

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil once.

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación que precede y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se pronuncia a continuación, la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos cuarto, sexto, séptimo, noveno, décimo, undécimo, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, vigésimo, vigésimo segundo que se eliminan; en el motivo vigésimo cuarto, acápite primero, se sustituyen las expresiones ?secuestro?, por ?homicidio? y ?desaparición? por ?muerte? y en el penúltimo párrafo del mismo considerando, se reemplaza la palabra ?secuestro? por ?homicidio?. En su parte final, se sustituye la locución: ?la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos) por la frase ?la suma que se dirá en la parte resolutive del presente fallo?.

De las citas legales, se suprime la del artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal vigente a la época de comisión del ilícito y se la reemplaza por la del artículo 391 N° 1 del mismo texto legal.

De la sentencia anulada, se mantiene la parte expositiva, así como sus considerandos segundo, tercero, cuarto, quinto, así como también los

párrafos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del motivo sexto y el considerando séptimo.

Y TENIENDO, ADEMÁS Y, EN SU LUGAR, PRESENTE:

PRIMERO: Que los hechos de la causa que han quedado definitivamente establecidos en el motivo tercero del dictamen de primer grado, complementados en el motivo primero de la sentencia de segunda instancia que se reproduce, son los siguientes:

Entre los días trece y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en horas de la mañana, mientras José Eusebio Rodríguez Hernández se dirigía hacia el campamento ?Nueva La Habana? portando una caja con libros cuyo autor sería Carlos Marx, fue detenido por personal de Carabineros, incautándosele la caja que portaba, siendo trasladado al Regimiento Ferrocarrileros de Puente Alto, comandado por Mateo Durruty Blanco, en cumplimiento de instrucciones anteriores y precisas emanadas de la autoridad de esa unidad castrense, en orden a que los detenidos políticos de la jurisdicción debían ser conducidos al referido Regimiento. En ese recinto, sin las más mínimas garantías que contemplaba nuestra legislación para eventuales delitos militares en tiempo de guerra, fue interrogado y sometido a un aparente consejo de guerra, del cual no existe constancia alguna, para luego ser transportado por personal del Regimiento hasta el Cerro La Ballena, en el sector denominado Las Vizcachas, donde por orden de Mateo Durruty Blanco, fue fusilado. Posteriormente el cadáver de la víctima fue sepultado en el cementerio católico ?Bajos de Mena?, inscribiéndose su defunción en el registro respectivo.

Aún cuando los restos mortales de la víctima no fueron habidos en el citado cementerio, no obstante las diligencias que se realizaron al respecto, tanto los testimonios circunstanciados de Aníbal Barrera Ortega, que se lee a fojas 419 y de Luis Arturo Pérez Román de fojas 73 y siguientes, el certificado de defunción de José Eusebio Rodríguez Hernández y las anotaciones existentes en los registros del cementerio ?Bajos de Mena?, conducen a concluir inequívocamente que los acontecimientos ocurrieron en la forma en que han sido relatados

precedentemente.

SEGUNDO: Que, los hechos descritos en el motivo que antecede, son constitutivos del delito de homicidio calificado en la persona de José Eusebio Rodríguez Hernández, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, en atención a que de acuerdo a los antecedentes del proceso se desprende que su muerte fue dispuesta y causada hallándose la víctima en situación de absoluta indefensión, careciendo de toda posibilidad real de defensa, evitando sus ejecutores todo riesgo para lograr su propósito.

La forma y circunstancias como se decidi

ó y cometió el homicidio de Rodríguez Hernández encuadra en el concepto de alevosía, en su modalidad de actuar sobreseguro, según lo dispuesto en el artículo 12 N° 1 del Código Penal, en relación al artículo 391, circunstancia primera, de ese cuerpo legal, debiendo sumarse a tales circunstancias la crueldad en su ejecución, por cuanto según da cuenta la propia declaración del oficial de ejército que estuvo a cargo del fusilamiento de la víctima, al llegar al lugar donde se llevaría a cabo la ejecución, se dio cuenta que el detenido presentaba evidentes signos de tortura en su rostro, agregando que mientras éste lloraba señalando que nada había hecho, fue advertido por el referido militar que sería fusilado, diciéndole textualmente: ¿mire amigo, esto es una guerra y usted perdió, muera como hombre, como marxista y como chileno?, a lo que el detenido, según sus propias palabras, le contestó con mucha dignidad: ¿si, mi teniente?, luego lo conminó a rezar, le preguntó a quien deseaba que comunicaran su muerte, para posteriormente conducirlo al lugar exacto donde se realizaría el fusilamiento dándole la mano, gesto que él mismo en su declaración califica de ¿grotesco?, dando a continuación la orden de disparar.

TERCERO: Que existiendo certeza sobre la muerte de la víctima, la que fue provocada en circunstancias de extremada crueldad y frialdad, pretendiéndose justificarla, en un aparente e inexistente consejo de guerra que se habría llevado a efecto en razón de una acusación que sólo existió en la mente de sus captores y guardianes, el hecho p

unible no cabe sino encuadrarlo en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, vigente a la época de comisión del delito.

CUARTO: Que atendida la naturaleza del suceso investigado y las circunstancias y época en que fue ejecutado, es necesario determinar si se está o no en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad.

Para tales efectos debe considerarse que el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel a quién, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se le asignara pertenencia ideológica al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

QUINTO: Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De

modo tal, que para la configuración de este ilícito existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona humana, porque la característica principal de esta figura es la forma gravemente antijurídica y culpable con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmada y desarrollada en otros instrumentos internacionales pertinentes.

SEXTO: Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el basamento segundo del dictamen del a quo; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en la muerte de José Eusebio Rodríguez Hernández, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crimen de derecho internacional.

SÉPTIMO: Que, asimismo en razón de la naturaleza del crimen de que se trata, se coincide con la conclusión del a quo en orden a desestimar la amnistía, como circunstancia extintiva de la responsabilidad penal, siendo conveniente tener presente, que según la doctrina reiterada de esta Corte Suprema nuestro país al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a los que cometen, o que

den orden de cometer cualquiera de las contravenciones graves contenidas en ese instrumento internacional, también se obligan los Estados Partes a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente en cuenta que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley N° 2191, puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos- entre ellas, el homicidio en todas sus formas- puesto que se dictó después del compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa autoexoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa tratada.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, la imposibilidad de amnistiarlos y la no aplicación de circunstancias excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de jerarquía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se

entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo por tanto una normativa a invocar por todos los individuos, atendido el

compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y ¿deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno? (Jorge Precht Pizarro: ¿Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y derecho interno chileno? , en Revista Ius et Praxis, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 129).

OCTAVO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por ¿los derechos esenciales de la persona humana? siendo ¿deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes?. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites, otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°,

sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual prohíbe que sean desconocidos aún por gobiernos de facto.

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

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

DÉCIMO: Que, a partir de la consideración de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional contrae la obligación de juzgar y castigar a sus responsables, en tanto agresores de valores que la comunidad no duda en calificar como esenciales e inherentes a la persona. En

consecuencia, por su incompatibilidad con instrumentos internacionales que obstan a la dictación de una normativa que pretende impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos fundamentales y la sanción de los responsables de tales ilícitos, textos legales como el Decreto Ley 2.191 carecen de efectos jurídicos. (Entre otros fallos SCS, 13.08.2009, Rol N° 921-09; SCS 24.09.09, Rol N°8113-08; SCS, 29.09.2009, Rol N°3378-09; SCS, 20.02.2010, Rol N° 1369-09; SCS, 14.04.2009, Rol N°5279-09, SCS, 22.07.2011, Rol N°5219.2010).

UNDÉCIMO: Que en lo que guarda relación con el otro aspecto planteado por la defensa, cual es, la prescripción de la acción penal, atendido que los hechos pesquisados en estos autos acaecieron entre los días trece y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, por lo que podría estimarse que la responsabilidad del encartado derivada del homicidio del ofendido, se encontraría extinguida por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código Penal, para resolver sobre este punto se tendrá en consideración lo que a continuación se expone.

DUODÉCIMO: Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación, cuyo fundamento básico es el simple transcurso del tiempo, instituida con el propósito de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Sobre este tema, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por tanto, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta nueve.

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, prescribe que: "Ninguna parte contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra parte contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior", de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las

causales extintivas de responsabilidad penal como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1, 3 y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto estos sancionan en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional. DÉCIMO CUARTO: Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no concierne sólo a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías auto concedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración generalizada de los derechos fundamentales de los individuos y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

DÉCIMO QUINTO: Que, por lo expuesto y atendido a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión del injusto de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

DÉCIMO

SEXTO: Que, por lo demás, entre las exigencias de justicia material y las de la seguridad jurídica, esta última ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; que, en el ámbito del Derecho Penal, se contempla y acentúa en la protección de los derechos esenciales de la persona humana. .

Un hecho criminoso como el que nos ocupa que tiene como principales protagonistas a personeros como el procesado, que valiéndose de la posición privilegiada que ostentaba, facilitada por el sistema de gobierno imperante en aquel entonces, no permitía la más mínima posibilidad de que dicho ilícito fuera denunciado menos aún pudo haberse pretendido que se evitara su realización, ni que decir a que sus autores materiales o morales resultaren castigados por ellos.

A la vez, la evolución y progresividad del derecho internacional de los

derechos humanos, ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda (en el mismo sentido: Eugenio Raúl Zaffaroni: Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, segunda edición, año dos mil cinco, página 883).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que también, como se ha expresado, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar. parDÉCIMO OCTAVO: Que el castigo de este tipo de crímenes, proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional, como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta óptica asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

DÉCIMO NOVENO: Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de los individuos, su integridad corporal y libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en internacional cuando existen múltiples afectados y los delitos son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos eventos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores esenciales de la

comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

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

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por las razones anotadas se impone concluir que no se accederá a los requerimientos de la defensa del convicto para que se le reconozca la procedencia de la prescripción de la acción penal propuesta en sus descargos.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, establecido tanto el delito como la participación criminal que correspondió al

culpable, y a pesar de lo razonado en la primera parte del presente veredicto, consistente en la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta -consagrada en el artículo 103 del Código del ramo- que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal ni de Derecho Convencional Internacional, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria, en virtud del principio de legalidad que rige en el Derecho punitivo

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con consecuencias que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, y si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal, sus fundamentos y consecuencias

jurídicas son diversos. 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. En cambio, los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contemplan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 3ª edición, p. 402)

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

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de iure que contemplen todos los regímenes jurídicos de

corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código Penal, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tr

atarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, a través del método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la ?media prescripción? -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en el año 1874, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, c onforme a lo menos a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. Por consiguiente, no se divisa antecedente que permita concluir de iure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la mitigante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en

el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así, v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 879-08; 2.422-08.

VIGÉSIMO SEXTO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal consagrada en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, corresponde ahora analizar si en la situación en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que, en lo pertinente, es útil recordar el tenor del artículo 103: ¿Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.?

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

VIGÉSIMO OCTAVO: Que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Punitivo, en el caso de los crímenes a los que la ley imponga presidio, reclusión o relegación perpetuos, como

es el presente caso, la acción prescribe en el plazo de quince años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito. En consecuencia, para los efectos señalados en el citado artículo 103, se requiere que dicho plazo haya transcurrido a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y que, en el caso de autos corresponde a siete años y medio.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en el procedimiento sobre la investigación del homicidio en estudio, cometido entre el trece y el catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y desde esa data hasta el veintitrés de enero de dos mil seis, momento en el cual se ordenó instruir sumario, según aparece de fojas veintitrés del Tomo I de estos autos y en el que se interpuso querella criminal, el veinticinco de abril de dos mil siete, que rola a fojas 649 del Tomo II, se cumple con los tiempos exigidos en el artículo 103 del Código P

enal. Tal límite no sufre alteración con la dictación del auto de procesamiento en contra de Durruty Blanco de veintitrés de marzo de dos mil siete, según resolución que se lee a fojas 621, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de treinta años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de la primera resolución judicial, por lo que en la especie resulta aplicable la referida media prescripción de la pena.

Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990.

TRIGÉSIMO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto del inculcado, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, por lo tanto y para la aplicación de la sanción, debe considerarse que a la época de perpetración del delito-septiembre de mil novecientos noventa setenta y tres- el homicidio

calificado se castigaba de conformidad al artículo 391 N°1 del Código Penal, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. En tales circunstancias, atendido que Mateo Durruty Blanco goza de irreprochable conducta anterior, como se reconoce en el basamento décimo cuarto del fallo de primer grado y el motivo sexto del laudo de alzada que se mantiene, y por aplicación del artículo 103 del texto aludido, que se le acuerda en este fallo al enjuiciado, el hecho investigado en autos ha de ser considerado como revestido de dos o más circunstancias atenuantes y sin agravantes, por lo que el tribunal procederá a rebajar la pena en dos grados, quedando en presidio menor en su grado máximo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en cuanto a la sección civil del juicio, la defensa fiscal, contestando la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en su contra por la querellante y demandante a fojas 693, arguyó que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo éste de competencia para conocer de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

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

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en

autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acc

iones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

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

razón por la cual se desecharan también las otras alegaciones del Fisco.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger la acción civil deducida en autos en contra del Fisco, que 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.

Por tanto, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, aceptada la competencia denegada por el a quo, corresponde ahora hacerse cargo de las excepciones opuestas por el Fisco en subsidio de la incompetencia absoluta del tribunal para conocer de estas materias, primero, 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 entre el 13 y 14 de septiembre de 1973 y la demanda se notificó a su parte el 27 de agosto de 2007; la segunda; controversia de los hechos, la tercera que dice relación con la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado, de carácter objetivo e imprescriptible; y la cuarta, 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 de parentesco entre la víctima y la demandante; 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.

CUADRAGÉSIMO: 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 determinar 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 inculcado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo correspondiente y que no se ha alegado por la defensa fiscal;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, en cuanto a la alegación del Fisco de Chile en orden a controvertir los hechos, debe tenerse presente que conforme se recogió en la sentencia 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, aquellos a que se refiere el considerando tercero de la sentencia que

rola a fojas 1162 y siguientes, complementados en el motivo primero de la presente sentencia, los que resultan inalterables e incontrovertibles en esta sede, por lo que la alegación del fisco en este aspecto tampoco puede prosperar.

Como también consta del fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autor le ha correspondido al encartado Mateo Durruty Blanco en su condición de Comandante del Regimiento de Puente Alto, Agente del Estado, en el homicidio de la víctima, lo que también se determinó en los hechos sublite .

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: 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 actuaci 3n 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, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, 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);

CUADRAGÉSIMO TERCERO: 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";

CUADRAGÉSIMO CUARTO: 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";

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, de este modo, no resultan atinentes 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;

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que otra de las alegaciones fiscales 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;

CUADRAGÉSIMO SEPTIMO : 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 aquello 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, pudiere 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?;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: 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 Índice de Precios al Consumidor, 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.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: 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 la pariente que ha accionado civilmente- la hija de la víctima- cuya vinculación y parentesco no se ha objetado ni discutido de contrario- tenía una relación de cercanía y afecto con el occiso, que hace presumir fundadamente al sentenciador que la muerte de su padre, así como las circunstancias en que ella ocurrió, le han provocado un dolor, un sufrimiento y una angustia que por sí solos constituyen un daño moral que debe indemnizarse.

QUINCUAGÉSIMO: Que, respecto del monto de la indemnización reclamada, se estima de justicia fijarlo en la suma de \$ 50.000.000.- (cincuenta millones de pesos) para el actor, atendido el mérito de los antecedentes y la entidad del daño moral sufrido, suma que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que por las motivaciones 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 1270 y complementado a fojas 1501, disintiendo parcialmente del mismo, por cuanto proponía la confirmación del fallo condenatorio de primer grado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 69, 74 103 y 391 n° 1 del Código Penal y 457, 485, 488, 503, 504, 514, 517, 529 y 534 del de Enjuiciamiento del Ramo, y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- En cuanto a la acción penal:

1) Que se confirma la sentencia apelada de veinticuatro de julio de dos mil ocho, escrita de fojas mil ciento noventa y dos a mil doscientos veintiocho, complementada por resolución de treinta de junio de dos mil diez que rola a fojas mil cuatrocientos setenta y cuatro, con

declaración que Mateo Durruty Blanco queda condenado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por la responsabilidad que en calidad de autor le corresponde en el delito de homicidio calificado de José Eusebio Rodríguez Hernández, ilícito acaecido entre el 13 y 14 de septiembre de 1973.

2) Por reunirse en la especie a su respecto los requisitos del artículo 15 de

la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, y aún cuando obra en autos un informe presentencial negativo, el cual no resulta vinculante para este tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende de los extractos de filiación y antecedentes del condenado y su edad, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, fijándose el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un término similar al de la condena, debiendo presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; y cumplir además todas las condiciones señaladas por el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra d), referida a la satisfacción de las indemnizaciones civiles y costas impuesta por el fallo al sentenciado ya indicado, como requisito previo para gozar del beneficio aquí concedido, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales. Que, si el beneficio otorgado le fuere revocado, el condenado cumplirá la pena impuesta sirviéndole de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado.

II.- En cuanto a la acción civil:

1) Que se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de julio de dos mil ocho, en cuanto acoge la excepción de incompetencia absoluta deducida por el Fisco de Chile y en su lugar se declara que se la

rechaza y se hace lugar a la demanda civil entablada por Macarena Elizabeth Hernández Villagra en contra del Fisco de Chile, quedando éste obligado a pagar a la actora la suma de cincuenta millones de pesos, con los intereses y reajustes consignados en el considerando cuadragésimo octavo y al pago de las costas de la causa, confirmándola en lo demás.

Acordada la condena penal contra el voto d el Ministro señor Ballesteros, quien estuvo también por anular la sentencia de alzada, procediendo a dictar sentencia de reemplazo por la que se revoque la de primer grado en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor del encausado, y se la acoja declarándose extinguida la responsabilidad penal del sentenciado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones: 1°.- Que, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, o cuando la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o el fin de la potestad represiva del Estado, generándose así la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente, siendo el asunto discutido en este caso, el primero de ellos.

En efecto, 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 estos, la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que correspondan y de que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido

regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles grav

es como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurrió entre los días 13 y 14 de septiembre de 1973 ordenándose la instrucción de sumario con fecha veintitrés de enero de dos mil seis, en tanto que la querella para perseguir la responsabilidad del encartado se presentó el veinticinco de abril de dos mil siete, prosiguiéndose la investigación hasta llegar a la etapa actual.

3°.- Que en tales condiciones, en concepto del disidente, se verifica a favor del encausado la causal de extinción de la responsabilidad penal, contemplada en el artículo 93 N°6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal.

4°.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagradas en los artículos 5, 6, 7 y 19 N°3 de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiera determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

5°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, este disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 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. Tales convenios se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Gine

bra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto

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

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...?.

Que, por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D.S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho instrument

o no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, si bien los protocolos complementarios a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01

de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar 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.

6°.- Que, al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

Es más, de la propia lectura de la norma en comento se colige que al dictarla se tuvieron en consideración los siguientes aspectos: a) que 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 ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros

y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón para tener por establecido que en Chile, a la época de perpetración de los hechos investigados, existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

En consecuencia, no se ha acreditado que en la época en referencia - haya existido en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha establecido que a partir del 12 de septiembre de 1973 -día en que se dictó el Decreto Ley Nº 5-, existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos de dicha resolución.

Por ello, la disposición en referencia, es claramente insuficiente para sostener que en Chile a la data de los ilícitos existía un ?conflicto armado no internacional? y por tanto, no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los episodios delictuales en estudio;

7º.- Que, igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna en orden a la aplicación de causales de extinción de la responsabilidad penal. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ?ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente?, norma que ha sido interpretada en el sentido 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?.

8º.- Que, asimismo, el disidente -tal como lo expresó en los autos Rol N° 2079-06- estima pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro ?La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 ? 1998? Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo ?han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la ?guerra interna? de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar?? (Página 44).?

9º.- Que, ahora bien, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, crimen cuya sanción es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

10.- Que, en estos antecedentes, como se dijo, se instruyó sumario el veintitrés de enero de dos mil seis, según consta de fojas 23 del Tomo I de estos antecedentes, fecha a la cual el plazo de prescripción para crímenes como el de este caso ya había transcurrido, pues la comisión del ilícito en cuestión se fijó entre los días trece y catorce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y según aparece del extracto de filiación del enjuiciado rolante a fojas 225, no existen

antecedentes que permitan suponer que hubiere cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción.

11.- Que, en atención a lo expuesto, en la especie operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del encausado y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlo del cargo acusatorio, como se anunciara al comienzo.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta la jerarquía igual o superior a la Constitución Política de la República de los tratados internacionales suscritos por Chile a la que se hace referencia en los basamentos 8° y 18° supremacía que, en concepto del previniente, sólo rige por sobre las leyes internas. Funda su parecer en dos órdenes de prevalencia con

stitucional, una formal y la otra, material:

A) La preeminencia formal se sustenta en la tramitación de una ley que, sin distinciones, le asigna el N° 1° del artículo 54 de la carta Fundamental a la aprobación o rechazo por el Congreso que exige el artículo 32, N° 15°, para concluir, firmar o ratificar los tratados, y ello con los quórum del artículo 66.

B) Si los tratados tuvieran realmente jerarquía constitucional sus normas deberían someterse a la tramitación contemplada en el Capítulo XV de la Carta Magna que reglamenta su forma (artículos 127 a 129), lo que no hace, imponiendo los trámites de una simple ley y así revela el criterio del constituyente sobre este tema.

C) El predominio material descansa en el artículo 6° de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la supremacía constitucional al disponer que su normativa obliga tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, bajo las responsabilidades y sanciones pertinentes.

D) Todavía más, el artículo 93, N°s 1° y 3°, entregan al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las normas de un tratado, nuevamente no distingue, que versen sobre asuntos orgánicos

constitucionales, antes de su promulgación; y resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Atribuciones que muestran con nitidez la preponderancia constitucional sobre dichos tratados internacionales.

Tampoco admite la afirmación del fundamento 9°, en el sentido que no pueden alterarse debido a la jerarquía que se le asigna, sin embargo, el artículo 54, N° 1°, incisos 6° y 7° faculta expresamente al Presidente de la República para denunciar o retirarse de los tratados internacionales que haya celebrado, nuevamente sin discriminar la naturaleza del convenio.

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

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

1°.- Que parece imprescindible dejar en claro que luego del once de

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

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

2°.- Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada era, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con "bandos" los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los indicados cuerpos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitarlos al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político, cuya intromisión se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar. En efecto, uno de los primeros síntomas del Derecho Penal autoritario que se introdujo en nuestro sistema jurídico consistió en privilegiar la seguridad nacional por sobre la libertad individual y sobre esta premisa, se incorporó al país en el mundo de la guerra, premuniéndose el gobierno de los inmensos poderes que esta legislación especial radica en el mando militar, que opera sin restricciones en los lugares y ocasiones que determina, y bajo este prisma los bandos autorizaron dar muerte en el acto a quienes atacaran u opusieren resistencia a las autoridades de facto. Por otra parte, sin perjuicio de hacer funcionar los tribunales militares en tiempo de guerra, con procedimientos muy concentrados en que los derechos de la defensa quedaron fuertemente disminuidos, la ficción de la guerra trajo aparejada la inmediata vigencia de tipos penales con muy elevadas sanciones y su aplicación a los ciudadanos que el régimen

militar consideró sus adversarios, fijó arbitrariamente la fecha de las hostilidades? y castigó así indiscriminadamente por actos anteriores a quienes reputó ?enemigos internos?. Y no sólo eso, porque en la discusión del artículo 86 del proyecto del Acta Constitucional de 1978, en su tenor primitivo, que sustrae a los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia correccional de esta Corte Suprema, los comisionados señores Ortúzar (presidente) y Lorca y la señora Bulnes concuerdan en que la idea de la guerra ha cambiado. Antiguamente era un enfrentamiento entre dos Estados, de dos ejércitos. En la actualidad la noción es fundamentalmente diversa, porque nadie podrá decir que no existe guerra con la piratería aérea, que puede ser más peligrosa que dos ejércitos luchando fuera de los centros urbanos. Y si se le diera el tratamiento de cualquier delito ocurrido en tiempo de paz, tal vez se dejaría sin el debido resguardo a principios como los de la seguridad y la defensa nacionales, los que, evidentemente, también han variado en su conceptualización. Y agrega el presidente que estos graves delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado tienen su origen, en realidad, en un enemigo externo que está dentro de la casa (sesión N° 333, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete, divulgada en el opúsculo del Colegio de Abogados de Chile, imprenta Montegrande S. A., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa, páginas 175 y 176).

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

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido "las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, "con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra" (fundamento 2°). Manifiesta su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician "en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe", que abarca a los prisioneros civiles (artículo 86, inciso segundo, del Código de Justicia Militar).

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

Y todavía el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de

prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

4°.- Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objetivo únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la coyuntura de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando `de hecho ella existiere?. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho?. Luego continúa que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está `frente al enemigo?, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan `emprendido los servicios de seguridad? en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho `enemigo?, a estar al `frente del enemigo? implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?.

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 ? 73) concluyó que ?... es

indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos para tal calificación- por el artículo 418 del Código de Justicia Militar? (Colegio de Abogados de Chile: ?La Justicia Militar en Chile?. Editoria I Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

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

En definitiva, razona que en cuanto a la ¿Legalidad el estado de guerra?, ¿la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe?.

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

era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la libertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad?. Concluye que ?En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan?.

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

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

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

perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

7°.- Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra, dado que ¿por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molest o por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común?. Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse. Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3º en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infringir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de
nor

mas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

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

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

9°.- Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, torna competentes los tribunales militares en tiempo

de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una alteración de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son ¿tales que en tiempo de paz no tienen ni las más altas autoridades políticas o administrativas? (Renato Astrosa Herrera: ¿Código de Justicia Militar Comentado?, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

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

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

sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

11°.- Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio calificado cometido en la persona de Jose Eusebio Rodriguez Hernandez, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: ?a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados?.

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de perpetrar, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores

a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellas, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

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

Como consecuencia de lo que se ha venido diciendo, atendido el contexto en que se desarrollaron los hechos en que tuvo directa participación el acusado Mateo Durruty Blanco, la sanción de cuatro años de presidio menor en su grado máximo impuesta en la presente sentencia, sin perjuicio de la recalificación jurídica de los hechos efectuada, aparece proporcional y adecuada a las circunstancias de comisión del delito por el que en definitiva fuera condenado

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Bates, estuvo por desestimar el reconocimiento de la denominada ?media prescripción? y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello las opiniones por él manifestadas en otras sentencias, conforme a lo que se señala a continuación:

1°.- Que, comparte los fundamentos de aquella opinión doctrinaria y jurisprudencial vertida en diversos fallos de esta Corte en el sentido que el delito de autos es producto del terrorismo de Estado imperante a la época de los hechos y las conductas voluntarias de los propios sujetos activos en la comisión de los delitos y posteriormente ante la justicia que los investiga. Porque en vez de estar el Estado y sus funcionarios al servicio de las personas y su realización material y espiritual (artículo 1° de la Constitución Política de la República) destruyeron las vidas de las víctimas, las violentaron y usaron ilícitamente como instrumentos o medios para fines ideológicos con flagrante atropello a la dignidad de las mismas, dignidad necesaria de reconocer, promover y proteger en cualquier tiempo, lugar y circunstancias.

2°.- Que, el transcurso del tiempo ¿fundamento base de las dos modalidades de prescripción precitadas-, debe analizarse a la luz de la identificación de sus causas, en el caso sublite la existencia de patrones sistemáticos y generalizados orientados a sustraer de la justicia determinados hechos imposibilitando y dificultando significativamente su realización; encubrir violaciones a derechos fundamentales y pretender la impunidad de los involucrados.

3°.- Que en ese contexto, la institución de la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal, debe interpretarse progresivamente acorde con la mayor evolución del derecho internacional de los derechos humanos y aplicarse las penas correspondientes dentro de las facultades discrecionales que la ley autoriza de acuerdo a las complejidades y particularidades propias de cada caso. Al respecto, el caso sublite ocurrió en un período de la historia y de la vida de Chile en que se perpetró la mayor parte y los más violentos crímenes de estado a la sazón imperante, tal como lo explicitó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ¿Almonacid Arellano y otros vs. Chile?: ¿desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de Marzo de 1990 gobernó en Chile una dictadura

militar que dentro de una política del Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas y 33.221 detenidos de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura. De igual forma la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses de gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura? (Sentencia de 23 de Diciembre de 2006, párrafo 103). La aplicación del artículo 103 del Código Penal y sus alcances en la reducción significativa de las penas, no han pasado inadvertidas para la O.C.D.E. en un informe reciente, si bien sobre la aplicación de la Convención contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, párrafo 179.

4°.- Que, las precedentes consideraciones constituyen la necesaria argumentación para desestimar los planteamientos de la defensa del encausado al tenor de lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal y concluir la improcedencia de aplicar la atenuante referida. Admitir la prescripción gradual en casos como el de autos puede incentivar la burla de la ley y la justicia eludiendo o minimizando el castigo con infracción al principio de proporcionalidad de la pena. Además, los fines de prevención de la pena ?general y especial-, dejan de cumplirse ante delitos que por su magnitud y características en el presente caso no autorizan olvidos totales ni parciales, funda

mento doctrinario de la prescripción. Sin que deba olvidarse, por otra parte, la norma del Reglamento de Disciplina de las Fuerza Armadas en orden a que ?la discreción en asuntos del servicio o estrictamente militares dura para el militar toda la vida?. (artículo 24) la que puede contribuir a explicar las actitudes de los encausados frente a la

jurisdicción. Las penas finalmente aplicadas de aceptarse la prescripción gradual pasan a ser equivalentes a delitos comunes que por la entidad de los bienes jurídicos que protegen no son comparables con los de autos, finalmente,

5°.- Que, la aplicación de las Convenciones de Ginebra (Diario Oficial de 17 al 20 de Abril de 1951) y la consiguiente imprescriptibilidad e inamnestiabilidad de los crímenes de guerra tiene un sólido y explícito reconocimiento al estado o tiempo de guerra que se vivía en el país en la época de los hechos de esta causa, con la dictación de los Decretos Leyes N°s. 3 y 5 de Septiembre de 1973 emitido precisamente por las autoridades especializadas en la materia: miembros de las Fuerzas Armadas de la época y con el funcionamiento de los Consejos de Guerra. De modo que no es coherente pretender la invalidez de tales normas legales para efectos de juzgamientos posteriores de la justicia ordinaria. Finalmente, el objetivo de mayor penalidad derivada de dichos decretos leyes esgrimido como argumento para excluirlos de su aplicación, en opinión del previniente no es tal, sino que sólo consecuencia natural del reconocimiento a ese estado de guerra, pero no autoriza su invalidación. Por lo tanto, las Convenciones de Ginebra impiden aplicar la amnistía y la prescripción con respecto a delitos cometidos en caso de conflictos armados con o sin carácter internacional, situación jurídica vivida en Chile a partir del 11 de Septiembre de 1973.

6°.- Que, si bien es cierto que el condenado Mateo Durruty es a la fecha de esta sentencia más que octogenario lo que podría motivar alguna consideración especial que incidiera en una disminución de la pena, no es menos cierto que el catálogo de circunstancias atenuantes generales que contempla el Código Penal, es taxativo, lo que no permite rebajas de penas por aplicación de atenuantes similares a las que les preceden, como lo hacen por ejemplo algunas legislaciones comparadas, sin que concurra por otra parte ninguna atenuante de carácter o ley especial aplicable al caso.

En consecuencia el previniente es de parecer que para regular la sanción que deberá imponerse al encausado sólo se debe tener en cuenta la atenuante del artículo 11, N° 6°, y, entonces, estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración que el procesado queda condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias pertinentes y a las costas del juicio por su responsabilidad de autor del delito de homicidio calificado.

En cuanto a la condena civil al Fisco de Chile, ésta se acuerda con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Sr. Ballesteros, quienes estiman que en esta sede penal resulta inadmisible debatir acerca de la indemnización que se pretende del Fisco de Chile, por las siguientes consideraciones:

1°.- 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 obligue al juez a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

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

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados?".

En resumen, podrá 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 si misma hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

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

3°.- 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 complementario del artículo 10 del mismo compendio, toda vez que aquel permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal- contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente al juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Código Orgánico de tribunales, en cuanto establece como regla general- y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor 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 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 a la víctima, o se

dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán deducirse 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?.

4°.- Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia del legislador procesal penal, sirven igualmente para iluminar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

5°.- Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida por el Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del Código de Enjuiciamiento del Ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el fisco de Chile, acertadamente acogida por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

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

Regístrese y devuélvase.

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

Rol 6601-2011.

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. Luis Bates H. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la

causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de diciembre de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

