

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintidós de julio de dos mil once.

En cumplimiento de lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 del de Procedimiento Civil; y, lo resuelto por el fallo que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

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

A fojas 2.039, a inicios del segundo párrafo, se sustituye la expresión "oficial de marina" por "Suboficial mayor ® de la Armada"; y, se suprime la letra y) del considerando primero.

En el fundamento segundo, se reemplaza la oración que comienza con "Durante su permanencia en dicho recinto naval, nunca fue llevado a la presencia de autoridad judicial alguna que hubiese dispuesto su detención siendo objeto, en dicha unidad militar y en otros lugares donde fue conducido, - totalmente privado de libertad -, de apremios ilegítimos, torturas y malos tratos que dejaron al Sr. Farías en pésimas condiciones físicas que, posiblemente obligaron a sus captores a causarle la muerte simulando" por la frase "por lo que el día 20 de septiembre de 1973 simularon".

En el motivo sexto, numeral 6º, se elimina la preposición "con", escrita entre la expresión "compartiendo" y la palabra "detención".

En el fundamento séptimo, se modifica la frase final "secuestro reseñado en el considerando tercero de esta sentencia", por "homicidio calificado".

En el considerando octavo, a fojas 2.076, se sustituye "concurrido" por la voz "ocurrido".

En el fundamento undécimo, se reemplaza la oración "Secuestro a que se arribó finalmente" por "homicidio calificado por el cual se le acusó".

En el motivo decimoquinto, se sustituye la frase "del acusado" por "de los acusados" y a continuación del apellido "Arancibia", se agrega "y Mendoza". De igual modo, se prescinde de la oración final que comienza con "Todos los argumentos..." y concluye con "la excepción de prescripción".

Se eliminan sus fundamentos tercero, noveno, décimo, decimotercero, decimosexto, decimonoveno y párrafo segundo del motivo decimocuarto.

En las citas legales, se prescinde de los artículos 11 N° 9, 28 y 141 del Código Penal y artículos 1.698 y 2.314 del Código Civil.

Asimismo, del fallo de segunda instancia, que fue previamente invalidado, se reproducen los numerales I) y II), con sus respectivos razonamientos, referidos a los recursos de nulidad formal deducidos por el Fisco de Chile y por el sentenciado Pedro Arancibia Solar.

De igual modo, del veredicto anulado, se mantienen los motivos

tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto.

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

Primero: Que los hechos de la causa han quedado definitivamente establecidos en el razonamiento 2º de la sentencia de primer grado y son los siguientes:

En horas del día 12 de septiembre de 1973, el Interventor General de la Empresa Conservera Parma de Limache, don Oscar Armando Farías Urzúa, se presentó voluntariamente ante el Jefe de la Policía de Investigaciones de esta zona jurisdiccional, Sr. Hugo Cáceres Moreno, por tener conocimiento que existía una orden de detención en su contra, frente a lo cual dicho Jefe Policial, luego de verificar la efectividad del requerimiento, lo trasladó personalmente hasta la Base Aeronaval de El Belloto para ser entregado, alrededor de las 21:00 horas, a alguna autoridad responsable de dicho recinto militar. Ya en su interior, el detenido fue ubicado en una sala de espera donde, de inmediato, - y al igual que el resto de las personas que llegaban detenidas a dicha unidad naval -, fue sometido a toda clase de interrogatorios acerca de donde se encontraban las ?armas?, al mismo tiempo que era apremiado, vejado y torturado por parte de agentes de órganos del Estado, los cuales, posteriormente, lo sacan del recinto de la Base para conducirlo a la Conservera Parma de la que era su interventor para ser ingresado en un cuarto de madera donde se guardaban herramientas y material de la empresa, lugar en el cual sus aprehensores ? al decir de los trabajadores de Parma que presenciaron las acciones -, repitieron reiteradamente en su persona los procedimientos represivos utilizados en la Base Aeronaval, amarrando sus manos y pies para introducir su

cuerpo, también en forma reiterada, dentro de un pozo de agua existente en la Conservera ya señalada, sin perjuicio de ser además, objeto de todo tipo de apremios y golpes físicos. Al día siguiente, y en los días sucesivos, fue constantemente trasladado a la Base El Belloto y traído de regreso a la empresa Parma, recintos en los cuales, como se ha expresado, fue repetidamente interrogado, brutalmente golpeado y sobretodo apremiado físicamente por sus regentes, incluso en presencia de algunos trabajadores que fueron testigos de la grave y agónica condición de salud en que se encontraba el Interventor, lo que queda de manifiesto con algunas lesiones corporales visibles y fracturas que presentaba su cuerpo, - según señalaron algunos testigos que compartieron detención con él -, siendo de tal magnitud las lesiones y heridas inferidas que incluso pudieron provocar su deceso en ese lugar, por lo que el día 20 de septiembre de 1973, simularon un enfrentamiento extremista y ataque armado al vehículo en que era trasladado con destino a Valparaíso por orden de alguna autoridad naval de la Base El Belloto o del propio oficial a cargo, donde se le ejecutó, arguyendo que intentó escapar de su detención aprovechando la acción violentista, - lo que era imposible atendida su condición física -, acontecimientos todos que fueron puestos en conocimiento de la Jefatura Naval Superior de esta localidad, sin que dicha autoridad tomara las medidas y recaudos de rigor informando lo ocurrido a la superioridad competente. Posteriormente su restos fueron entregados a sus familiares e inhumados en el Cementerio de esta comuna.

Segundo: Que, estos hechos se estiman como constitutivos del delito consumado de homicidio calificado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa, ilícito cometido el 20 de septiembre de 1973, en el sector Paso Hondo, Quilpué, que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1°, concurriendo las circunstancias primera y cuarta, del Código Penal vigente a la época de los hechos, cometido en consecuencia, con alevosía y ensañamiento, por cuanto su muerte fue causada en situación de absoluta indefensión provocada por la acción

de terceros, los que procuraron obrar sin riesgo y sobre seguro, y aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, acontecimientos suficientemente acreditados con los elementos de juicio que el mismo veredicto contiene en su motivo primero.

En efecto, el ofendido fue flagelado y torturado en los días siguientes a su presentación voluntaria ante la autoridad naval el 12 de septiembre de 1973, antes de ser ultimado con disparos de armas de fuego el día 20 de ese mes y año por personal de la Armada, como se infiere de las declaraciones de los trabajadores de la empresa Parma, Florentina Torres Aguirre, Juan Ramón Moya Vergara, Manuel Metzger Cueto y Armanda del Carmen Lagos Astorga; los testimonios de Héctor Inostroza Aeloiza, Pedro Hugo Arellano Carvajal y Juan Ramón Moya Vergara, quienes permanecieron detenidos junto al señor Farías; y, de los miembros activos de esa Institución en aquella época, Luis Antonio Yansen Escobar, Guillermo Retamales Ruz, Juan Valenzuela Bahamondez y testigo con reserva de identidad, cuyos relatos se precisan en las letras u), v), w) y x) del motivo primero y numerales 6a), 6b), 6d), 6f), 6g), 6l) y 6ñ) del considerando sexto de la sentencia de primer grado. Estos antecedentes deben complementarse con la causa de muerte consignada en el certificado de defunción de fojas 33, ¿tres heridas a bala con orificio de salida perforación cardiaca y pulmonar? y con el protocolo

lo de autopsia de fojas 202, que agrega a las lesiones ya descritas, ¿fractura de maxilares?, las que son compatibles con los hallazgos de las pericias del Servicio Médico Legal agregadas a fojas 862, 886, 905 y 952. A ello deben sumarse los informes evacuados por el arqueólogo Iván Cáceres Roque y antropólogo Kenneth Jensen Nalegach, de fojas 1.174, que dan cuenta de lesiones traumáticas no descritas en la autopsia del año 1973, como son ¿En el hueso occipital (nuca y base del cráneo) se observan dos líneas de fracturas perpendiculares entre sí hacia la derecha de la nuca y otra de mayor extensión y separación en el lado izquierdo de la porción basilar?, y, ¿...en la mano derecha se observa la presencia de fracturas en los

cuatro primeros metacarpianos y en la primera falange del pulgar?.

Tercero: Que, de este modo, se rectifica la calificación jurídica de los hechos efectuada por el a quo en su veredicto de quince de diciembre de dos mil nueve, en orden a que no se configura en la especie el delito de secuestro con grave daño para el ofendido, puesto que si bien, al interventor Farías se le mantuvo privado de libertad en un recinto naval donde fue sistemáticamente torturado, la voluntad decidida de sus captores siempre fue provocarle la muerte y no mantenerlo secuestrado. En efecto, constituye para el Derecho Interno Nacional el delito de homicidio calificado en la persona de la mencionada víctima, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia calificada de la alevosía, atendido que en momento alguno el ofendido tuvo la más mínima posibilidad de repeler la agresión, habiendo los agentes navales obrado sobre seguro, lo que refleja asimismo no sólo el ánimo de matar, sino que también el de procurar evitarse todo riesgo para lograr dicho propósito, y no dar oportunidad alguna a la víctima de poder eludir la acción o de repeler la agresión en contra de su vida. La forma y circunstancias como se produjo la muerte encuadra con absoluta facilidad en el concepto de alevosía, entendida ésta como la muerte dada ocultamente a otro, asegurando su ejecución por evitación de todo riesgo o peligro e imposibilitando intencionalmente la defensa de la víctima. Concorre asimismo, ensañamiento, toda vez que ha quedado establecido que en forma previa a su deceso, que funcionarios de la Armada de Chile golpearon y sometieron a brutales tormentos a la víctima provocándole deliberadamente sufrimientos innecesarios, para finalmente matarlo mediante disparos efectuados con armas de fuego.

Cuarto: Que, asimismo, hay certeza absoluta de la muerte de la víctima provocada por la acción de terceros que procuraron un obrar sin riesgo y sobre seguro y aumentando deliberada e inhumanamente su dolor, todo lo cual está suficientemente acreditado con los

elementos de juicio analizados en dicho veredicto y en el motivo segundo que antecede, entre los cuales se encuentra la recuperación física e identificación de su cuerpo, el dictamen pericial médico legal, el instrumento público del protocolo de autopsia, el examen de restos óseos, acta y certificado de defunción, medios probatorios demostrativos de la existencia del delito, unidos a otro cúmulo de probanzas idóneas para ello, como las declaraciones de los testigos, los instrumentos públicos y privados agregados a los autos y las graves, precisas y múltiples presunciones e indicios que fluyen de los antecedentes, elementos todos ya analizados pormenorizadamente en la sentencia del a quo y en el presente veredicto al referirse al hecho punible.

Quinto: Que, despejado el tipo penal aplicable en la especie a los hechos acreditados por el tribunal, procede interrogarse respecto de la participación criminal de los dos acusados. En tal aspecto, esta Corte comparte todos y cada uno de los raciocinios contenidos en los considerandos sexto, séptimo y undécimo del fallo en alzada, que se dan por reproducidos para así evitar repeticiones inoficiosas, y conforme a lo

s cuales se tiene por acreditada la participación que como autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, le correspondió al enjuiciado Pedro Pablo Arancibia Solar en el delito de homicidio calificado investigado, toda vez que tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa. Al respecto, cabe señalar que la prueba pericial rendida por el acusado Arancibia Solar durante el plenario, consistente en el informe del perito balístico privado Sr. Osvaldo Marcelo Faunes Peña, agregado de fojas 1.753 a 1.761; y la pericia médico legal confeccionada por el legista Sr. Juan Guillermo Romo Carrera, que se lee de fojas 1.769 a 1.770, y sin perjuicio de su negativa a toda intervención en el hecho luctuoso, no logran desvirtuar la convicción de autoría a la que se arribó con el mérito de los medios incriminatorios que se precisan en el fundamento sexto, entre las letras a) y ñ); más aún, si se tiene en consideración que las conclusiones

formuladas por los expertos de la defensa, sólo se refieren al tipo y características del armamento utilizado para causar la muerte de la víctima y no constituyen elementos de descargo suficientes para descartar la participación del procesado Arancibia en el ilícito.

Sexto: Que en lo concerniente a la intervención de la línea de mando, cabe señalar que como se consigna en el motivo sexto del veredicto de alzada, que se tuvo por reproducido, el teniente Arancibia informó oportunamente a su superior, el comandante Sergio Mendoza Rojas, la muerte del detenido Oscar Farías Urzúa en el sector de Paso Hondo, Quilpué, y sus circunstancias, sin que este último ordenara instruir investigación o sumario administrativo para el esclarecimiento de los hechos, debiendo hacerlo por la gravedad de estos y por el mando que detentaba - según lo reconoció expresamente el enjuiciado Mendoza al prestar declaración en los autos. A lo anterior, se suman los antecedentes pormenorizadamente descritos en el capítulo sexto del laudo de primer grado, consistentes en los testimonios de los funcionarios de la Armada Luis Yansen Escobar, Alejandro Jordán Marchesini, Teodoro Valenzuela Tobar y Juan Valenzuela Bahamondez -, que permiten establecer que el procesado Pedro Arancibia se constituyó como segundo Jefe de Plaza en la zona de Limache, de la cual Mendoza era el Jefe Militar, desarrollando como principal función ser su ayudante, lo que explica lógicamente que le haya dado cuenta del ?enfrentamiento? de Paso Hondo. En estas circunstancias, ni el procesado Arancibia ni el encartado Mendoza podían ignorar que al interior de la Conservera Parma, del Sanatorio Naval de Olmué y de la Base Aeronaval de El Belloto, había personas en calidad de prisioneros a los cuales se les interrogaba y torturaba, habida consideración de los acontecimientos desencadenados, a contar del 11 de septiembre de 1973.

En este orden de razonamiento, los elementos de juicio precedentemente reseñados, constituyen presunciones graves, precisas, y concordantes, las que apreciadas en forma legal, permiten

tener por acreditada la participación que en calidad de encubridor, de conformidad al artículo 17 N° 2 del Código Penal, le correspondió al enjuiciado Sergio Iván Mendoza Rojas en el delito de homicidio calificado investigado, toda vez que, su actividad estuvo dirigida a ocultar el hecho delictivo y las consecuencias del mismo que pudieran conducir a su descubrimiento.

Séptimo: Que los ratiocinios contenidos en el motivo anterior, unidos a los del considerando séptimo del veredicto de alzada, que se tuvo por reproducido, son suficientes para desestimar la pretensión de autoría que la letrada representante del Programa Continuación de la Ley 19.123 le atribuye en los hechos al encartado Sergio Mendoza Rojas.

Octavo: Que atendida la naturaleza del suceso investigado, se coincide con la conclusión del a quo de estar en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad, compartiendo l

as reflexiones contenidas en la decisión de alzada, en orden a desestimar la amnistía, como circunstancia extintiva de la responsabilidad penal; siendo conveniente tener presente que, a mayor abundamiento, según la doctrina reiterada de esta Corte Suprema, nuestro país, al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar 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 defendidas en ese instrumento internacional; también se obligan los Estados Partes 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. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de

responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente en cuenta que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

En ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar los delitos que se cometan y estén sometidos a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, no puede sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de este modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados Convenios, que mediante su suscripción y ratificación, adquirieron efectos plenamente vinculantes. Queda, por tanto, excluido el incumplimiento de las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos, resultando inadmisibles que contraídas tales obligaciones de persecución penal y juzgamiento, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley N° 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de auto exoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos - entre ellas, el homicidio en todas sus formas - puesto que se dictó con posterioridad al compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa auto exoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa citada.

Atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos por la indagación, es pertinente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar "delitos contra la humanidad". Estos actos constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y

manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales relacionados.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa a invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

El legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y, si bien podría dictar una ley en tal sentido, prescribiendo disposiciones contrarias a ese compromiso o que hiciesen imposible su cumplimiento, tal acto del órgano legislativo importaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto a los tratados en materia de derechos humanos, ya que éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bilaterales o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados Partes sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el sólo hecho de ser persona, constituyendo este reconocimiento una autolimitación de la soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento

establecido en ellos mismos? (Humberto Nogueira Alcalá, ¿Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos?, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, Nos. 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre 1993, p. 887).

Noveno: Que, a partir de la consideración de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional contrae la obligación de juzgar y castigar a sus responsables, en tanto agresores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, por su incompatibilidad con instrumentos internacionales que obstan a la dictación de una normativa que pretenda impedir la investigación de violación a los derechos humanos fundamentales y la sanción de los responsables de tales ilícitos, en textos legales como el Decreto Ley 2.191 carecen de efectos jurídicos. (Entre otros, SCS, 13.08.2009, Rol N° 921-09; SCS, 24.09.2009, Rol N° 8113-08; SCS, 29.09.2009, Rol N° 3378-09; SCS, 20.02.2010, Rol N° 1369-09; SCS, 14.04.2009, Rol N° 5279-09).

Décimo: Que en lo que guarda relación con el otro rubro de alegaciones planteado por las defensas de los acusados Mendoza y Arancibia, como es, la prescripción de la acción penal debido a que los hechos pesquisados en los autos ocurrieron el 20 de septiembre de 1973, por lo que podría estimarse que la responsabilidad de los encartados derivada del homicidio del ofendido se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del código de castigos, debe tenerse en consideración que, según se determinó con antelación y en el motivo decimoquinto del fallo de primer grado, 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.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) adoptó la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, la que en su Preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre Extradición y el Castigo de los Criminales de Guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que conforma los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; y advirtiéndole que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; conviene lo siguiente: Artículo I: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves"

enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; y b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos?.

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

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

En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha

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

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

Decimo tercero: Que tampoco puede prescindirse que el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los tratados de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de

principios y reglas nuevas. Entonces esta Corte, en consonancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto lo imperativo de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.

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

Decimo quinto: Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de los individuos, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos eventos la justificación no depende sólo del Derecho Positivo Interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores esenciales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derechos humanos.

Decimo sexto: Que la Carta de Naciones Unidas implantó entre los Estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación, de manera que debían

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

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

Decimo octavo: Que estas consideraciones permiten concluir que el sentenciador de primer grado ha resuelto acertadamente al no acceder al requerimiento de la defensa del encartado Arancibia Solar para que se le reconozca la procedencia de la prescripción de la acción penal

propuesta en sus descargos; decisión que esta Corte hace extensiva, por las razones anotadas, a las alegaciones formuladas por la defensa letrada del acusado Mendoza Rojas en su escrito de fojas 1.573, comenzando por la solicitud de favorecerle la eximente de responsabilidad penal de la prescripción de la acción penal, invocada en primer término como excepción de previo y especial pronunciamiento y, posteriormente, como alegación de fondo.

Decimo noveno: Que, en cuanto a la prescripción gradual de la acción penal, como lo ha sostenido esta Corte Suprema en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, la señalada institución penal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos ? en cuanto al transcurso del tiempo - y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva.

Sin embargo, no puede asimilárseles jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus,

Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las

legislaciones contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

Por su parte, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí ? y como también ocurre con otros - considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio.

Vigésimo: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la ?media prescripción? se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874,

encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados - generalmente en votación dividida - esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

Vigésimo primero: Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de derecho que benefician al protagonista a del delito o sujeto condenado, siendo una ?cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, aún cuando no sea formalmente alegada.

Vigésimo segundo: Que aceptada la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

En lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su

artículo 103: ¿Si el responsable 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.¿.

Ahora bien, en el caso en estudio, el delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de homicidio calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Vigésimo tercero: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, en el caso de los crímenes a que la ley imponga presidio, reclusión o relegación perpetuos, como es el presente caso, la acción penal prescribe en el plazo de quince años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito. En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y que, en el caso de autos, corresponde a siete años y medio.

Vigésimo cuarto: Que en el procedimiento sobre la investigación del homicidio en estudio, cometido el día 20 de septiembre de 1973 y desde esa data hasta el 20 de julio de 2006, momento en el cual se instruyó el sumario correspondiente, según aparece de fojas 32 del Tomo I de estos autos y en el que se interpuso querrela criminal el 30 de marzo de 2007, que rola a fojas 324 del citado Tomo I, se cumple con los tiempos exigidos por el artículo 103 del Código Penal respecto a cada uno de los

enjuiciados. Tal límite no sufre alteración con la dictación de los correspondientes autos de procesamiento de fechas 4 de abril de 2007 y 4 de abril de 2008, según resoluciones que se leen a fojas 349 del Tomo I y a fojas 1.032 del Tomo III, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de treinta y tres años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de la primera resolución judicial, lo que se extiende a más de treinta y cuatro años en los otros casos, por lo que en la especie resulta aplicable la referida media prescripción de la pena.

Vigésimo quinto: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede entonces reconocer a los acusados Pedro Pablo Arancibia Solar y Sergio Iván Mendoza Rojas, la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal, alegada al contestar la acusación judicial y atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en el artículo 102 del Código Penal, ambos serán beneficiados con la mencionada prescripción gradual.

Vigésimo sexto: Que en relación a las demás defensas esgrimidas a favor de los acusados, respecto del enjuiciado Arancibia Solar, se estará a lo razonado en el motivo duodécimo del fallo del a quo, teniendo presente además para ello, que se desestima la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que invoca su defensa, conforme al mérito del proceso que revela una conducta radicalmente contraria a la cooperación que alega. Del mismo modo, se comparte la reflexión del fundamento decimotercero del veredicto de alzada, que para tales efectos se tuvo por reproducido, respecto de las circunstancias atenuantes alegadas por la defensa del procesado Mendoza Rojas, desestimándose la minorante del artículo 214 del Código de Justicia Militar, además, atendido el cargo de superior jerárquico que aquél ostentaba a la época del suceso, respecto al autor ejecutor del delito.

Vigésimo séptimo: Que en cuanto a la determinación de la pena debe

tomarse como base que a la época de su perpetración 7 septiembre de mil novecientos setenta y tres - el delito de homicidio calificado se castigaba de conformidad al artículo 391 N° 1 del Código Penal, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. En tales circunstancias, atendido que, el encartado Pedro Arancibia Solar goza de irreprochable conducta anterior, como lo reconoce el fallo de primer grado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, el hecho investigado en autos ha de ser considerado como revestido de dos o más circunstancias atenuantes y sin agravantes, el tribunal procederá a rebajar la pena en dos grados a su respecto, quedando en presidio menor en su grado máximo.

En el caso del acusado Sergio Mendoza Rojas, al ser encubridor del delito consumado de homicidio calificado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa, por el grado de participación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, se rebaja la sanción en dos grados quedando en presidio menor en su grado máximo, pena que, debido a que le benefician las circunstancias atenuantes de su irreprochable conducta anterior y media prescripción sin que le perjudique agravante alguna, se reducirá nuevamente, pero sólo en un grado; atendido que, si bien su participación criminal se encuadra en la de encubridor, procede un reproche mayor a su respecto por ostentar la Jefatura Militar y Administrativa de la zona en que se perpetró el ilícito por parte del sentenciado Arancibia Solar, de quien era precisamente su superior jerárquico directo. De este modo, la pena aplicable al acusado Mendoza Rojas, habrá de ser la de presidio menor en su grado medio.

Vigésimo octavo: Que, en cuanto a lo civil, el Consejo de Defensa del Estado, como principal alegación o defensa a las demandas deducidas en su contra, opuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria en contra del Fisco de Chile y, fundándola, manifiesta que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del

crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo este tribunal penal de competencia para conocer y resolver de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

Vigésimo noveno: Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

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

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados?. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

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

resulta extraordinaria.

Trigésimo primero: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal - también modificado por la Ley N° 18.857 - ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto legal, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal

- contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal - en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general - y con la salvedad que señala - que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: ¿La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal?.

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

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del

hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

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

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

Trigésimo tercero: Que en el con texto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida contra el Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada exige comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, erradamente rechazada por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

Trigésimo cuarto: Que con lo expuesto y razonado, se disiente parcialmente de lo informado por la señora Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 2.141 y siguientes, en tanto fue partidaria de acoger el recurso de casación en la forma intentado por la defensa del condenado Pedro Pablo Arancibia Solar y aprobar el fallo en la parte que absuelve al encartado Sergio Iván Mendoza Rojas de la acusación

de ser encubridor del delito de homicidio calificado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República; 7, 17 N° 2, 21, 25, 29, 30, 50, 52, 103 y 391 N° 1 del Código Penal; 10, 514 y 527 de su homónimo de enjuiciamiento penal, se declara:

En lo Penal:

I.- Se rechazan los recursos de casación en la forma deducidos en lo principal de fojas 2.105 y 2.122 por el Fisco de Chile y la defensa del sentenciado Pedro Pablo Arancibia Solar, respectivamente.

II.- Se desestima la excepción de prescripción de la acción penal alegada a fojas 1.573 por la defensa del acusado Sergio Iván Mendoza Rojas.

III.- Se revoca la sentencia apelada de quince de diciembre de dos mil nueve, escrita de fojas 2.037 a 2.089, ambas inclusive, en la parte que absuelve al encartado Sergio Iván Mendoza Rojas de la acusación formulada en su contra; y, en su lugar, se le condena como encubridor del delito consumado de homicidio calificado perpetrado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa, el día 20 de septiembre de 1973, en el sector de Paso Hondo, comuna de Quilpué, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y el pago proporcional de las costas de la causa.

Atendida la entidad de la sanción impuesta, se concede al sentenciado Mendoza Rojas, el beneficio de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la observación de Gendarmería de Chile, por el término de tres años y cumplir con las exigencias del artículo 5° de la Ley 18.216, con excepción de la prevista en su letra d) .

En el evento que el condenado Sergio Mendoza Rojas tenga que cumplir efectivamente la sanción corporal impuesta, se le descontarán los tres (3) días que permaneció privado de libertad por esta causa, entre el 8 y 10 de abril de 2008, según consta de fojas 1.039 y 1.055, del Tomo III del proceso.

IV.- Se confirma en lo demás el citado fallo, con declaración que Pedro Pablo Arancibia Solar, queda condenado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas de la causa, como autor del delito consumado de homicidio calificado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa, materia de la indagación.

Atendida la entidad de la sanción impuesta, se concede al sentenciado Pedro Pablo Arancibia Solar, el beneficio de la libertad vigilada, estableciéndose como plazo de tratamiento y observación el fijado para su respectiva condena, debiendo cumplir, además, con las exigencias previstas en el artículo 17 de la ley N° 18.216, con excepción de la contemplada en su letra d) .

Si el condenado Arancibia Solar tuviere que cumplir efectivamente la sanción impuesta, se le descontarán los dieciocho (18) días que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, entre el 10 y el 27 de abril de 2007, según consta de fojas 359 y 393 del Tomo I de estos antecedentes.

En lo civil:

V.- Se revoca la sentencia recurrida, en cuanto hace lugar a las demandas civiles interpuestas por las querellantes doña Emilia Marcone Foi y doña Karina Farías Marcone en contra del Fisco de Chile; y, en su lugar se resuelve, que se acoge la excepción de

incompetencia absoluta promovida por dicha parte en lo principal de su libelo de fojas 1.137, debiendo las demandantes de autos dirigirse al tribunal competente que corresponda, sin que sea procedente emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto. Todo lo anterior es sin costas, por estimarse que las actoras tuvieron motivo plausible para litigar.

Acordada la condena penal contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la defensa del acusado Arancibia Solar y, en cambio, acogiénola, conjuntamente con la impetrada por Mendoza Rojas, fueron de opinión de declarar ésta a favor de ambos inculpados, consiguientemente por absolverlos de los cargos materia de la acusación, teniendo 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 éstos, 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;

2º.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre el día 20 de septiembre de 1973 y la querrella para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentó el 30 de marzo de 2007, según consta a fojas 324 del Tomo I, ordenándose la instrucción del sumario con fecha 20 de julio de 2006, prosiguiéndose la investigación hasta llegar a la etapa actual;

3º.- Que tal como se reconoce en el considerando vigesimocuarto de la presente sentencia de reemplazo, ha transcurrido en exceso el plazo de quince años que la ley contempla en 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;

4º.- 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;

5º.- 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 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 1989, 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 ya 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.

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 Colombiana 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, ninguna de las cuales se cumplieron en todo el tiempo posterior al 11 de septiembre de 1973.

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 c

on 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 entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y 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 ex presado 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, 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 Nº 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. Nº 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 ?conflict o armado no internacional? en los términos del artículo 3º 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 el 20 de septiembre de 1973 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).

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)?

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. 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.

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.

Acordada la decisión civil con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien estuvo por confirmar la sentencia en esa parte, rechazando la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, pues en su concepto el tribunal en lo penal sí es competente para conocer de la acción civil deducida; y respecto de las demás excepciones opuestas a la demanda, también desecharlas, por las mismas razones, en igual forma y por el mismo monto que lo hiciera el señor juez de primera instancia.

Para proceder del modo antes señalado respecto de la excepción de

incompetencia de que se trata, tuvo en consideración los fundamentos que más adelante se señalan:

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

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

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

Cuarto: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima

trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, el disidente no puede dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo a decimoséptimo de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de ?lesa humanidad?, calificación que, en concepto del disidente, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Sexto: Que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente tampoco entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta procedente acoger las demandas deducidas en autos.

Se previene que el Abogado Integrante señor Hernández, estuvo por revocar la sentencia en alzada en cuanto acogió la acción civil interpuesta, teniendo para ello presente, únicamente los siguientes

razonamientos:

1º.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional Consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de *ius cogens*?. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2º.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad - categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos - son imprescriptibles, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 35 87-05; 3452-06 y 6574-07.

3º.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos. En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas

puramente patrimoniales del Código Civil. A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

4°.- Que cabe desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que sólo vino ser aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales son los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la ?indemnización compensatoria? fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y ?el pago de una justa indemnización a la parte lesionada?, respectivamente.

5°.- La circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a la acción civil impetrada, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción,

en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última.

Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, con sólo considerar que el ilícito penal se cometió el 20 de septiembre de 1.973, en tanto la querella criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el 30 de marzo de 2007, sin que, en el lapso intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción competente, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso. Como el referido término es de cuatro años ¿contados desde la perpetración del acto?, según reza el artículo 2.332 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 2.497 del mismo ordenamiento y constatado que el curso de la prescripción no se interrumpió mediante la interposición de una demanda judicial, en los términos del artículo 2.5

18, la premisa antes asentada no puede merecer dudas.

6°.- Que se ha dicho por esta misma Corte que la determinación estatal manifestada a través de la creación de la pensión de reparación y demás beneficios reconocidos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, individualizados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concretada en la ley 19.123, de 8 de febrero de 1.992, que concedió una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, ¿importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas?, acto que ¿debe tenerse en cuenta para los efectos de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones que tienen por propósito se condene al Fisco a indemnizar el mismo perjuicio cuya reparación motivó la aprobación de aquel cuerpo legal? (SCS. Rol N° 4753/2.001, de 15.05.2.002, considerandos 12° y 13°).

Pues bien, incluso atribuyendo a esa norma legal efecto interruptivo, la conclusión propuesta no puede variar, en cuanto aun desde la fecha de su publicación y hasta que los actores civiles pusieron en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho ? incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querella esa virtualidad ? el término extintivo que interesa se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

7°.- Que, desde luego, la normativa atinente, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concierne específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. Por su parte, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana - que obliga al Estado infractor al ?pago de una justa indemnización a la parte lesionada? (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, ?por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado? (art. 68.2) ? no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.

La inferencia lógica no puede ser sino que, constituyendo la prescriptibilidad de todas las obligaciones civiles la regla general, cualquiera excepción debería ser establecida explícitamente, sin que las mentadas disposiciones ni ninguna otra de las comprendidas en los pactos internacionales reseñados, contenga una alusión expresa e inequívoca al instituto de la imprescriptibilidad, como sí ocurre respecto de la acción penal, en el Derecho Internacional.

8°.- Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos,

que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor "constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más" (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).

En similar sentido, en el caso "La Última Tentación de Cristo", de 5.02.01, consid. 99, se resolvió que la sentencia misma constituía per se "una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas", excluyendo otra indemnización que el reintegro de los gastos acreditados por las víctimas. Igual planteamiento se formula en "Claude Reyes y otros vs. Chile", de 19.09.2006, consid. 156.

9°.- Que, a juicio de este disidente, la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país. En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: "Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal". De su tenor se extrae que la norma convencional se limita a "afirmar" tan relevante principio, con el claro objetivo de "asegurar" su aplicación a todas las naciones,

independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: "Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos?".

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad: "El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen" (art. 6°). La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados comportamientos.

10°.- Que el artículo IV de la aludida Convención - ¿ que en este punto se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido?,

según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2.006 - introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que ¿la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo?, no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

11°.- Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativa

s a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

12°.- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, ¿no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo? (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia

supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

13°.- Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en la reflexión precedente, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y, además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

14°.- Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar -más que la justicia- la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, en el vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance a sólo este último aspecto.

15°.- Que, confirmando esta deducción, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

En lo atinente a la cuestión estudiada, la resolución reza:

¶7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en

que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario? El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de ?las acciones civiles? y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la ?víctima? demanda contra el ?autor? del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya ?recurso s efectivos? contra aquellas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: ?16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario?.

Conforme a esta regla, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados.

16°.- Que, si bien sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar el 11 de marzo de 1.990 - o aun la de publicación de la ley N° 19.723, de 8 de febrero de 2.002, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa

aludida en la reflexión 12ª precedente.

17º.- Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del artículo 2.332, por remisión del artículo 2.497, ambos del Código Civil, resulta legítima y permite desestimar las de tal naturaleza interpuestas en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causal.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez concurre a la condena, teniendo en cuenta que el ilícito se perpetró el veinte de septiembre de mil novecientos setenta y tres, cuando todo el territorio nacional se hallaba bajo estado de guerra interna, legalmente declarada por Decreto Ley N° 5, de doce de septiembre de ese mismo año, lo que torna plenamente aplicables los Convenios de Ginebra, aprobados por nuestro país en mil novecientos cincuenta y uno, con bastante anticipación a la perpetración del injusto. Declaración de guerra interna que, en opinión del preveniente debe aplicarse con antelación al calificativo de "lesa humanidad" porque se trata de legislación positiva en vigor al momento de acontecer los hechos punibles y que de por sí es suficiente para desestimar las causales de extinción de la responsabilidad penal de la amnistía y prescripción de las acciones criminales invocadas por los procesados.

Tal declaración de guerra interna se halla cabalmente comprobada con los siguientes antecedentes:

1º).- Que parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumieron el poder, mediante el ejercicio de las facultades

constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

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

2°).- Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada era, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con bandos? los que, en el ámbito de la

lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: ¿Derecho Penal Militar?, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los indicados cuerpos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitarlos al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político, cuya intromisión se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar. En efecto, uno de los primeros síntomas del Derecho Penal autoritario que se introdujo en nuestro sistema jurídico consistió en privilegiar la seguridad nacional por sobre la libertad individual y sobre esta premisa, se incorporó al país en el mundo de la guerra, premuniéndose el gobierno de los inmensos poderes que esta legislación especial radica en el mando militar, que opera sin restricciones en los lugares y ocasiones que determina, y bajo este prisma los bandos autorizaron dar muerte en el acto a quienes atacaran u opusieren resistencia a las autoridades de facto. Por otra parte, sin perjuicio de hacer funcionar los tribunales militares en tiempo de guerra, con procedimientos muy concentrados en que los derechos de la defensa quedaron fuertemente disminuidos, la ficción de la guerra trajo aparejada la inmediata vigencia de tipos penales con muy elevadas sanciones y su aplicación a los ciudadanos que el régimen militar consideró sus adversarios, fijó arbitrariamente la fecha de las ¿hostilidades? y castigó así indiscriminadamente por actos anteriores a quienes reputó ¿enemigos internos?. Y no sólo eso, porque en la discusión del artículo 86 del proyecto del Acta Constitucional de 1978,

en su tenor primitivo, que sustrae a los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia correccional de esta Corte Suprema, los comisionados señores Ortúzar (presidente) y Lorca y la señora Bulnes concuerdan en que la idea de la guerra ha cambiado. Antiguamente era un enfrentamiento entre dos Estados, de dos ejércitos. En la actualidad la noción es fundamentalmente diversa, porque nadie podrá decir que no existe guerra con la piratería aérea, que puede ser más peligrosa que dos ejércitos luchando fuera de los centros urbanos. Y si se le diera el tratamiento de cualquier delito ocurrido en tiempo de paz, tal vez se dejaría sin el debido resguardo a principios como los de la seguridad y la defensa nacionales, los que, evidentemente, también han variado en su conceptualización. Y agrega el presidente que estos graves delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado tienen su origen, en realidad, en un enemigo externo que está dentro de la casa (sesión N° 333, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete, divulgada en el opúsculo del Colegio de Abogados de Chile, imprenta Montegrande S. A., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa, páginas 175 y 176).

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

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

Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra? (fundamento 2°). Manifiesta su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician ?en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe?, que abarca a los prisioneros civiles (artículo 86, inciso segundo, del Código de Justicia Militar).

La peculiaridad de la oportunidad descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales espacialísimos que en tales circunstancias surgen y a proclamar la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Corroboró la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre dentro de la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras sentencias, las que cita Enrique López B.: ?Jurisprudencia Constitucional. 1950 ? 1979?, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pág.182; y aquellas pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 ? 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 ? 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

Y todavía el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

4°).- Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objetivo únicamente jurisdiccional

destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la coyuntura de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando `de hecho ella existiere?. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho?. Luego continúa que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está `frente al enemigo?, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan `emprendido los servicios de seguridad? en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho `enemigo?, a estar al `frente del enemigo? implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?.

"Por lo tanto, la existencia de un `enemigo interno? es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido ("Plan Lanceta?", "Plan Ariete?", "Plan Cobra?", aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan

antisubversivo ?Lautaro?, ?Plan Trueno?, etcétera). Y es más, el mismo `enemigo? habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), `Vanguardia Organizada del Pueblo? (VOP), `Brigada Ramona Parra?, `Brigada Elmo Catalán?, `Frente de Trabajadores Revolucionarios? (FTR) y `Movimiento Obrero Campesino? (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del `enemigo interno? señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...?.

?Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile? (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: ?Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra?, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 ? 73) concluyó que ?... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos ?para tal calificación- por el artículo 418 de

¿El Código de Justicia Militar? (Colegio de Abogados de Chile: ¿La Justicia Militar en Chile?. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

5°).- Que, por lo demás, las autoridades a la sazón reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno, General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta (¿Antecedentes Históricos ¿ Jurídicos: años 1972 ¿ 1973?, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: ¿sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso?. ¿Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados?. ¿Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos?.

En definitiva, razona que en cuanto a la ¿Legalidad el estado de guerra?, ¿la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su

presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe?.

Por su parte, la Armada de Chile en su respectiva réplica al indicado Informe, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, asegura en su acápite C "Estado de guerra interna y tribunales en tiempo de guerra" que la promulgación del Decreto Ley N° 5 se hizo indispensable desde que: "la acción de los grupos subversivos y terroristas organizados en cuadros paramilitares y dotados de armamentos y explosivos, gran cantidad de los cuales eran de origen extranjero, continuaban su acción sediciosa y antinacional en todo el país, especial gravedad tenía el hecho público y notorio, que la subversión contaba en su lucha revolucionaria con el debido apoyo de potencias extranjeras, lo que le daba, además, las características de un ataque foráneo a la integridad de nuestra patria y de sus instituciones fundamentales?". Para luego explicar que "la guerra en general, de acuerdo con las definiciones usuales, es la desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más naciones; es la lucha armada entre dos o más Estados o entre bandos de una misma nación. Cuando grupos paramilitares organizados, aplican la violencia armada como instrumento de acción política para alcanzar el poder, se configura una situación de guerra interna, de naturaleza irregular. El caso de Chile, en los años que siguieron al pronunciamiento del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, constituyó un ejemplo típico de un estado de guerra interna, en el que la Junta de Gobierno estaba permanentemente enfrentada a la enconada acción revolucionaria de grupos violentistas organizados, cuyo objetivo final era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la l

ibertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad?". Concluye que "En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo

acreditan?.

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

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

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

7°).- Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el

Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra, dado que ¿por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común?. Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse. Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3º en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infringir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no esta subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de r espetarse.

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

8°).- Que, por lo demás, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la aludida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible después de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración e imprescriptibilidad respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regula las conflagraciones bélicas en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctimas de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

9°).- Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, torna competentes los tribunales militares en tiempo de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones

excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una alteración de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son ¿tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas? (Renato Astrosa Herrera: ¿Código de Justicia Militar Comentado?, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

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

10°).- Que en tales condiciones este preveniente sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

11°).- Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al

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

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de perpetrar, 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 providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellas, el homicidio

intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

12°).- Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedan vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renuncia a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, tiene particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

Que, como consecuencia de lo que se ha venido diciendo, atendido el contexto en que se desarrollaron los hechos en que tuvo directa participación el acusado Pedro Pablo Arancibia Solar, la sanción de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo impuesta por el veredicto de primer grado, sin perjuicio de la recalificación jurídica de los hechos efectuada en la presente sentencia, y que resulta de rebajar este previniente sólo en un grado la pena, aparece proporcional y adecuada a las circunstancias de comisión del delito por el que en definitiva fuera condenado.

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

Regístrese y devuélvase con sus tomos y agregados.

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

Rol N° 5.219-10.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de julio de 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.