

Santiago, a veintisiete de diciembre de dos mil siete.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, y lo resuelto en el fallo que precede, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que la querellante y demandante civil, asistida por el abogado Alberto Espinoza Pino, en lo principal del libelo de fojas 498 a 507, ha formulado recurso de casación en la forma contra el fallo de primer grado, asilado en el ordinal 9° del artículo 541 del Código de Instrucción Penal, en concordancia con el artículo 500°, N° 7°, de la misma compilación jurídica pues, en su criterio, se extendió con quebrantamiento de ley al desatender dicho texto legal que impone al sentenciador el pronunciamiento de la resolución de condena o absolución a cada uno de los procesados, por cada uno de los delitos perseguidos, imperativo que no se cumple al proceder al sobreseimiento definitivo del acusado.

Segundo: Que respecto de este arbitrio, cabe tener en cuenta que la recurrente no explica qué fracción de aquella resolución habría producido la transgresión a la norma que dice vulnerada, ni la influencia sustancial que en lo dispositivo del fallo ello acarreó, deficiencias en su formalización que conducen necesariamente a su denegación.

En cuanto al recurso de apelación:

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus motivos tercero, noveno, undécimo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, vigésimo sexto, vigésimo séptimo y vigésimo

octavo y de las referencias a los artículos 408, N° 5°, 434 y 441 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que se eliminan.

Del dictamen inválido de la Corte de Apelaciones de Santiago, se mantienen sus reflexiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, décimo tercera y décimo cuarta. Y teniendo, en su lugar y además, presente:

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

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

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

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

Cuarto: Que en la interpretación de la mencionada prohibición de autoexoneración, y ante la magnitud de las violaciones de que se trata, no puede perderse de vista la función de prevención general que cumple la pena, en cuanto exige que la amenaza contenida en la norma se haga efectiva en cualquier momento en que la persecución de los responsables sea posible, aún en los casos en que la prevención especial parezca satisfecha con el transcurso del tiempo. Así, por una parte se refuerza el respeto de los valores fundamentales

de la convivencia pacífica de la sociedad, y por otra se disuade a quienes se inclinan a incurrir en hechos semejantes.

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

Sexto: Que, por consiguiente, el DL N° 2.191, sobre Ley de Amnistía, en una interpretación conforme con los Convenios de Ginebra, no puede ser aplicado a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en aquel derecho convencional internacional perpetradas en nuestro país durante su vigencia.

Séptimo: Que esta Corte antes ya ha sostenido que la prohibición de autoexoneración que emana de los Convenios de Ginebra, no sólo alcanza aquellas situaciones en que los detentadores del poder, aprovechando las ventajas que su situación les ofrece, otorgan extinciones de responsabilidad como amnistías autoconcedidas, sino que incluye también la suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, toda vez que la misma aparece concebida para operar en un estado de paz social, y no en situaciones de atropello de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se funda, y menos en beneficio de aquellos que precisamente provocaron ese quebrantamiento, en términos que los hechos punibles establecidos en autos resultan imprescriptibles.

Octavo: Que por haberse cometido el delito en el ámbito de violaciones a los derechos humanos, graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado que pretendían excluir, hostigar, perseguir o exterminar a quienes fueran contrarios al régimen instaurado el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de ?lesa humanidad?, calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o ius cogens , que - tal como ha sido declarado en anteriores fallos - tiene prevalencia sobre la legislación nacional. Las reglas del ius cogens son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o métodos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en un modelo legal no cambian su naturaleza jurídica.

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

Noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar -en lo que atañe a la prescripción alegada- que el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2391 adoptó la ?Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad?, en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que tenía vigencia al tiempo de la ejecución de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde

que su fuerza emana de su carácter consuetudinario.

Décimo: Que, sin embargo, a pesar de lo razonado, 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 prescripción gradual o incompleta, que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad consagrada en el artículo 103 del Código del ramo. Desde luego, no existe ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho punitivo. Así, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no existe razón que impida considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, en cambio, la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo en conclusión sólo en el quantum de la sanción.

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

ubica en ?el día en que se hubiere cometido el delito?.

Duodécimo: Que, tratándose en la especie de injustos de homicidios calificados, el período de prescripción de la acción penal es de quince años. Dicho término se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente realiza nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle continúa la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

Décimo tercero: Que, en evento sub lite, los hechos delictuosos acontecieron el doce de octubre de mil novecientos setenta y tres, época en que comienza el cómputo del lapso de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, la investigación de los hechos se inició el cinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, resultando la causa sobreseída temporalmente el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco y archivada el veintidós de noviembre de ese mismo año, quedando su tramitación paralizada hasta la presentación de veinticinco de abril de dos mil, que corre de fojas 1 a 5, reactivándose la investigación hasta llegar a la etapa actual.

Décimo cuarto: Que como corolario de lo relacionado anteladamente, el sentenciado Barría Igor se encuentra beneficiado con la causal de mitigación de la pena que contempla el artículo 103 del Código Penal.

Décimo quinto: Que para los efectos de regular la pena, ha de considerarse que resulta más beneficioso imponer el castigo de acuerdo con el sistema contemplado en el artículo 509 del Código Adjetivo Penal, de suerte que, concurriendo a favor del convicto la situación aludida en la consideración anterior, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 68 del Estatuto sancionatorio, se rebajará dicho castigo en un tramo a partir del mínimo fijado por la ley, quedando así en presidio mayor en su grado mínimo. Enseguida, se aumentará en otro, en virtud de la reiteración y así se obtiene la pena de presidio mayor en su grado medio a determinar en definitiva.

Décimo sexto: Que es así como este tribunal se ha hecho cargo de todas las alegaciones formuladas por la defensa del encartado en sus descargos de fojas 420 a 431.

Décimo séptimo: Que por las reflexiones precedentes esta Corte no comparte el parecer del señor Fiscal Judicial, expuesto en su informe de fojas 511 y 512, quien estuvo por confirmar el fallo sin modificaciones.

En lo civil:

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

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

Vigésimo: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Instrucción Penal -también modificado por la Ley Nº 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo aquél la inclusión de la acción civil en sede penal, éste precisa en con

tra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, pero 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 interponerla 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 de su homónimo Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra 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?

Vigésimo primero: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

Vigésimo segundo: Que, en tal escenario, las pretensiones civiles presentadas en sede penal en los libelos de fojas 268 a 271, por Ismael Rodríguez Arancibia, Patricio Moreno Mena, Pedro Verdejo Contreras y Luis Germán Bastías Leiva, y de fojas 273 a 276, por la víctima de los hechos Luis Abraham González Plaza, se dirigen únicamente en contra del Estado de Chile, argumentando que fueron agentes al servicio de ese Estado los que infirieron el daño cuya compensación impetran, afirmando que los actos ilícitos fueron realizados por un funcionario público miembro de Carabineros del Chile, en calidad de partícipe directo, demandando así la responsabilidad extracontractual del Estado, citando, en resumen, como bases de tal responsabilidad los artículos 1º, 6º y 7º de la

Constitución Política de la República y 10 y 428 del Código procedimental del crimen.

Vigésimo tercero: Que, en el contorno reseñado, los supuestos fácticos de la acción intentada 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 impone comprobar que la causa del deterioro 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.

Vigésimo cuarto: Que conviene aclarar, además, tal como ha sido sostenido por esta Corte, que ¿la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y políti

ca de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho.? A lo anterior se ha añadido, ¿que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad? (Corte Suprema Rol N° 428-03.-).

Vigésimo quinto: Que, de acuerdo con lo anterior, procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de los escritos de fojas 322 a 345 y 384 a 404, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas del Fisco formuladas en sus contestaciones.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, 24, 26, 28, 47, 68, 69 y 76 del Código Penal y 186 y 227 del de Procedimiento Civil, SE DECLARA que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación en forma instaurado por el abogado Alberto Espinoza Pino en lo principal de su presentación de fojas 498 a 507, en contra de la resolución de cuatro de agosto de dos mil tres, escrita de fojas 452 a 489.

II- SE REVOCA la misma decisión en alzada, en cuanto por su resuelto criminal emitió sobreseimiento definitivo por encontrarse prescrita la acción penal dirigida en contra de Rubén Osvaldo Barría Igor y, en su lugar, SE CONDENA al mencionado Barría Igor a sufrir diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad de autor de los delitos de homicidios calificados reiterados cometidos en las personas de Leonidas Isabel Díaz Díaz, Jaime Max Bastías Martínez, Alfredo Andrés Moreno Mena, Luis Miguel Rodríguez Arancibia, Luis Alberto Verdejo Contreras y Luis Suazo Suazo y del delito de homicidio calificado, en grado frustrado, en la persona de Luis Abraham González Plaza.

Por no concurrir ninguno de los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, el sentenciado deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, para lo cual le servirán de abono los doscientos ochenta y nueve días que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, esto es, entre los cinco a doce de abril de mil novecientos noventa y uno, según consta de fojas 142 y 152 vuelta de los autos acumulados; los días veintinueve y treinta de noviembre de mil novecientos noventa y tres, según aparece de fojas 340 y 342 vuelta de esos mismos antecedentes; y, por último, entre el treinta de octubre de dos mil dos y el cinco de agosto de dos mil tres, como se observa a fojas 99 y 496 de este expediente.

III- En lo civil, SE CONFIRMA la decisión apelada con declaración que se acoge la excepción de incompetencia absoluta deducida tanto de

fojas 322 a 344 como de fojas 384 a 404 por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de Fisco de Chile y, por ello, este tribunal se abstiene de pronunciarse en esta sede sobre las demandas promovidas en el primer otrosí de los escritos de fojas 268 y 273.

Acordada la decisión penal con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros quienes, compartiendo los fundamentos quinto y sexto de la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Santiago, estuvieron por absolver al acusado Rubén Osvaldo Barría Igor de los cargos que le fueran formulados, por encontrarse prescrita la acción penal que emana de los delitos de homicidio indagados en estos autos, teniendo para ello en consideración que:

1.- Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 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 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

2.- El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario d el 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 3º de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas

enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

3.- A su vez, Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que *“para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado*

determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fue

zas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...?

4.- 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. Nº 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º Nº 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el Nº 2 del aludido artículo 1º del Protocolo II 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.

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

6.- Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta

Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

7.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad 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. Para dictar el mencionado Decreto Ley se tuvo en consideración que: (a) en el país existía una situación de conmoción interna; (b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y (c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia 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, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 12 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían 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 en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

8.- Que el D. L. N° 5, de 1973, ya citado, es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un "conflicto armado no internacional" el 12 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que constituye un error aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

9.- Que, aún en el evento de estimarse aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por el condenado, 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 Alta Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Alta 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.

10.- Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

11.- Que, en el caso de 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 Nº 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos 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.

12.- Que, 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.

El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile y más aún no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

13.- Que, en todo caso, la prescripción es una institución amplia y de común aplicación 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.

14.- Que, 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, así como 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 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 o

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 provocar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

15.- Que, por tratarse de la imputación de sendos delitos de homicidios calificados, cuya sanción es de presidio mayor en sus grados medio a perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

16.- Que aunque consta de estos antecedentes que el curso de la prescripción de la acción penal se interrumpió con motivo de la investigación iniciada en mayo de 1988, dicho procedimiento se paralizó como consecuencia del sobreseimiento de diecinueve de enero de 1995, archivándose estos autos el veintidós de noviembre del indicado año; inactividad que se prolongó por más de tres años, reanudándose los procesos cuando el término referido se había completado.

17.- Que, en efecto, según dispone el artículo 96 del Código Penal, el término de prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, cuyo es el caso en examen.

18.- Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre el día en que se cometieron los delitos y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra del condenado de la causa por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad del sentenciado se había extinguido por la prescripción.

Acordada la decisión de la acción civil deducida contra el Fisco de Chile de Chile con el voto en contra de los Ministros señores Chaigneau y Dolmestch, quienes estuvieron por acogerla, por las razones dadas en sus disidencias de la casación de oficio, y compartie

ndo también lo resuelto por el fallo anulado de segunda instancia, fijar su monto en la suma de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.-) para cada uno de los actores Ismael Rodríguez Arancibia, Patricio Moreno Mena, Pedro Verdejo Contreras y Luis Germán Bastías Leiva, y setenta y cinco millones de pesos (\$ 75.000.000.-) para Luis Abraham González Plaza, todo ello con los reajustes que conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor se produzca entre la fecha del fallo y la de su pago efectivo, más intereses corrientes para operaciones reajustables desde que se incurra en mora.

En su oportunidad, dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rodríguez y las disidencias, sus autores.

Rol N° 1489-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña
Carola Herrera Brummer.