

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, quince de marzo de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada con las siguientes modificaciones:

- a).- Se eliminan de los motivos décimo tercero y décimo quinto, la frase contenida en sus párrafos primero y tercero, respectivamente, la que se inicia a partir de la expresión: ??; sin perjuicio de lo cual beneficia?? hasta el punto a parte, en cada caso; y sus párrafos finales en su totalidad.
- b).- Se eliminan los párrafos sexto del considerando décimo quinto; así como el tercero, quinto y final del motivo décimo séptimo.
- c).- Se excluye, asimismo, el fundamento vigésimo cuarto, y
- d).- Se reproducen los fundamentos octavo a décimo de la sentencia de casación que antecede, lo que se extiende a los motivos 8º a 24º de la sentencia anulada que rola a fojas 1004 y siguientes.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y A DEMÁS, PRESENTE:

1º) Que, en lo que dice relación con la situación referida a la participación criminal que en calidad de autor le correspondió al acusado Aguirre Aguirre en los tres delitos de secuestro calificado que fueron materia de la presente investigación, cabe reiterar que tal como lo indica el juez a quo, y sin perjuicio de su negativa a toda intervención en ellos, conforme se aprecia de su declaración que rola a

fojas 369, cuyo contenido se consigna en el motivo séptimo del fallo en alzada, este tribunal comparte cada uno de los elementos inculpativos que se precisan en el fundamento décimo, entre las letras a) y e).

2º) Que, de ellas destacan las imputaciones directas y precisas que efectúan los co-reos de la causa, así Miguel Muñoz Uribe a fojas 327, en donde además de confesar su propia participación, expresó que siendo Instructor de Infantería en el Regimiento Caupolicán de Porvenir, y que una vez recibida la orden emanada del Comandante Reijer (fallecido), fueron a buscar a los detenidos para ser ejecutados, los que fueron entregados por el guardia de turno, para posteriormente ser subidos a una camioneta siendo llevados al sector denominado "San Luis", y luego de media hora de camino, se detuvieron y bajaron, por orden del Teniente Aguirre Aguirre quien los acompañaba. Caminaron por un bosque por unos 50 metros, lugar en donde a los detenidos se les ordenó pararse al frente de ellos, procediendo a efectuar numerosos disparos con sus fusiles SIG, en el caso del declarante en selección de ráfaga, dándoles muerte a los detenidos en forma inmediata, para luego constatar el deceso, procedieron a enterrarlos en las cercanías, regresando al regimiento.

3º) Que, en idéntico sentido, el procesado de fojas 371 (hoy fallecido), Luis Arata Campodónico quine prestó declaración a fojas 329, donde señaló que a la sazón era Sargento 1º, Comandante de la Unidad de Morteros, quien señaló que el Teniente Aguirre Aguirre lo reunió con Ortiz y Muñoz, ordenándoles regresar el día de los hechos a las 23.00 horas, para cumplir una misión especial ordenada por el Coronel Reijer, luego de concluida la reunión, se subieron a una camioneta con los detenidos y que condujo Muñoz o Aguirre, luego de 20 minutos se detuvieron, bajando a los detenidos, lugar en donde Aguirre Aguirre los conminó por última vez a señalar el lugar donde escondían las armas, lo que negaron. Acto seguido Aguirre Aguirre dio la orden de disparar, efectuándolo el declarante tiro a tiro, otro lo tenía a modo de ráfaga, por lo que recibieron varios impactos, dándoles muerte en forma inmediata. Aguirre les ordenó finalmente cavar una fosa y

enterrar los cuerpos.

4º) Que, a su turno, el acusado Ortiz Toledo que lo hace a fojas 324, coincide con los dos anteriores en circunscribir los hechos de la forma en que lo hicieron los dos restantes, narrando la misión que les habría sido encomendada por el Comandante del Regimiento (Reijer), cumpliéndola Arata, Muñoz y Aguirre, en conjunto con los tres detenidos, y que llegado al lugar de destino, el Teniente Aguirre les ordenó bajar a los prisioneros, dando la orden de efectuar los disparos que finalmente les provocaron la muerte, y agrega que todos participaron en ello.

5º) Que, los anteriores cargos fueron mantenidos en las respectivas diligencias de careos realizadas entre Arata y Aguirre de fojas 432, con Muñoz Uribe a fojas 434, y con Ortiz Toledo a fojas 436, en donde sindicando directamente a Aguirre Aguirre como uno de los partícipes en los hechos investigados, interviniendo en la reunión previa con el Comandante del Regimiento Caupolicán Augusto Daniel Reijer Rago (fallecido), para luego proceder a conformar una patrulla con el entonces Sargento 1º Arata Campodónico, el Instructor de infantería Cabo 1º Muñoz Uribe y el Cabo 1º Ortiz Toledo, todos del Ejército de Chile, que los acompañó como superior en todo el desarrollo de la misión, a quienes les ordenó en el sitio del suceso la ejecución de tres detenidos, lo que significó dar muerte a Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández .

6º) Que, los elementos de juicio precedentemente reseñados, sumados a lo expresado en los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto, séptimo, noveno, y décimo del fallo de primer grado, debidamente reproducidos por el presente veredicto, constituyen presunciones graves, precisas, y concordantes, las que apreciadas en forma legal permitieron tener por acreditada la participación que en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, le correspondió al enjuiciado Aguirre Aguirre en los tres delitos de homicidio calificado investigados, toda vez que al tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir

que se evite.

7º) Que, en lo que respecta a los dichos de los testigos presentados por la defensa de Aguirre Aguirre, y que declararon durante el plenario, que son: Jaime Telgie Sadi a fojas 822; Francisco Velásquez Mulatti a fojas 823; Jaime Toledo Montecinos a fojas 824; Patricio Rojas Sáenz a fojas 826; Luis Zúñiga Figueroa a fojas 828; José Soto Silva a fojas 829; Ciro Jofré Niño de Zepeda a fojas 832 y Raúl Rosas Echeñique a fojas 834, aparecen prestados en el mes de noviembre del año 2007, a partir de una lista acompañada al escrito de fojas 784, siendo interrogados al tenor del listado de preguntas que se indican en el mismo escrito, uno de ellos es un funcionario del Banco del Estado de Chile de la ciudad de Punta Arenas y el resto, todos uniformados de la misma rama del acusado Aguirre Aguirre, quienes si bien en síntesis señalan que el acusado se encontraría por diversos motivos en la ciudad de Punta Arenas el día de los hechos, lo cierto es que no explican en primer lugar la tardanza en su comparecencia al tribunal, dado que el sumario se inició en el mes de mayo de 2005, el auto de procesamiento fue dictado en agosto de 2006, y el cierre del sumario se produjo en febrero de 2007; tampoco dan elementos de juicio a partir de los cuales dar credibilidad a lo que por ellos se sostiene, quedando sus declaraciones desprovistas de verosimilitud, al transformarse en meras afirmaciones no contrastables respecto de la presencia de Aguirre Aguirre en Punta Arenas y no en Porvenir el día de los hechos; ni existen antecedentes documentales indubitados que así lo indiquen. Se trata de aseveraciones insuficientes que aparecen, además, contradichas por los testimonios de tres subalternos, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaecieron los ilícitos investigados, reconociendo sus participaciones en calidad de autores en los mismos, y que conforme a la línea jerárquica dependían de Aguirre Aguirre, antecedentes que sumados a los restantes elementos de investigación cumplen con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, tal como ya se expresó en el motivo precedente.

8º) Que, establecida la intervención que en calidad de autores les

correspondió en los tres homicidios calificados de autos a los enjuiciados Muñoz, Ortiz y Aguirre, corresponde hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad alegadas. En lo que se refiere a la contenida en el artículo 211 en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar, alegada a fojas 747 y 769, estando precisamente en discusión de quien se habría recibido la orden de ejecución, si de autoridades superiores -hecho que no se encuentra determinado-; o que hubiera emanando del propio Comandante del Regimiento Augusto Reijer Rago, fallecido el 11 de marzo de 2003, quien no declaró en la presente investigación, ni se tienen pruebas fehacientes de aquello, lo que impide siquiera estudiar su veracidad, por lo que será rechazada.

9º) Que las defensas de los acusados, Ortiz Toledo, Muñoz Uribe y Aguirre Aguirre, por intermedio de sus presentaciones de fojas 731, 747 y 769, respectivamente, solicitaron en forma subsidiaria el reconocimiento -entre otras- de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, consistente en la aplicación gradual de la prescripción, contenida en el artículo 103 del Código Penal.

10º) Que, examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados hasta aquélla en que se interrumpió, el término necesario para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

11º) Que la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la pretensión penal contemplada en el artículo 93 del estatuto punitivo, no trae aparejada, como efecto inherente, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo estatuto.

En efecto, lo que consagra el segundo precepto legal precitado es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias 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, ejercido mediante el castigo del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de delitos que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, la que, en estas circunstancias, queda excluida.

Además, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente y, en caso de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la concreta rebaja que se concederá.

12º) Que concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 103, se dará aplicación a la referida circunstancia atenuante, además por tratarse de una norma de orden público que el juez ha de aplicar aún de oficio y que es claramente favorable al encausado. La forma de determinar la magnitud de la sanción y la incidencia de esta atenuante se hará de la manera que más adelante se precisa, toda vez que la propia disposición que la contiene remite al sentenciador a las reglas generales contenidas, entre otros, en el artículo 68 del Código Penal.

13º) Que para la aplicación definitiva de las sanciones penales han de considerarse las siguientes circunstancias:

a) Que la pena asignada al delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancias primera y cuarta del Código Penal, esto es, la alevosía y premeditación conocida. A la fecha de ocurrencia de los hechos, la sanción era la de presidio mayor

en su grado medio a presidio perpetuo.

b) Que a los acusados Muñoz Uribe, Ortiz Toledo y Aguirre Aguirre les favorece la atenuante de sus irreprochables conductas anteriores, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de sus extractos de filiación y antecedentes de fojas 453, 454 y 493, en los que no registran anotaciones previas. A lo que cabe agregar, además, la minorante reconocida en el fallo del a quo, consistente en la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, respecto de Muñoz y Ortiz.

c) Que el grado de participación establecido en los hechos para los enjuiciados de autos es el de autores del artículo 15 del texto penal, correspondiendo imponer la pena señalada por la ley para el autor del delito consumado de homicidio calificado, tomando como base el presidio mayor en su grado medio.

d) Que, además, les favorece a los tres enjuiciados la circunstancia atenuante calificada de prescripción gradual y, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en dos grados, atendida la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos y en especial la concurrencia de las atenuantes ya señaladas, quedando en definitiva en presidio menor en su grado máximo.

e) Que al ser tres los delitos de homicidio calificado en el que intervinieron de manera directa e inmediata los tres encausados, debe considerarse la reiteración de delitos que contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, imponiendo una sola sanción por los tres ilícitos, siendo tal sistema más favorable que el establecido en el artículo 74 del Código Penal, que ordena imponer tantas penas como delitos se cometieron.

f) Que, al efecto, primeramente, como ya se anticipó se rebajará la pena en dos grados, tomando como base el mínimo legal establecido, esto es, presidio mayor en su grado medio, producto de la minorante del 103 y la de sus restantes atenuantes, según cada caso como quedó establecido en las letras precedentes, situándose en presidio

menor en su grado máximo, y luego, dada la reiteración, subir un grado, quedando en el presidio mayor en su grado mínimo, fijándola en siete años de presidio para cada uno de los enjuiciados.

14º) Que, por otro lado, en lo que respecta a la acción civil intentada en la especie, de que da cuenta el motivo décimo octavo, intentada a favor de Dieter Franz Jesús Baigorri Kuvacic y María Gregoria Hernández Ponce, que se entabló exclusivamente en contra del Fisco de Chile, cuyos fundamentos y peticiones se contienen en el mismo motivo ya señalado, y que el demandado procedió a contestar a fojas 692 y siguientes, en los términos que se detallan en el motivo décimo noveno del veredicto que se revisa, deberá tenerse presente a su respecto las consideraciones que expresan a continuación.

15º) Que, en relación a la acción indemnizatoria por daño moral intentada por los querellantes ya singularizados, hijo y madre del ultimado Carlos Raúl Baigorri Hernández, respectivamente, el Fisco de Chile opuso en primer lugar la excepción de incompetencia, la que fue rechazada por el tribunal de primer grado, por los fundamentos que se indican en el razonamiento vigésimo, los que son compartidos por éstos sentenciadores, a los que cabe agregar, que las acciones ejercidas en ésta sede se fundan en la participación criminal de agentes del Estado, en ilícitos de los cuales fluye la responsabilidad demandada en estos autos.

16º) Que, en cuanto al substrato en que se asienta la responsabilidad civil demandada a título de daño moral, estos sentenciadores tienen en consideración -entre otras- la concurrencia de dos vertientes de jure, cuales lo son, en el orden interno, la normativa contenida en disposiciones de Derecho público, de rango constitucional, procesal penal y propia de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; en tanto que en el orden pertinente al concierto internacional, lo dispuesto por la propia Constitución Política de la República sobre acogimiento

de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como el jus cogens.

17º) Que, así, en lo correspondiente a la acción civil, se tiene presente que la pretensión indemnizatoria -cosubstancial a la sede penal- según lo dispone el artículo 10, del Código de Procedimiento de punición ¿acorde su actual redacción y vigencia- presenta como limitación ¿que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que importa y determina una exigencia que fluye de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

18º) Que, resulta necesario determinar si en la especie, se encuentra acreditada o no la concurrencia de los baremos de causa (delito) y efecto (daño) por un lado, y el puente causal que una ambos extremos, situación que exige y requiere del examen del mérito de autos. Así, el resultado de tal praxis procesal arroja como conclusión que en la especie, todos y cada uno de los requisitos antes singularizados aparecen no tan solo concurrentes, sino que además satisfechos. No escapa a estos sentenciadores -por encontrarse en el centro de la cuestión a resolver- la actuación punible de los hechos -condenados en cuanto agentes del Estado- lo que determinó específicamente sus participaciones como autores en la modalidad de lo que se conoce como ¿dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado?.

19º) Que, la inteligencia del actual artículo 10 del Código adjetivo de punición, acusa el mayor espectro y consecuencia sistemática de jure que cubren hoy en día las acciones civiles en el proceso penal, acorde a la aplicación de los elementos hermenéuticos gramatical y lógico, y en lo pertinente a este último, por consideración de los métodos sistemático, teleológico e histórico, no resultando entonces ajeno, a estos jueces, que la reforma al artículo en cuestión ha importado una ampliación dentro de la cual se ejerce la acción civil en el proceso criminal, excluyendo por cierto, el conocimiento de aquellas acciones

civiles cuyo fin es el perseguir perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

20º) Que, así entonces, la indemnización de la injuria o daño producido por el delito, y por ende su acción procesal para hacerla efectiva alcanzan consecuencia lógica en nuestro Ordenamiento Jurídico, recogiendo para tal conclusión, los elementos ontológicos del fenómeno en cuanto, como se ha observado, delito- causa (acción típica, antijurídica y culpable, así determinado por sentencia) y daño- efecto, todo lo cual queda, en criterio de estos sentenciadores de mayoría, cubierto por las modalidades sistemática y teleológica de interpretación, lo que resulta ajustado y consecuente con el contexto general y específico de nuestro Ordenamiento jurídico en cuanto recoge y consagra la reparación del daño.

21º) Que, en la dirección en examen -y aún cuando se ha señalado expresamente y de manera previa en este mismo fallo- estos jueces no pueden dejar de tener presente -al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria deducida en autos- que se encuentra suficientemente acreditado que los autores, actuando oficialmente en ejercicio de sus funciones, y excediéndose abusivamente de la órbita de sus atribuciones,

ocasionaron, en cuanto agentes del Estado, los perjuicios o daños cuya indemnización se demanda.

22º) Que, la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6º que, "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.". En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575., Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3º que la

Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Cabe observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil.

Así, en conformidad con los referidos hitos y normas de jure sobre responsabilidad del Estado, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita del funcionario o agente del Estado autor de los delitos de secuestro de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes.

23º) Que, así las cosas, todavía cabe considerar la aplicación de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como la normativa internacional en cuanto ius cogens, en el contexto de lo que dispone el artículo 5º., de la Constitución Política de la República, al consagrar que, "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

24º) Que, en consecuencia con lo expuesto, y en relación a lo antes dicho, ha de considerarse que la reparación generada por el maleficio, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la institución jurídica de la responsabilidad, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

25º) Que, la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial -de conformidad a los

Convenios y Tratados celebrados por Chile- que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v.gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de Enero de 1980, la que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado". (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas?; página 231).

26º) Que, en consecuencia, no se acogerán las invocaciones formuladas por el Fisco de Chile, conducentes a eximirse de la responsabilidad civil generada por los delitos aquí establecidos, en razón de los factores antes analizados, y teniendo expresamente en cuenta la normativa internacional, por lo cual estos sentenciadores rechazan la excepción de incompetencia absoluta formulada por el Fisco, por resultar inatínente en la especie.

27º) Que, en cuanto a la segunda alegación del Fisco de Chile en orden a controvertir los hechos, debe tenerse presente que conforme se recogió en la sentencia de casación que antecede y en la presente, son hechos establecidos en autos -sin que pueda arribarse a conclusión contraria- en mérito de la prueba rendida y debidamente ponderada de acuerdo a los límites de la prueba legal o tasada, que: ??la noche del 29 de octubre de 1973, Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, mientras se encontraban prisioneros dentro de un container ubicado al interior del Regimiento de Infantería Nº 11 ?Caupolicán? de Porvenir, fueron sacados de su encierro por cuatro soldados de la misma unidad, subidos a una camioneta para trasladarlos varios kilómetros fuera del Regimiento cerca del sector Las Mercedes. Una vez que se detuvo el vehículo, los soldados hicieron bajar a los prisioneros y, acto seguido, les dispararon con sus fusiles SIG, dándoles muerte en forma inmediata. Constatados los fallecimientos los uniformados procedieron a sepultar los cuerpos en el

mismo lugar de su ejecución. Al día siguiente, el Comandante de la unidad dio como versión oficial la baja de los prisioneros por aplicación la ley de fuga, informándose al resto del Regimiento y a los medios de comunicación, que éstos huyeron de la unidad, que fueron sorprendidos a unos 20 kilómetros de distancia, y al no ser caso de la voz de alto, se les disparó dándoseles muerte.? (motivo tercero).

28º) Que, como también lo concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autores les ha correspondido a los tres enjuiciados mediando alevosía y premeditación conocida, toda vez que la forma de comisión de los delitos revela claramente un mayor injusto del obrar, por tratarse de ataques a personas desamparadas e impedidas de defenderse, ya que los homicidas, están constituidos por un grupo de individuos pertenecientes al Ejército de Chile, con entrenamiento militar sujetos a un mando y disciplina, actuaron armados, en horas de la noche y en un lugar despoblado, lo que permitió determinar que se trato de sendos delitos de homicidio calificado.

29º) Que, asimismo, ambos tribunales estimaron que la participación de los procesados se ajustó perfectamente a la de autores, conforme lo dispuesto en el artículo 15 N°. 1 del Código Penal, respecto de lo cual dos de ellos (Ortiz y Muñoz) confesaron judicialmente su intervención en tal calidad, y la del restante (Aguirre) se obtuvo a partir de presunciones que reúnen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, siendo quienes efectuaron los disparos, lo que trae como consecuencia la acreditación de los fundamentos con que se construye la demanda civil deducida en autos por los demandantes civiles ya individualizados, en los que se fundamenta la pretensión indemnizatoria.

30º) Que, en cuanto a la tercera batería argumental desplegada por el Fisco de Chile, referida a la excepción de prescripción de la acción ejercida por los querellantes en su contra, las razones antes esgrimidas para desechar la incompetencia absoluta del tribunal son aplicables a dicha alegación, teniendo también presente para ello, como se ha explicitado, las normas internacionales sobre Derechos

Humanos, en cuanto consagran el derecho de las víctimas y familiares a recibir la justa reparación, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.

31º) Que, haciendo un ejercicio acotado al derecho civil común chileno, el cómputo del plazo correspondiente para determinar la supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no resulta aplicable desde que la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por los ilícitos cometidos por sus propios agentes, obligación que deriva de su responsabilidad penal, la cual requiere de una decisión jurisdiccional al efecto, certeza ésta que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, a lo menos, a partir de la acusación formal en contra del inculcado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo que permita acoger la prescripción invocada.

32º) Que, como cuarta alegación del Fisco de Chile, éste sustenta que no existiría un régimen de responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado, argumento que recogido y examinado por estos sentenciadores, les lleva a concluir que son aplicables al efecto los mismos fundamentos desarrollados precedentemente por lo que desestiman dicha pretensión, al emanar de la ley de rango constitucional la responsabilidad que se pretende hacer efectiva según el ya citado artículo 5º de la Constitución, en cuanto ha posibilitado la incorporación en el Ordenamiento Jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En el mismo curso de raciocinio, en relación con la procedencia de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, cabe considerar también que por tratarse en la especie de un delito encartado como de ?lesa humanidad?, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles, como lo ha resuelto por demás esta Corte Suprema en casos similares -por aplicación de los

instrumentos internacionales y de acuerdo también con las normas de ius cogens, en cuanto se trata de ilícitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, lo que relacionado con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República en cuanto a la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria, no resulta pertinente tener por extinguida por prescripción, el deber del Estado y el derecho de la víctima a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados.

33º) Que, asimismo, debe desecharse la quinta alegación fiscal, en orden a que no es procedente la indemnización solicitada, atendida la improcedencia por haber sido ya indemnizados los demandantes de conformidad a la ley 19.123, toda vez que lo anterior no es óbice para que se repare materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un delito cuya certeza se obtiene recién con este proceso.

Por lo demás, el espíritu de la ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992, respecto de los beneficios allí contemplados, expresa que éstos dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objeto de coordinar, ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, circunstancias estas que en ningún caso pueden confundirse con aquéllas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.

34º) Que, finalmente, en cuanto a las alegaciones, efectuadas por el Fisco de Chile, y sustentadas en los romanos VI y VII, referidas a los daños demandados a título de indemnización por daño moral, su

exceso, y en cuanto a que debe ser legalmente acreditado, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiter

ada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Este daño no es, sin duda, de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

35º) Que, la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho maleficio, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto le producen sufrimiento, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y

razonable por el tribunal, criterio que esta misma Corte ha manifestado en forma reiterada respecto del mismo asunto propuesto, ejemplo de lo cual son las sentencias dictadas el 21 de diciembre de 2009 en el Rol 5.233-2008; la de 9 de marzo de 2009, correspondiente al Rol N° 695-2008; la de 29 de octubre de 2008, emanada del Rol 6.212-2007; la de 25 de septiembre de 2008, en el Rol N° 4662-07; la de 8 de septiembre de 2008, del rol 6.308-2007 y la de 20 de mayo de 2008 en el rol 6.167-2007, entre otras.

36º) Que, se encuentra, además, establecido que los demandantes Dieter Franz Jesús Baigorri Kuvacic, C.I.Nº 11. 505.177-6, y María Gregoria Hernández Ponce, C.I.Nº 1.306.334-6, son hijo y madre, respectivamente, del ultimado Raúl Baigorri Hernández, C.I. N° 4.816.133-2, que a la fecha del ilícito de que fue objeto tenía 31 años de edad, cuyo estado civil era el de soltero con un hijo, y se desempeñaba como Profesor de la Escuela Co-educacional Superior N° 1 de Tierra del Fuego, en la localidad de Porvenir, de militancia comunista, aspectos que pese a que no se han objetado ni discutido derechamente, se encuentran debidamente acreditados, principalmente con los documentos agregados a fojas 1 y siguientes, 47, 52 y siguientes, orden de investigar de fojas 62 y siguientes, documentos de fojas 141 y siguientes y 195 y siguientes, declaraciones de fojas 221 y 365, así como de los certificados de nacimiento del primer demandante de fojas 424, y el de defunción de fojas 232 y 423, adhesión de fojas 425, y documental del I.N.P. de fojas 849 y siguientes, de donde se pueden extraer los dramáticos efectos que en esa familia, particularmente para su madre e hijo, produjo la detención ilegal y su posterior asesinato de un ser querido en condiciones semejantes a la que se ha estudiado en estos antecedentes, por lo que es dable concluir la existencia de consecuencias psicosociales y efectos traumáticos de la ejecución política, del secuestro y post

erior constatación de un homicidio calificado, provoca a sus familiares directos, así como las circunstancias en que ellos sucedieron, le han provocado a los dos actores un dolor, un sufrimiento y angustia por la

pérdida y por la manera que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral, del cual fluye la obligación del Estado a indemnizar.

37º) Que, en lo que respecta al quantum solicitado, éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa. En relación a la reajustabilidad de la indemnización, se considera pertinente a partir del momento en que se notifica válidamente la demanda como aquel en que se hace efectiva la pretensión del actor, debiendo aplicarse en consecuencia a partir de este hito en el tiempo, el reajuste de la indemnización que en definitiva se fije, mientras tanto que los intereses habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir desde la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada.

38º) Que, estos sentenciadores valoran el mérito de los antecedentes del proceso y tienen en dicho contexto presente que se encuentra legalmente acreditada la existencia del daño moral que se reclama, consistente en la aflicción o dolor que el homicidio calificado ha ocasionado a los dos demandantes civiles, los cuales han debido no sólo lamentar y llorar su pérdida, sino que además luchar para que se conociera después de muchos años la verdad de lo ocurrido.

39º) Que, por todo lo anteriormente razonado, se acogerá la demanda civil por ellos intentada, rechazándose todas las excepciones opuestas por el Fisco, y reduciéndose prudencialmente el monto pedido a título de daño moral, según se fijará en lo resolutivo del presente fallo, eximiéndolo de las costas, por no haber sido totalmente vencido.

40º) Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 977 y siguiente, disintiendo parcialmente del mismo, por cuanto proponía la confirmación del fallo condenatorio de primer grado en todas sus partes.

Por todo lo anterior y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 28 y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, SE DECLARA:

En lo penal

I.- Que se confirma la sentencia apelada de dieciocho de enero de dos mil ocho, escrita de fojas 905 a 937, ambas inclusive, con declaración de que Miguel Pablo Muñoz Uribe, Juan Antonio Ortiz Toledo y José Rafael Aguirre Aguirre, ya individualizados, quedan condenados a sufrir cada uno la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo que dure la condena, así como al pago de las costas de la causa, todo por sus responsabilidades criminales, que en calidad de autores les correspondió en los delitos de homicidio calificado reiterados en las personas de Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, perpetrados todos en la localidad de Porvenir, la noche del 29 de Octubre de 1973, ilícitos que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391 numeral 1°, circunstancias primera y cuarta del Código Penal, esto es, con alevosía y premeditación conocida.

II.- Que atendida la extensión de la pena y por no reunirse en la especie los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, no se les otorgará beneficio alternativo alguno, procediendo a cumplir las penas impuestas en forma efectiva, debiendo considerarse los abonos de tiempos que permanecieron privados de libertad que se consignan en el fallo de primer grado.

En lo civil:

III.- Se revoca la misma sentencia, en la parte que rechazó la demanda civil intentada en el primer otrosí de fojas 593, y en

su lugar se declara que se acoge la indemnización de perjuicios solicitada, debiendo el Fisco de Chile pagar a Dieter Franz de Jesús Baigorri Kuvacic y a María Gregoria Hernández, la suma de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), para cada uno, por concepto del daño moral sufrido, suma que se reajustará según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de notificación de la demanda y la de su pago efectivo, con los intereses cuyo cálculo se indicó en el motivo 33°) de esta sentencia;

sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivos plausibles para oponerse a las acciones indemnizatorias interpuestas en autos.

Se aprueba el sobreseimiento definitivo consultado, que es de fecha veintidós de octubre de dos mil siete y que aparece escrito a fojas 813.

Acordada la condena penal de los acusados Ortiz Toledo y Muñoz Uribe contra el voto del Ministro señor Segura, quien estuvo por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por las respectivas defensas, declarando su procedencia, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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 del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protecci 'f3n 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 fuerzas 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. N° 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 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 es ley

de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto pasado, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que se 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 del disidente, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 29 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 a esa misma data existiera 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. Nº 5, de 1973.

8.- Que el D. L. Nº 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", razón por la que debe concluirse que constituye un yerro 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 Derechos 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 19

72 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.

Si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial con fecha uno de agosto del año pasado -según ya se expresó-, no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, 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 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 consta de estos antecedentes que a la fecha de la presentación de la querella que da origen a este proceso -30 de mayo de 2005- el plazo de prescripción para crímenes, como es del caso, ya había transcurrido y según consta del extracto de filiación de los tres enjuiciados, rolantes a fojas 453, 454 y 493 de autos, no existen antecedentes que permitan suponer que los acusados hayan cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción.

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 la data en que se cometió el delito (29 de octubre de 1973) y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra del condenado de la causa (30 de mayo de 2005), por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad de los sentenciados se había extinguido por la prescripción.

En lo que toca a la decisión de condenar al enjuiciado Aguirre Aguirre, se adoptó con el voto en contra de los Ministros Srs. Segura y Rodríguez, quienes fueron del parecer de revocar en esa parte el fallo apelado, y dictar a su respecto sentencia absolutoria, ello por compartir los fundamentos expresados en los motivos 3° letras a), b) y c); 4° letras a) a la g), y el 5°, todos del fallo anulado de la Corte de Apelaciones de Santiago que rola a fojas 1.004 y siguientes, al

constituir las declaraciones allí consignadas respecto de ciertos testigos que se encuentran en abierta contradicción con las efectuadas por los co-reos de la causa, debilitando su fuerza probatoria, en cuanto a una posible presencia del enjuiciado Aguirre Aguirre en la ciudad de Punta Arenas el día de los hechos, y si bien no conducen a la total certeza absoluta, son de tal entidad, dado su mayor número (7), que por sí solas impiden que surja el estándar de convicción que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, para dictar a su respecto una sentencia condenatoria.

Acordada la decisión civil, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Rodríguez quienes fueron de opinión de confirmar en esa parte el fallo apelado, pero con declaración de que el rechazo de la acción civil lo es por haberse acogido la excepción opuesta por el Fisco de Chile de ser incompetente el tribunal, en base a los siguientes fundamentos:

A. Que, debe señalarse en primer lugar que la defensa fiscal ha opuesto la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para el conocimiento de la demanda indemnizatoria interpuesta, respecto de lo cual cabe señalar que para que proceda la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria contra terceros civilmente responsables, ella 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.

B. 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.

C. Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código

de instrucción penal -también modificado por la Ley N° 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 contra 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 sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente. Su 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?

D. 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.

E. Que, en tal escenario, las pretensiones civiles presentadas en sede penal consignadas en el libelo de fojas 593 y siguientes, por parte de los querellantes Dieter Franz Jesús Baigorr i Kuvacic y María Gregoria Hernández Ponce, hijo y madre, respectivamente, del ultimado Carlos Raúl Baigorrí Hernández, las que se dirigen respecto del Estado de Chile, argumentando que fueron agentes a su servicio, los que infirieron el daño cuya compensación impetran, afirmando que el acto ilícito fue realizado por funcionarios públicos miembros del Ejército de Chile, en calidad de autores, demandando así la responsabilidad como tercero civilmente responsable de sus dependientes Miguel Muñoz Uribe, Juan Ortiz Toledo y José Aguirre Aguirre, citando, en resumen, como bases de tal responsabilidad los artículos 6, 7, 19 N°s. 1 y 24 y el 38, todos de la Carta Fundamental, así como los artículos 2° y 4° de la Ley N° 18.575.

F. Que, en el contorno reseñado, los supuestos fácticos de la acción intentada escapan de aquéllos 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.

G. 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 política 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.-).

H. Que, de acuerdo con lo anterior, procedía acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su escrito de fojas 692 y siguientes, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas del Fisco formuladas en esa misma presentación.

I. Que, finalmente, la imprescriptibilidad eventual de la acción penal emanada de la comisión de un delito de lesa humanidad, no puede extenderse, sin más, al conflicto de índole patrimonial que se ve impulsado con el ejercicio de la respectiva acción civil por parte de quienes están legitimados activamente para ello.

Se previene que, en la parte civil, el Abogado Integrante Sr. Hernández, concurre a la revocatoria de dicha decisión en la forma a

que se refiere la constancia que se consigna al final de este fallo. Para lo anterior, manifestó que, a su juicio, la acción civil deducida en autos tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Por ello es que entiende que el único motivo que se opone a su aceptación es la prescripción extintiva, por las razones desarrolladas en su prevención que se consigna más adelante.

Por último, se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los tres encausados, correspondiendo en el caso de los sentenciados Muñoz y Ortiz a los Ministros Sres. Rodríguez, Dolmestch y Künsemüller, así como del Abogado Integrantes Sr. Hernández. En tanto, que respecto del enjuiciado Aguirre Aguirre, concurrieron los jueces Sres. Dolmestch, Künsemüller y Hernández, y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a aquellos, produciéndose acuerdo entre los jueces de la mayoría ya señalada en cada caso, en cuanto a imponer a cada uno la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, toda vez que los magistrados ya citados aceptan la concurrencia en la especie de la prescripción gradual o media prescripción, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

En lo que toca a la acción civil intentada, para decidir por su acogimiento, se hizo por aplicación a las mismas reglas anteriores: Existiendo mayoría legal en el sentido de entender que el

tribunal es competente para conocer de tal pretensión -por tres votos contra dos-, formando la mayoría los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, como por el Abogado Integrante Sr. Hernández, y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre su procedencia, no produciéndose acuerdo entre los jueces de la mayoría en atención a que dos de ellos ?Sres. Dolmestch y Künsemüller- la acogen en todas sus partes conforme ya se fundamentó en los motivos precedentes del presente veredicto; en tanto que el Abogado Integrante Sr. Hernández, estuvo, preliminarmente, por rechazarla, teniendo para ello en consideración lo siguiente:

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. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3º.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar sta tus 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 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 solo considerar que el ilícito penal se cometió el 29 de octubre de 1.973, en tanto la querella criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el 30 de mayo de 2.005, 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 2.518, 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, consids. 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 querrela 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 no 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 Nuremberg 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 relativas 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 "recursos 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.

Ante ello, se llamó a votación sobre el aspecto civil, no produciéndose mayoría sobre ello, toda vez que los Ministros señores Segura y Rodríguez mantuvieron su decisión de declarar la incompetencia del tribunal de la especie respecto de la referida indemnización; en tanto que los Sres. Dolmestch y Künsemüller, reiteraron su parecer de acogerla; y a su tiempo el Sr. Hernández mantuvo la propia.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero

de esa norma, se dispuso excluir la opinión del Abogado Integrante Sr. Hernández, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Segura y Rodríguez mantuvieron su postura relativa a la incompetencia del tribunal; en tanto que los Ministros Sr. Dolmestch y Künsemüller la de acoger la demanda, a lo que el abogado Integrante Sr. Hernández, manifestó, como ya se señaló anteriormente, que a su juicio la acción civil deducida en autos tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Por ello es que entiende que el único motivo que se opone a su aceptación es la prescripción extintiva, por las razones desarrolladas en su voto disidente. Excluido tal fundamento, por aplicación de las reglas que regulan la discordia de votos en los acuerdos, parece consecuente concluir que, cumpliéndose los demás requisitos que hacen procedente la reparación del daño moral reclamado, ésta deberá concederse, ello en consonancia para que de esa forma se permita a los deudos de una de las víctimas de los hechos ilícitos acreditados de autos, en los que participaron agentes del Estado, quienes dieron muerte, entre otros, a Carlos Raúl Baigorri Hernández, obtener la justa reparación del daño moral sufrido en los términos expresados en lo resolutivo del presente veredicto, con lo que se zanjó la discordia producida al respecto y se formó la mayoría necesaria que se requiere para dictar sentencia en su parte civil.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Segura, y de las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 6-2009.

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

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a quince de marzo de dos mil diez, 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.