

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, quince de octubre de dos mil ocho.

De conformidad con lo ordenado precedentemente y lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primera instancia, que es de quince de mayo de dos mil seis y está escrita desde fs. 1.835 a 1.917, con las siguientes modificaciones.

a) en el considerando 15°), se elimina la mención de la circunstancia 5° del artículo 391 del Código Penal y la frase "con premeditación y";

b) se suprimen los fundamentos 24°) a 30°) y 34°);

c) se suprime el párrafo b) del motivo 33°). Asimismo, en el párrafo signado con la letra a) del mismo considerando, se elimina su parte final, desde donde dice "dando la orden correspondiente" hasta su término.

d) en el considerando 36°), se suprime la frase "al Coronel del Río".

e) en el fundamento 44°), se elimina la cita de los considerando 24°) a 30°), ambos inclusive; la mención del apellido "del Río" y su párrafo segundo; y

f) se eliminan los considerando 45°) a 52°) y 55°) a 80°); y de 87°) a 91°).

Se reproduce, además, de la sentencia de segunda instancia, que se

ha anulado, que es de fecha veintisiete de julio de dos mil siete y está escrita desde fs. 2.052 a 2.073, su parte expositiva; considerandos 1º) a 23º), ambos inclusive; 24º), con excepción de su parte final, que comienza con ?.. o la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal,??; y los motivos 25º), 26º), 27º) y 28º).

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

Primero: Que los encausados Romero Muñoz, Parada Muñoz y Cazenave Pontanilla, en sus respectivas contestaciones a la acusación y adhesiones particulares de fs. 1436, 1623 y 1480, han alegado en su favor, como parte de sus peticiones subsidiarias, que se les reconozca como atenuante de responsabilidad penal la contemplada en el artículo 103 del Código Penal, llamada media prescripción o prescripción gradual y, con su mérito, sancionarlos considerando el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, por darse en la especie las condiciones fácticas requeridas por dicha norma.

Segundo: Que, en efecto, contado el plazo de prescripción de la acción penal desde la fecha de ocurrencia de los hechos investigados hasta aquélla en que ésta se interrumpió, el plazo necesario para considerar la concurrencia de esta institución jurídica, esto es, la mitad del tiempo que se exige para la prescripción total, se encuentra sobradamente cumplido.

Tercero: Que, en todo caso, a su respecto, y habida consideración a que se ha rechazado declarar la prescripción total, cabe tener en cuenta que si bien ambas instituciones tienen identidad de origen, pues se ubican en un mismo título del Código Penal y se sustentan en la sucesión o continuación del tiempo, es inconcuso q ue en su objeto o efecto final difieren sustancialmente. En efecto, mientras la una está destinada y produce la extinción de la responsabilidad penal, la otra provoca la atenuación de la pena, por lo que no se divisan razones suficientes para no considerarlas separadamente y estimar, en cambio, que la no aplicación de una traería aparejada la no aplicación de la otra, esto es, que si se declara imprescriptible la acción penal ¿como aquí se ha hecho- no sea posible decidir que el transcurso del tiempo

pueda mitigar el rigor de la sanción punitiva. Por la misma razón tampoco resulta procedente aplicarle la imprescriptibilidad que, respecto de las causales de extinción de la responsabilidad criminal, establecen los tratados internacionales, que sólo queda restringida a los referidos motivos de extinción pues no se ven ampliadas a otras causales como las que aquí se examinan, de atenuación de dicha responsabilidad.

Cuarto: Que sobre este particular, entre otras muchas opiniones, la defensa de uno de los encausados acompañó al proceso la del abogado y profesor de

Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, contenida en su informe en Derecho que rola a fs. 2.228, el que en parte expresa: el artículo 103 ?constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.?, para luego hacer presente que ?si concluido que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la ?mitad del tiempo de la prescripción? ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que esta institución debe limitarse a la prescripción que exceda de cinco años??.

Quinto: Que, en consecuencia, se dará aplicación a la antes referida circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal tanto a favor de quienes la alegaron formalmente como de aquellos procesados que su defensa no lo hizo, desde que se trata de una norma de orden público que el juez ha de aplicarla aún de oficio y que claramente es favorable a los encausados. La forma de imponer la pena y la incidencia de esta media prescripción se hará de la manera

individual que más adelante se señala, toda vez que la propia norma sustantiva que la contiene impone al sentenciador el deber de remitirse a las reglas contempladas en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

Sexto: Que, en cuanto a la acción civil, corresponde hacerse cargo de las excepciones opuestas por el Fisco en subsidio de la incompetencia absoluta del tribunal para conocer de estas materias, alegación esta que ya el tribunal de primera instancia rechazó en su razonamiento 86°), lo que estos sentenciadores, al reproducirlo, hacen suyo.

Séptimo: Que dichas excepciones subsidiarias, en su exposición, fueron claramente detalladas en el considerando 85°) del fallo en alzada ?también reproducido por éste-, por lo que, manteniendo aquella descripción, se resumen en que ellas consisten, la primera, en la prescripción de la acción indemnizatoria civil, fundada en que el plazo de cuatro años contemplado en el artículo 2332 del Código Civil transcurrió en exceso, dado que el hecho delictual investigado se cometió el 02 de octubre de 1973 y la demanda se notificó a su parte el 31 de mayo de 2005; la segunda excepción subsidiaria dice relación con la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado, de carácter objetivo e imprescriptible; y la tercera, fundada en la circunstancia de que los demandantes habrían recibido los beneficios indemnizatorios contemplados en la Ley N° 19.123. La alegación fiscal concluye señalando que para que proceda el pago del monto demandado, el daño debe probarse en el proceso, sin que sea suficiente para ello el que se acredite la existencia de un vínculo matrimonial o de parentesco entre la víctima y los demandantes; alegando, además, que la exagerada cantidad que se solicita en la demanda constituye un verdadero enriquecimiento sin causa y no se relaciona con una idea de compensar alguna pérdida; para concluir que, por lo mismo, tampoco serían procedentes los reajustes e intereses solicitados.

Octavo: Que, en relación a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria por el transcurso del tiempo ?cuatro años contados desde la fecha de comisión del delito- conforme lo dispone el artículo

2332 del Código Civil, cabe advertir que si bien es efectivo que en términos absolutos dicho plazo había transcurrido en exceso al momento de notificar la demanda respectiva, el cómputo del plazo correspondiente para determ

inar la supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no es aplicable en este caso, en primer lugar, porque la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por las acciones típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los agentes de éste, obligación que emana de su responsabilidad penal, la cual requiere de la decisión jurisdiccional pertinente al efecto, certeza que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, al menos, a partir desde que se deduce acusación formal en contra del inculpado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo correspondiente y que no se ha alegado por la defensa fiscal;

Noveno: Que, por otro lado, y tratándose de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que ?al menos en el caso de autos-claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como los que aquí se estudian, el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure, no siendo suficiente ni completa su esmerada actuación durante la persecución penal. A lo anterior lo obliga, además de lo ya dicho, el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo 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 cual 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);

Décimo: Que, de esta forma, el derecho de las víctimas y de sus familiares a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República que señala que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana?;

Undécimo: Que el artículo 6º de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las "Bases de la Institucionalidad" - por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la Jurisdicción- y ordena que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. Que, además, el mismo artículo 6º enseña que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Y concluye señalando que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley?;

Duodécimo: Que, de este modo, resultan inatinentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile;

Décimo tercero: Que la otra alegación fiscal se refiere a que no existiría un régimen especial de responsabilidad del Estado de carácter objetiva e imprescriptible, ya que, según dice, la demandante efectuó una interpretación incorrecta de la ley al negar

aplicación a las disposiciones contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, ya que, tanto la Constitución de 1980 como la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado son de vigencia muy posterior a la fecha de los hechos, por lo que no corresponde invocar ni aplicar retroactivamente dichos textos, correspondiendo regirse por la Constitución Política de 1925, que no contenía disposición alguna que permitiera accionar por responsabilidad extracontractual del Estado, siendo por ello aplicable las normas de los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil. Cabe advertir, en relación a ello y como se ha dicho antes, que la responsabilidad extracontractual del Estado, que se demanda, emana fundamentalmente tanto del Derecho Público como del Derecho Internacional Humanitario. Al efecto, es útil reiterar que lo razonado, además de permitir el rechazo de la alegación enunciada, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los Derechos Humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de la persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, y por tanto vinculantes para toda la institucionalidad nacional;

Décimo cuarto: Que en cuanto a la alegación del Fisco de Chile para que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización, tal alegación debe ser igualmente rechazada, por cuanto la ley citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí, que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la

evidencia de que las acciones para obtener aquéllo se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado ?voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que ?En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiese caber a personas individuales.

Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia?;

Décimo quinto: Que en relación, ahora, al valor de lo demandado a título de indemnización por daño moral, que se estima excesivo, éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa, monto por el cual ha de responder el demandado y cuyo pago debe ser completo, por lo que procede declarar que es procedente su reajustabilidad de acuerdo al IPC, habido entre esta fecha y la de su pago efectivo, como asimismo al pago de intereses que se devenguen, desde que el deudor se constituya en mora de cumplir la obligación.

Décimo sexto: Que atendido el mérito

de los antecedentes del proceso y contenido de los razonamientos que preceden, se acogerá la demanda de autos, rechazándose las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, teniendo por establecido que los parientes que han accionado civilmente, los más cercanos ?hermana y cónyuge e hijas y cuya vinculación y parentesco no se ha objetado ni discutido de contrario- tenían con la víctima respectiva una relación de cercanía y afecto que hace presumir fundadamente al sentenciador que su muerte, así como las circunstancias en que ella ocurrió, han provocado en cada uno de ellos un dolor, un sufrimiento y

una angustia que por sí solos constituyen un daño moral que debe indemnizarse;

Décimo séptimo: 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 del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo;

b) que a los acusados Sergio Víctor Arellano Stark y Carlos Luis Romero Muñoz, les favorece sólo la atenuante de su irreprochable conducta anterior.

c) que, a su turno, a los sentenciados Mario Armando Axel Cazenave Pontanilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace les favorece dos circunstancias atenuantes, que son la de su conducta anterior irreprochable y aquélla contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar.

d) que a todos los sentenciados favorece, también, la atenuante calificada de la prescripción gradual o media prescripción, por lo que, atendida la forma y circunstancias en que sucedieron los hechos y la concurrencia de las atenuantes señaladas, según lo faculta el artículo 68 del Código Penal, se rebajará la pena asignada al delito en dos grados para Arellano Stark y Romero Muñoz; y en tres, para los demás, esto es, Cazenave Pontanilla, Parada Muñoz y Barros Espinace.

e) respecto de todos los encausados debe considerarse que se trata de una reiteración de delitos de la misma especie, por lo que, conforme lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, la pena ?hecha las deducciones precedentes- se aumentará en un grado.

Décimo octavo: Que por las argumentaciones que preceden y lo que se decidirá en lo dispositivo de la sentencia, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por la señora Fiscal Judicial a fs. 2012, disintiendo en parte de su parecer, desde que en su dictamen pedía, también, condenas, pero con penas de mayor entidad.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los

artículos 28, 29, 391 N°1, del Código Penal, y 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

1.- se rechaza el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de fs. 1967.

II. se revoca la sentencia apelada de quince de mayo de dos mil seis, escrita de fs. 1.835 a 1.917, en cuanto por ella se absuelve a los procesados Sergio Víctor Arellano Stark, Carlos Luis Romero Muñoz, Mario Armando Axel Cazenave Pontanilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace de los cargos formulados en su contra en las acusaciones de fs. 1.178 y 1.605 y, en su lugar, se decide que los mismos quedan condenados como autores de los homicidios calificados de Teófilo Segundo Arce Toloza, de José Esteban Sepúlveda Baeza, de Segundo Abelardo Sandoval Gómez y de Leopoldo Mauricio González Norambuena, a las siguientes penas:

1.- Sergio Arellano Stark y Carlos Luis Romero Muñoz, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago proporcional de las costas de la causa.

2.- Mario Armando Axel Cazenave Pontanilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo,

accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas de la causa.

III.- Se revoca, asimismo, la antes aludida sentencia, en cuanto por sus decisiones III y IV rechaza la demanda civil deducida en el primer otrosí de fs. 1.212 y releva del pago de las costas a la parte demandante, declarándose en su lugar que dichas acciones quedan acogidas, por lo que el demandado de autos, el Fisco de Chile, deberá pagar la suma de \$ 80.000.000.- (ochenta millones de pesos). a la demandante doña María Ester González Norambuena, quien actúa en

su calidad de hermana de Leopoldo Mauricio González Norambuena; asimismo, deberá pagar igual suma, esto es, \$ 80.000.000.- (ochenta millones de pesos) a quienes representan a la víctima don Teófilo Segundo Arce Toloza, que lo son su cónyuge doña Angélica Saavedra Herevia, y sus hijas Tania del Pilar Arce Saavedra y María Lucila Soledad Arce Saavedra. Las sumas de dinero señaladas lo son a título de indemnización por concepto del daño moral sufrido con ocasión de la muerte de sus respectivos deudos, las que deberán pagarse debidamente reajustadas de acuerdo a la variación que experimente el IPC entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo, con más los intereses correspondientes, desde que la deudora se constituya en mora. No se condena en costas al Fisco de Chile por no haber sido totalmente vencido y estimarse, además, que tuvo motivo plausible para oponerse a la acción deducida en su contra.

IV.- Se confirma, en todo lo demás apelado, la mencionada sentencia, por lo que se ratifica la absolución de Claudio Abdón Lecaros Carrasco, por no haberse establecido el delito de secuestro por el que fue acusado; y de Gabriel Del Río Espinoza, por falta de acreditación de la participación en los delitos materia de la correspondiente acusación, según se ha resuelto en la sentencia de primera instancia, y razonado, en ésta, la de segundo grado, respectivamente.

Atendida la extensión de la pena impuesta a Arellano Stark y Romero Muñoz, no se les concede beneficio alternativo alguno y deberán, por tanto, cumplir efectivamente la pena impuesta, sirviéndoles de abono, al segundo de los nombrados ?Romero Muñoz-, el tiempo que permaneció privado de libertad, entre el 29 de noviembre y el 03 de diciembre de 2004, según se desprende de fs. 898 y 1.010; teniendo presente que el sentenciado Arellano Stark, no registra abono por este concepto.

Sin embargo, y por reunirse los requisitos exigidos por la ley, se concede a Mario Armando Axel Cazenave Pontanilla, José Alejandro Parada Muñoz y Julio Antonio Barros Espinace, el beneficio de la libertad vigilada, fijándoles, a cada uno, un período de observación ante la autoridad administrativa de cuatro años, debiendo cumplir,

además, los otros requisitos a que se refiere el artículo 17° de la ley 18.216.

Para el caso que alguno de estos sentenciados deba cumplir efectivamente la pena que se le ha impuesto, le servirá de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad en esta causa y que es: Cazenave Pontanilla: entre el 08 y el 11 de febrero de 2005, como consta de fs. 1.091 y 1.120; Parada Muñoz: entre el 23 y el 25 de agosto de 2005, como consta de fs. 1.549 y 1.576; y Barros Espinace: entre el 08 y el 11 de febrero de 2005, como consta de fs. 1.092 y 1.121.

Acordada la decisión penal con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por absolver a los acusados de autos ?Arellano Stark, Romero Muñoz, Cazenave Pontanilla, Parada Muñoz y Barros Espinace- de los cargos que le fueran formulados, porque, a su parecer, se encontraría 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. Nº 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 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 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 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 menciona 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 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 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 N° 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 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 primera querella -13 de abril de 1994- el plazo de prescripción para crímenes, como es del caso, ya había transcurrido; sin perjuicio de ello, y aún teniendo en cuenta la supuesta interrupción que de él produjo la aludida querella, al sobreseerse la causa, el 31 de diciembre de 1996, y decretar su archivo, hasta su reapertura, estuvo paralizada su tramitación por más de tres años, corriendo en consecuencia la prescripción, de modo que, de todas maneras, ésta se encuentra sobradamente cumplida.

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 civil con el voto en contra de los Ministros señores Rodríguez y Ballesteros, quienes estuvieron por rechazar las respectivas demandas porque, a su juicio, ha sido procedente acoger la excepción de incompetencia del tribunal para conocer de ellas y para lo cual resulta necesario revocar la sentencia de primer grado en esa parte, que rechazó expresamente la incompetencia del tribunal, todo ello por las siguientes razones:

1º) 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.

2º) Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, regulando esta materia expresa: ¿Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados. En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?

Que la norma trascrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

3º) 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 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?

4º) 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 Instrucción criminal.

5º) Que, en tal escenario, la pretensión indemnizatoria presentada en sede penal mediante el libelo de fojas 1.212, por el abogado don Hugo Gutiérrez Gálvez, en representación de María Ester González Norambuena, Angélica Saavedra Herevia, Tania del Pilar Arce Saavedra y María Lucila Soledad Arce Saavedra, hermana, cónyuge e hijas de las víctimas Leopoldo Mauricio González Norambuena y Teófilo Segundo Arce Toloza, respectivamente, dirigida en contra del

Fisco de Chile, representada, en su calidad de Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, por doña Clara Szczaransky Cerda, lo fue fundada en que, el día 02 de octubre de 1973, encontrándose detenidos en dependencias de la Escuela de Artillería de Linares, con el pretexto de realizar una reconstitución de escena, fueron conducidos al Polígono de Tiro General Bari, lugar donde se les ordenó correr, ejecutándolos por la espalda. Lo anterior, se sostiene, fue perpetrado por un operativo policial, por agentes del Estado y dentro de una política sistemática del gobierno de la época de violación a los derechos humanos de sus adversarios políticos, por lo que se demanda la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el contorno reseñado, los supuestos fácticos de la acción promovida 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 detrimento 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, motivo suficiente para rechazar la pretensión civil, omitiéndose pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por los intervinientes, por improcedente.

Como consecuencia de lo anterior, no comparten los considerandos octavo a décimo sexto de esta sentencia, por ser ello innecesario, desde que tales argumentaciones se refieren a las otras excepciones opuestas por el Fisco a la correspondiente acción civil.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch; y las disidencias, sus autores.

Rol N° 4723-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres.

Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Juan Carlos Cárcamo O. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica.

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