento de la media prescripción a los encausados Palma Ramírez, Guimpert Corvalán y Saavedra Loyola, las salidas del país que registran en el informe de fojas 3183, toda vez que las mismas no impiden completar el plazo requerido. En el caso de Cobos Manríquez, si bien registra movimiento migratorio, saliendo del país con fecha 9 de junio de 1994, conforme con el certificado de fojas 1250, ello ocurre una vez transcurridos más de 10 años del inicio del cómputo de la prescripción.

Trigésimo sexto: Que, la anotación prontuarial de fojas 2511 que presenta Palma Ramírez, certificada a fojas 3191, impide acoger en su beneficio la atenuante que describe el artículo 11 N° 6 del Código Penal, desde que no es posible sostener que su conducta anterior a los hechos aquí investigados pueda calificarse de irreprochable.

Trigésimo séptimo: Que, Ruiz Bunge, Saavedra Loyola, Cobos Manríquez, Guimpert Corvalán, Muñoz Gamboa y Sáez Mardones, se encuentran favorecidos por la atenuante de su irreprochable conducta anterior, así como por la media prescripción, sin que les perjudique agravante alguna. A Palma Ramírez solamente beneficia la media prescripción.

Trigésimo octavo: Que, el homicidio simple se sanciona con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, es decir su penalidad se extiende entre los cinco años y un día y los quince años. En este caso haciéndose uso de la facultad concedida por el artículo 103 del Código Penal, se estima del caso imponer a cada uno de los procesados la pena inferior en un grado al mínimo de la designada en la ley, esto es, de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Trigésimo noveno: Que, en virtud de lo razonado precedentemente, esta Corte disiente de la opinión del señor Fiscal Judicial, expresada en el dictamen de fojas 3336.

En cuanto a la acción civil:

Cuadragésimo: Que, la admisión en sede penal de la acción civil indemnizatoria se encuentra sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

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

Cuadragésimo segundo: Que, en correspondencia con lo expuesto, la norma del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal - también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementaria del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo el primero, la inclusión de la acción civil en sede penal, y el segundo, que precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden entablarse dichas acciones, mantiene en forma inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Por lo demás, tal ha sido el criterio recogido por la

reforma procesal penal, donde claramente se limita la acción civil, concediéndola exclusivamente a la víctima en sede penal, aquella que tiene por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y de terceros civilmente responsables, entregando el juzgamiento de tales pretensiones al Tribunal civil competente.

Cuadragésimo tercero: Que, en tal escenario corresponde examinar la naturaleza de la acción civil deducida, para luego verificar su correspondencia con los supuestos señalados por el ya citado artículo 10.

Cuadragésimo cuarto: Que, la pretensión civil presentada en sede penal por la hermana de la víctima de los hechos investigados, se dirige únicamente en contra del Estado de Chile, argumentando que fueron agentes al servicio de ese Estado los que infirieron el daño cuya reparación se solicita, afirmando “que la responsabilidad por los actos hechos – acciones u omisiones- antijurídicos, que causan daño a una persona, realizados materialmente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es directamente imputable al órgano al cual dicho funcionario está adscrito”, demandando así la responsabilidad extracontractual del Estado, citando, en síntesis, como fundamentos de tal responsabilidad el inciso 4°, del artículo 1°, de la Constitución Política de la República, en relación al encabezamiento del artículo 19 N° 5°, incisos 2°, 6° y 7° del mismo texto, artículo 4° de la Ley de Bases de la Administración del Estado, normas complementadas por el artículo 19 en sus numerales 20 y 24 de la Carta fundamental, Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, mencionado entre otros el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana de Derechos Humanos y refiriendo finalmente el Derecho de Gentes o Derecho Internacional Consuetudinario.

Cuadragésimo quinto: Que, en el contexto reseñado, los supuestos fácticos de la acción intentada, escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del daño experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo, entonces, en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal.

Cuadragésimo sexto: Que, conforme con lo anterior procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, sin que sea pertinente, entonces, emitir pronunciamiento sobre las restantes alegaciones del Fisco en su contestación de fojas 2606.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, 29 y 68 bis del Código Penal y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se declara:**

I.- Se revoca la sentencia en alzada de treinta de noviembre de dos mil cinco, escrita a fojas 3193 y siguientes, en cuanto por su decisión X (décima) desestima la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, resolviendo en cambio que se acoge la referida excepción opuesta por el Fisco de Chile a fojas 2606.

II.- Se revoca el beneficio de la reclusión nocturna concedido al sentenciado César Luis Palma Ramírez, toda vez que no reúne los requisitos necesarios para su procedencia.

III.- Se confirma, en lo apelado, la sentencia en alzada, con las siguientes declaraciones:

- a) Que se eleva la pena impuesta a los encausados Freddy Enrique Ruiz Bunge, Juan Francisco Saavedra Loyola, Daniel Luis Guimpert Corvalán, César Luis Palma Ramírez, Manuel

Agustín Muñoz Gamboa y Alejandro Segundo Sáez Mardones, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, imponiéndoseles la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y el pago proporcional de las costas de la causa, por la responsabilidad que les asiste como autores del delito de homicidio de Carlos Contreras Maluje.

- b) Que se mantiene el quantum de la sanción aplicada a Jorge Rodrigo Cobos Manríquez, precisando que lo es también por su participación como autor del delito de homicidio de Carlos Contreras Maluje; y
- c) Que en el caso de los sentenciados Ruiz Bunger, Saavedra Loyola, Guimpert Corvalán y Muñoz Gamboa, se sustituye la medida alternativa de la remisión condicional concedida en el fallo de primer grado, por el de la Libertad Vigilada, quedando sujetos a la medida de observación por un delegado de Gendarmería por el término de tres años y un día, debiendo cumplir con las demás exigencias del artículo 17 de la referida ley.

Acordada la revocatoria de la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Chaigneau y Dolmestch, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en cuanto desestimó la excepción de incompetencia absoluta del tribunal intentada por el Fisco, manteniendo para ello los fundamentos del fallo de primer grado. Tienen también presente las consideraciones expresadas por el disidente de segunda instancia y las razones que siguen:

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

2) Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos - cometidas por agentes del estado - las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

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

4) 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 permitan avanzar en el término del conflicto.

5) Que a mayor abundamiento, los disidentes no puede dejar de tener presente al momento de interpretar 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.

Se previene que los Ministros señores Chaigneau y Dolmestch, estimaron que las probanzas reunidas en autos no daban cuenta ni de la ocurrencia de la muerte de Carlos Contreras Maluje ni de sus circunstancias, por lo que en consecuencia, al resultar desconocido su paradero hasta el día de hoy, estuvieron por enmarcar los hechos acreditados en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo hiciera el fallo de primer grado, teniendo presente que en estos autos se estableció que el ofendido fue privado ilegítimamente de su libertad, acreditándose el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de la víctima.

Unido a tal calificación, lo previnientes reforzaron el rechazo de la amnistía y la prescripción, esgrimidas por la defensa de los encausados, compartiendo los razonamientos entregados por el Ministro señor Zepeda en su prevención de fojas 3370. Igualmente tuvieron presente para ello la naturaleza del delito de que se trata, que impide iniciar el cómputo de la prescripción de la acción penal, así como de concluir que el ilícito se perpetró en el período cubierto por el DL 2191, desde que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado.

Acordada la condena de todos los sentenciados, contra el voto del Ministro señor Segura, quien, estuvo por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogiéndola, fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal,

teniendo presente para formar su convicción - tal como en anteriores decisiones - las siguientes consideraciones:

1°.- La prescripción es una antigua institución jurídica fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la pena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

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

2°.- Que, como quedó acreditado en autos, se investigó lo ocurrido a Carlos Contreras Maluje, a raíz de la denuncia de 3 de noviembre de 1976,

quedando paralizada la causa por resolución de sobreseimiento temporal de cinco de julio de 1978, ejecutoriado el nueve de marzo de 1979, en razón de la resolución que ordena el cúmplase correspondiente. En dicho estado se mantuvo hasta el 12 de julio de 1996 cuando la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación pidió la reapertura del sumario, avanzando hasta llegar a la etapa actual.

3°.- Que si bien la causa estuvo paralizada por más de tres años, en la especie, el efecto consagrado por el artículo 96 del Código Penal, carece de influencia para el cómputo del plazo de la prescripción, toda vez que el mismo se contará desde la declaración judicial de la muerte de Carlos Contreras Maluje – el 2 de noviembre de 1978 - fecha que resulta ser posterior a la resolución por la cual se paralizó el curso de la investigación.

4°.- Que desde la referida fecha, hasta la solicitud de reapertura del sumario, el 12 de junio de 1996, transcurrieron más de 17 años, término que excede el plazo de 10 años que exige el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto de los crímenes a los que la ley no impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio simple;

5°.- Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes 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;

6°.- Que, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar o simplemente a civiles, tienen

en el ámbito nacional con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales pertinentes consagrados en los artículos 5°, 6°, 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que contemplan el principio de legalidad que le sirven de sustento, conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas de acuerdo a ellas, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo. Desde la reforma constitucional de agosto de 1989, y en relación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismo órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado;

7°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

“Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto

armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

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

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

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte

contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

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

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

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

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

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

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

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

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” Grigalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores

Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

8°.- 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 lo tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

9°.- 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 reconocimiento de la denominada media prescripción, también con el voto en contra del Ministro señor Segura, quien estima que no resulta posible considerar las circunstancias temporales como fundamento para la aplicación de la media prescripción, en desprecio del reconocimiento de la prescripción plena, teniendo presente para ello que la una y la otra aparecen tratadas conjuntamente en el Título V del Libro I del Código Penal, encontrándose en ambos casos el transcurso del tiempo sujeto a la misma reglamentación, iniciándose en el mismo momento, de modo que la existencia

de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, de manera que para el evento que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción, no puede tener cabida la prescripción gradual, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 6188-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.