

Santiago, cinco de octubre de dos mil once.

Vistos:

En este expediente rol N° 113.051 del Primer Juzgado del Crimen de Temuco, por sentencia de primera instancia pronunciada el treinta de septiembre de dos mil nueve, escrita a fs. 1559 y siguientes, se condenó entre otros, a Jorge Nibaldo del Río del Río como autor de los delitos de detención ilegal de Pedro Segundo Carrillo González, Augusto Leal Ruiz, José Dagoberto Iturra Bastías y Germán Bustos Bravo, previstos y sancionados en el artículo 148 inciso 1° del Código Penal de la época, perpetrados en septiembre de 1973 en Carahue, a cuatro penas de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y a la suspensión de su empleo público por igual periodo. También se condenó, en lo que interesa a la sentencia de esta Corte, a Orlando Moreno Vásquez, como autor del delito de detención ilegal de Pedro Eugenio Escalona Ferrer, previsto y sancionado en el artículo 148 inciso segundo del código penal de la época, perpetrado en mayo de 1974 en Temuco, a la pena de doscientos días de reclusión menor en su grado mínimo y a la suspensión de empleo público por dos años y un día. A éste último se concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena por un año. La acción civil intentada contra el Fisco de Chile, se rechazó, sin costas.

La referida sentencia fue apelada por la defensa de Moreno y también por la de Nibaldo del Río y más tarde, adhirieron a ella, el Fisco de Chile y el querellante Ramón Ríos, respecto de cuya agresión, ningún acusado resultó condenado.

Una sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo de los recursos deducidos, modificó la tipificación asignada a los hechos que

se tuvieron por establecidos, sin modificarlos, resolviendo que se trata del injusto de apremios ilegítimos que sancionaba el artículo 150 N° 1 del Código Penal, razón por la cual, confirmó la sentencia en alzada, declarando que Jorge Nibaldo del Río quedaba condenado a cuatro penas de cien días de presidio menor en su grado mínimo, cada una, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público por el mismo tiempo; en tanto que Orlando Moreno resultó sancionado con una pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo y la misma accesoria antes mencionada.

Se confirmó en lo demás, la señalada sentencia.

Contra este último fallo, la defensa de Jorge Nibaldo del Río dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo y, la de Orlando Moreno, interpuso sólo recurso de casación en el fondo, en tanto, el representante del Fisco impugnó por la vía de la nulidad formal. Esos recursos se trajeron en relación a fs. 1830.

CONSIDERANDO:

I.- Recursos del acusado Nibaldo del Río.

PRIMERO: Que por el recurso de casación en la forma que ha interpuesto la defensa del acusado del Río, se ha denunciado la infracción a que se refiere la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, protestando el compareciente que se han infringido los numerales cuatro y cinco del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce esa parte que, en su recurso de apelación, alegó que concurrían en beneficio de su representado, tres circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal: la del artículo 11 N° 6 del Código Penal y las de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar. Sostiene que en la sentencia de segunda instancia, nada se dijo sobre su petición y tampoco sobre la minorante especial del artículo 103 del Código Penal, que habría alegado en estrados.

Agrega que se infringe el artículo 160 inciso 2º del Código Orgánico de Tribunales, porque los jueces se limitaron a confirmar el rechazo de la atenuante de la irreprochable conducta anterior, pero no señalan las razones para ello.

SEGUNDO: Que la defensa de Jorge del Río también dedujo recurso de casación en el fondo, lo que hizo al asilo de la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegando que se consideró que no concurrían atenuantes de responsabilidad penal, en circunstancias que beneficiarían a su representado tres de aquéllas, que por error de derecho no fueron consideradas. Se refiere a los artículos 11 N° 6 del Código Penal, 214 del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal.

En lo que atañe al artículo 11 N° 6 del Código Penal, fundamenta su reclamo en el hecho que el Juez consideró que el acusado registraba anotaciones previas, pero ellas dicen relación con una causa tramitada en forma paralela a ésta y que corresponde a un accidente de tránsito ocurrido nueve años después, rol N° 113.051-2006. Recuerda aquí la norma del artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, que ordena a los jueces que, en el fallo, al apreciar las modificatorias de responsabilidad, no consideren las sentencias previas recaídas en hechos que habrían podido juzgarse en un mismo procedimiento.

Luego, en cuanto al artículo 214 del Código de Justicia Militar, sostiene que, aunque en el caso concreto faltó la representación de la orden al superior, en concepto del recurrente -en su calidad de teniente- no tenía más opción que cumplir con lo que le ordenaba un Mayor.

Finalmente, respecto de la disposición del artículo 103 del Código Penal, aduce citando al profesor Jaime Náquira- que es una institución diversa de la prescripción de la acción penal y avala su pretensión en jurisprudencia de esta misma Sala Penal.

Termina aseverando que el error cometido al desechar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, ha significado la imposición de una pena mayor a la que le corresponde.

TERCERO: Que como cuestión previa, es preciso advertir que el recurrente de casación Nibaldo del Río, denuncia como infringidas unas mismas disposiciones a través de su recurso de invalidación formal y luego, nuevamente, en su recurso de casación en el fondo, lo que resulta del todo incoherente, puesto que, o bien acepta que hubo

pronunciamiento y aquél se hizo con infracción de ley, o por el contrario, no hubo pronunciamiento alguno. De la forma en que se presentan sus recursos, se advierte desde luego una especie de petición subsidiaria que es contraria a todo recurso de derecho estricto y carácter extraordinario, como lo es, precisamente, el de casación.

Con todo, y por una cuestión de orden, sus pretensiones se revisarán en forma simultánea.

CUARTO: Que en lo que atañe a la modificatoria de responsabilidad del artículo 11 N° 6 del Código Penal, que fuera solicitada por la defensa del acusado Nibaldo del Río, fue rechazada en el motivo cuadragésimo primero de la sentencia de primera instancia ??ya que del extracto de filiación y antecedentes de fs. 936, consta que ha sido condenado anteriormente??.

Al respecto, en el extracto de filiación referido, aparece que del Río fue condenado en enero de 1984 por un cuasidelito de lesiones graves, hecho efectivamente ocurrido en fecha posterior a la de los hechos investigados en estos antecedentes. Sin embargo, aparece también de ese prontuario, que registra otro procesamiento como autor del delito de secuestro calificado y de homicidio calificado, con el rol N° 45.306-2005 del Juzgado de Lautaro, por un hecho verificado un mes antes de aquél en que se cometieron los injustos investigados en estos antecedentes.

QUINTO: Que si bien ocurre entonces, que el fundamento entregado por los jueces del fondo para rechazar la circunstancia atenuante solicitada aparece como muy lacónico, lo cierto es que a la fecha en que se pronunció la sentencia de primera instancia, ya había recaído sentencia de primer grado también en dichos antecedentes, en los que también se había condenado al referido del Río como autor del homicidio calificado de dos personas.

SEXTO: Que aún cuando en esos otros antecedentes, los signados con el rol N° 45.306-2005 del Juzgado de Lautaro, no había recaído sentencia de término que habilitara al juez para concluir que había sido efectivamente condenado, ello no obsta a que decidiera no reconocer

la modificatoria de

responsabilidad, desde la óptica de considerar que su conducta no podía ser estimada como intachable y en ese sentido, aún cuando el motivo dado para descartar la modificatoria en estudio fuera erróneo, de su rechazo se sigue que cambiar la motivación para ello carecía absolutamente de influencia en la resolución del asunto, mismo efecto que se extiende a la alegación que se ha hecho de esta cuestión, tanto por la vía de la casación en la forma, como de la casación en el fondo. Careciendo de influencia la protesta que se ha alzado, no es procedente acceder a la invalidación que se reclama.

SÉPTIMO: Que la misma suerte ha de seguir la denuncia que hace respecto de la falta de pronunciamiento de la atenuante especial de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, que en el caso ha ventilado a través de la casación de forma, porque se omitió pronunciamiento sobre aquélla; y de la casación en el fondo, porque no se consideró su concurrencia, lo que habría tenido influencia en la entidad de la pena impuesta.

Ocorre, sin embargo, que como se lee del motivo vigésimo de la sentencia de primera instancia, el acusado Nibaldo del Río, negó rotundamente su intervención en los hechos ilícitos por los que resultó condenado, de modo que su participación hubo de tenerse por comprobada con el mérito de otros elementos, que se analizan en el razonamiento vigésimo primero, de modo que no es posible prestar acogida a la atenuante de que se trata ya que al negar el hecho, no ha esgrimido haber recibido la orden de un superior, al que tampoco identifica, ni a quien dice haber cumplido con representar la orden. Este asunto ya ha sido conocido anteriormente por esta Corte y así ha sido resuelto: ??En lo que se refiere a la contenida en el artículo 211 en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar, alegada por ambas defensas, siendo negada por uno de los enjuiciados? toda participación en los hechos por los que resulta ser responsable, aparece absurdo y contradictorio sostener la procedencia de haber actuado en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico,? precisamente por no encontrarse determinado

fehacientemente aquello, lo que impide siquiera estudiar su veracidad, por lo que será rechazada respecto de ambos?. (Rol N° 7827-08). ¿Que con respecto a las eximentes de responsabilidad penal contenidas en los artículos? 214 del Código de Justicia Militar,? por haber actuado en cumplimiento de un deber ordenado por sus superiores, procede desestimarlas, atendida la circunstancia de que ambos niegan toda participación en los hechos punibles imputados. Pese a lo expresado en las contestaciones, ninguno de los acusados ha insinuado siquiera, ni menos demostrado en el proceso, que incurrió en las conductas que se les atribuyen con el fin de dar cumplimiento a un mandato recibido a través de un superior jerárquico -cuya identidad no proporcionan- quien ha impartido una orden lícita, ni que hayan cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, entendiendo por tal, al tenor del artículo 421 del Código de Justicia Militar, aquélla que tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas?. (Rol N° 2596-09). ¿Que a propósito de la atenuante prevista en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, para su admisión es requisito indispensable la existencia de un mandato impartido como orden del servicio. Sin embargo, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, la orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado, no puede calificarse como `del servicio?, que es aquella llamada a ejecutar un `acto de servicio?, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). Por lo demás en el proceso no existen indicios de haberse representado al superior tal instrucción, por lo que no es posible su reconocimiento en los términos que ha sido invocada, máxime si, en los hechos?, los restantes enjuiciados han negado toda intervención, de manera que no concurren los presupuestos exigidos por la aludida disposición, lo que conduce necesariamente a su rechazo.? (Rol N° 1369-09).

OCTAVO: Que corresponde desechar, en consecuencia, la solicitud de

la defensa de acoger a favor del acusado Del Río la atenuante especial del artículo 211 en relación al artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar, lo que conlleva el rechazo del recurso de casación en la forma en esta parte, por carecer de influencia en la decisión, y al rechazo del recurso de casación en el fondo sobre el mismo tópico, por no existir yerro de derecho, sin perjuicio de carecer de trascendencia, como ya se ha anotado.

NOVENO: Que, finalmente, en lo que atañe a la disposición del artículo 103 del Código Penal, que contempla la denominada media prescripción o prescripción gradual, valga anotar como cuestión previa, que tal solicitud no se sometió a la consideración del juez de primera instancia y sólo vino a formularse en la apelación.

Si bien no puede advertirse claramente el pronunciamiento, lo cierto es que, en la cuarta página de la sentencia de alzada, en el desarrollo del fundamento 3), cuando se describe la recalificación que se hace del ilícito de que se trata, los ministros declararon que ??El Derecho Penal no tiene fundamento jurídico ni ético para aceptar cualquiera modificación o prescripción, que derogue o haga desaparecer un delito??.

Sin embargo, como ya se anticipó, dado que el recurrente no sólo protestó por la supuesta falta de pronunciamiento de esa petición, sino que formalizó derechamente recurso de casación en el fondo, por considerar erróneo el hecho de no haberse acogido esa especial circunstancia modificatoria de responsabilidad, en circunstancias que, sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que si bien el artículo 103 del catálogo de castigos impone al juez considerar el hecho revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, a renglón seguido manda aplicar los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, los que en ningún caso se han mencionado siquiera como infringidos y que corresponden a disposiciones que confieren a los sentenciadores prerrogativas de merma de la sanción en las hipótesis que indica, y que como tales, no resultan revisables en sede extraordinaria de casación.

Esa circunstancia, sumada al hecho que aunque defectuoso, el

pronunciamiento existe, desde que se asiló en el mismo hecho que era improcedente la prescripción total de la acción penal, hacen inaceptable el recurso deducido.

II.- Recurso del acusado Orlando Moreno.

DÉCIMO: Que por el recurso impetrado por la defensa del condenado Orlando Moreno, se invocó la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, aceptando como verdaderos los hechos que se han declarado probados, alega la existencia de error de derecho al desechar la excepción de prescripción de la acción penal, denunciando como infringidos los artículos 93 N° 6, 94 y 95 y 101 y 102 del Código Penal.

Aduce el representante del acusado, que las normas citadas ordenan declarar prescrita la acción penal cuando ha transcurrido determinado lapso de tiempo con ciertos otros requisitos que en el caso concreto se cumplen, sin que sea procedente la aplicación de normas de carácter internacional que modifiquen el derecho interno.

En efecto, en su opinión, no serían procedentes los Convenios de Ginebra porque no existió estado de guerra interna en el país en la época de ocurrencia de los hechos, desde que el D.L. N° 3 y el posterior N° 5, ambos de septiembre de 1973, sólo se referían al estado de sitio y que se entendió estado de guerra sólo para efectos de la aplicación del artículo 418 del Código de Justicia Militar.

UNDÉCIMO: Que, como esta Corte ya lo ha resuelto reiteradamente y tal como acertadamente lo decidieron los

jueces del fondo, la procedencia de los Convenios de Ginebra y de otras disposiciones de carácter internacional, se produjo precisamente por el estado de guerra interna en que se encontraba el país, porque ¿más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada época, 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 reprimiendo

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 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 habilitar a los Tribunales Militares al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político.

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 los que reputó ¿enemigos internos?. (Rol N° 6823-09 de veinticinco de agosto dos mil once).

Corroborando la situación de guerra, el hecho que se pronunciara poco después, ¿¿el Decreto Ley N° 13, 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)?.

En lo que dice relación con la protesta del recurrente, en cuanto a que la declaración de estado de guerra tenía que ver exclusivamente con una cuestión práctica, de dar aplicación a los tribunales militares, como también ha tenido oportunidad esta Corte de señalar ??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 entie

nde 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).

DUODÉCIMO: Que, comprobada la existencia del estado de guerra, la aplicación de 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, es obligatoria, 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.

DÉCIMO TERCERO: 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, quedando vedados los recaudos tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas a lograr la impunidad de sus autores.

Asimismo, en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

DÉCIMO CUARTO: Que, como se advierte, no se ha incurrido en error de derecho alguno por los jueces del fondo al decidir la existencia del estado de guerra y la consecuente aplicación de la normativa internacional que impone el rechazo de la excepción de prescripción de la acción penal, lo que conduce también al rechazo del recurso formalizado por la defensa de Orlando Moreno.

DÉCIMO QUINTO: Que, sin perjuicio de lo que ya se ha señalado sobre el estado de guerra y sólo a mayor abundamiento, es posible agregar aún que 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 Núremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; convienen lo siguiente:

Artículo I: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 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 Núremberg, 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?. 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.

DÉCIMO SEXTO: Que tampoco puede prescindirse de la circunstancia

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.

Es así que la Carta de las 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).

III.- Recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el representante del Fisco de Chile ha deducido recurso de casación en la forma, asilado en la causal sexta del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal manifiestamente incompetente, puesto que en su opinión, se incurrió en una errónea interpreta

ción del artículo 10 de ese mismo cuerpo de leyes. Explica que el juez del crimen no puede pronunciarse cuando las acciones civiles provienen de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad, lo que ocurre en la especie, donde se imputa responsabilidad civil al Fisco sobre la base de lo dispuesto en los artículos 4 y 42 de la ley 18.575 que señala la responsabilidad directa del estado por falta de servicio y que es de carácter autónoma, en relación a la teoría civilista de la responsabilidad extracontractual.

Para apoyar su versión, cita abundante jurisprudencia de esta Corte y aduce que la infracción sólo puede remediarse con la invalidación del fallo para garantizar un debido juzgamiento por tribunal competente.

DÉCIMO OCTAVO: Que previo a la revisión del fondo de la cuestión que reclama el representante del Estado, es preciso analizar si cumple con las exigencias mínimas necesarias de todo recurrente, desde que puede impugnar una resolución, quien no tiene la calidad de agraviado por ella.

En el caso concreto, la demanda deducida en autos, lo fue en representación de la víctima y querellante Ramón Ríos Salgado y se dirigió contra los acusados Hernán Quiroz Barra, Carlos Luco Astroza, Isaías Rubilar Alarcón y Orlando Moreno Vásquez, por su propio actuar y contra el Fisco como tercero civilmente responsable.

En la sentencia de primera instancia, se absolvió a Hernán Quiroz Barra, a Carlos Luco Astroza y a Orlando Moreno Vásquez de la acusación que se les había formulado de ser autores de delito contra el referido querellante, sin que aparezca como condenado, Isaías Rubilar Alarcón, quien falleció y se sobreseyó el procedimiento a su respecto a fs. 1558.

A consecuencia de esa decisión y dado que el fundamento de la acción civil, era la comisión de un delito por parte de los demandados civiles, la que no se estableció, se desechó la demanda respecto de ellos. Asimismo, y como natural corolario de lo anterior, dado que los mencionados no eran los partícipes del hecho, se descartó la demanda contra el tercero civilmente responsable, el Fisco.

Esa decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco.

DÉCIMO NOVENO: Que en el escenario descrito, la competencia o incompetencia del juez del crimen para resolver, no llegó siquiera a plantearse, puesto que antes de ello era necesario determinar si efectivamente los demandados civiles, en su calidad de agentes del Estado habían cometido o no el delito que se les atribuyó y, como ya se adelantó, los jueces del fondo dieron por establecido que ello no ocurrió, por lo que rechazaron los cargos formulados contra ellos, absolviéndolos, sin perjuicio del fallecido; de modo que no hubo declaración alguna del juez que constituyera el perjuicio que se pretende reparar con la invalidación del fallo. El juez del crimen no ha emitido ningún pronunciamiento respecto del que carezca de competencia. Se limitó a desechar una demanda por falta de vínculo causal entre la existencia de un delito y el sujeto imputado, lo que se encuentra en la esfera de sus atribuciones.

VIGÉSIMO: Que por las razones esgrimidas, ante la evidencia que el Fisco carece de la calidad de agraviado en este proceso, y sin perjuicio que, como ya se vio, no es efectivo el fundamento de la causal esgrimida, se rechazará el recurso formalizado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 541, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 767 y demás pertinentes del Código de Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducido por el abogado Sr. Cristián Gotschlich Neumann a fs. 1785, en representación del acusado Jorge Nibaldo del Río; el recurso de casación en el fondo formalizado a fs. 1795 por el abogado Sr. Manuel Morales Henríquez, en representación del condenado Orlando Moreno Vásquez, y el recurso de casación en la forma deducido a fs. 1809 por don Oscar Exss Krugmann por el Fisco de Chile, contra la sentencia de veinticinco de junio de dos mil diez, escrita a fs. 1778 y siguientes, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández Emparanza.

Rol N° 5898-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Roberto Jacob Ch. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de octubre 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.

.

