

Santiago, veinticinco de junio de dos mil doce.

**VISTOS:**

Por sentencia de primera instancia pronunciada el 10 de diciembre de 2009, escrita de fojas 2.728 a 2.816 de estos antecedentes, se condenó a Clenardo Figueroa Cifuentes como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona del desaparecido Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa. En seguida se condenó a Gamaliel Soto Segura, como cómplice del mismo delito, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se acogió la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Consejo de Defensa del Estado en lo principal de su contestación de fojas 2.533, respecto de la demanda de indemnización de perjuicios deducida por la querellante Nelly González Galeno.

Impugnada esta decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 19 de agosto de 2011, a fojas 3.054, desestimó el primero de tales arbitrios y confirmó el fallo, con declaración que Gamaliel Soto Segura queda condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de secuestro calificado y, en lo civil, revocó el indicado fallo, declarando que la excepción de incompetencia absoluta del tribunal queda rechazada, como asimismo las restantes excepciones de fondo propuestas por el Fisco de Chile; en consecuencia, acogió la demanda entablada en el primer otrosí de fojas 2.448 por la querellante, Nelly González Galeno, condenando al Fisco de Chile al pago de la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.-), como

resarcimiento del daño moral causado, con los intereses que indica el fallo, sin costas.

Contra el anterior pronunciamiento, a fojas 3.065, doña Irma Soto Rodríguez, Abogada Procuradora Fiscal de Santiago, por el Consejo de Defensa del Estado, y la defensa del sentenciado Soto Segura, a fojas 4.000, dedujeron sendos recursos de casación en la forma y en el fondo.

A fojas 4.084, se ordenó traer los autos en relación para el conocimiento del recurso de casación en la forma de fojas 3.065 y casación en la forma y en el fondo deducidos a fojas 4.000. Respecto del recurso de casación en el fondo intentado por la representante del Consejo de Defensa del Estado, su conocimiento y decisión quedó diferida hasta que se fallen los recursos admitidos a tramitación.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en lo principal del libelo de fojas 3.064, por el Fisco de Chile, se entabló recurso de casación en la forma sustentado en la causal sexta del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con los artículos 541, inciso final, del mismo cuerpo normativo, y 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, es decir, en haber sido pronunciada la sentencia impugnada por un tribunal incompetente, en contravención con lo previsto en el artículo 10 del código aludido.

Plantea que el conocimiento de la acción civil intentada en el proceso contra el Fisco correspondía de manera exclusiva a los tribunales con jurisdicción civil, dado que la última gran reforma que afectó al Código de Procedimiento Penal, originada en la Ley N° 18.857, de diciembre de 1989 -que modificó el citado artículo 10-, limitó la acción civil en el juicio penal en cuanto a su amplitud y extensión, tema discutido desde hacía tiempo en orden a eliminar de ese proceso elementos distorsionadores de la función primordial del juez de establecer el hecho punible y la participación en él de quienes lo causaron o se aprovecharon de sus efectos.

Explica que el artículo 59 del nuevo Código Procesal Penal permite a la víctima intentar la acción para perseguir responsabilidades civiles derivadas del

hecho punible sólo respecto del imputado, en circunstancias que los restantes perjudicados y terceros civilmente responsables deben discutir sus pretensiones civiles ante el tribunal de idéntica naturaleza que correspondiere; mismo criterio que exige el actual Código de Justicia Militar a propósito del procedimiento de tiempo de paz.

Sostiene que de acuerdo al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia de la acción civil en el juicio criminal es menester que se funde en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las propias conductas de los procesados o que sean consecuencias próximas o directas de ellas, y que el juzgamiento de la pretensión civil del actor no se extienda a extremos ajenos a las conductas que constituyen el hecho punible. Es decir, el juez en lo penal no tiene competencia para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad.

En la especie, destaca que la demandante imputa responsabilidad al Fisco sobre la base de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, y artículos 4° y 44 de la Ley N° 18.575, disposiciones que según la actora establecerían una supuesta responsabilidad imprescriptible y objetiva del Estado; es decir, se le atribuye responsabilidad de derecho constitucional y administrativo, pero no penal.

De lo dicho colige que se trata de circunstancias ajenas al comportamiento de los autores y cómplices de los ilícitos que se persiguen, excediendo por ende la limitación impuesta en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, incompetencia que no solo cuenta con sustento legal y doctrinario, sino que ha sido reconocida judicialmente.

Asegura que el Estado y sus órganos sólo pueden causar algún perjuicio mediante falta de servicio, que es de carácter autónomo en relación con la teoría civilista de la responsabilidad extra contractual, y cuyo sustento no se hace consistir sólo en los elementos del dolo y la culpa, sino que emerge en diferentes situaciones que la doctrina acepta como constitutivas de falta, por ejemplo cuando el servicio funciona mal, no ha funcionado o lo ha hecho tardíamente.

Aduce que en el caso en estudio se trata una acción constitucional destinada a reclamar contra la administración del Estado, se invoca una falta de servicio, los perjuicios de las víctimas serían imputables a la propia administración por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos, y se trataría una responsabilidad objetiva del Estado. De ello aparece que para resolver la acción civil deducida, el tribunal se aparta del juzgamiento de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, ya que la supuesta responsabilidad del Estado deberá buscarse en hechos extraños al comportamiento de autores y cómplices, por lo que se extendería a extremos distintos a los que señala el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, asevera que el juez del crimen dictó fallo careciendo de competencia para pronunciarse sobre la acción civil, por lo que debía confirmarse el fallo de primer grado no dando lugar a la demanda contra el Fisco.

Con estos argumentos solicita se anule el pronunciamiento de alzada y se dicte otro de reemplazo que confirme el de primera instancia, con costas;

**SEGUNDO:** Que enseguida, la defensa del condenado Gamaliel Soto Segura interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

El primero de ellos se asienta en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, denunciando como infringido el artículo 500 N° 4 del mismo cuerpo normativo.

Indica que el fallo de primera instancia no se hizo cargo de sus alegaciones en que sostuvo que el elemento de prueba fundamental y directo provendría de una declaración -fojas 1018- acompañada a un parte policial que, amén de ser un mero antecedente, su contenido es inútil para formar convicción en contra de su representado, dado que el propio declarante sostiene que fue detenido un día 16 de septiembre de 1973, en circunstancias que los hechos indagados se inician con la detención de la víctima y su traslado en helicóptero desde la localidad de Cunco dos días antes, el 14 de septiembre de 1973, cuestión que el fallo no aborda.

Plantea que la sentencia tampoco se hace cargo de sus alegaciones acerca de que una eventual actuación de su representado al subir a la víctima a un

helicóptero en horas de la tarde, después de consumada la detención, no es un acto propio de la complicidad.

Aclara que no está alegando en cuanto a la forma de apreciar las probanzas, sino que cuestiona que los jueces no se pronuncien acerca de que el testigo signado con el numeral 11 del considerando 8° nada pudo ver, lo que es una cuestión netamente formal.

Destaca entre la prueba el testimonio de la cónyuge de la víctima, quien declara ampliamente acerca de las circunstancias de la detención, el traslado al cuartel, su permanencia en ese lugar y su posterior conducción a un recinto de la Fach. Sólo relata que su mandante se comportó como si no los conociera, pero no dice que los haya detenido, golpeado ni subido al helicóptero. Atestigua que dentro de los carabineros que en ese momento estaban en el retén, recordó a Gamaliel Soto, a quien reconoce en una fotografía.

De ahí extrae el recurrente que su representado no participó en el acto de la detención y consumación de la privación de libertad, pues la cónyuge del ofendido lo recuerda únicamente como uno de los que estaban en el cuartel policial pero no relata que haya concurrido a su domicilio.

Más adelante extracta otros testimonios contenidos en la causa, de los que desprende que ninguno vincula a su mandante con la detención de la víctima o bien no estaban en condiciones de conocer los hechos sobre los que se expresan, reprobando que el tribunal no haya extendido sus consideraciones a estas cuestiones.

Asegura que si los sentenciadores se hubiesen hecho cargo de sus alegaciones en forma debida, debió absolverse a su representado por falta de participación y no sancionarlo como autor del delito de secuestro materia de las averiguaciones.

En la conclusión solicita se invalide el fallo de alzada y se dicte otro conforme a la ley y al mérito del proceso;

**TERCERO:** Que como se dijo en el motivo anterior, el mismo recurrente formalizó recurso de casación en el fondo por la causal primera del artículo 546

del Código de Procedimiento Penal, estimando como vulnerados los artículos 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar, 103 y 68 inciso tercero del Código Penal.

Plantea que la decisión condenatoria es equivocada al sostener que en todos los casos del artículo 214 antes señalado la orden a que alude la disposición debe ser relativa al servicio, ya que el supuesto del inciso 2° precisamente trata de una orden diversa, pues resulta jurídicamente imposible sostener que la orden de cometer un delito sea una de aquellas materias comprendidas dentro del servicio de los militares.

Acorde a ello, si es que el subordinado comete un delito en cumplimiento de una orden notoriamente tendiente a la perpetración del ilícito y sin dar cumplimiento a la formalidad de representar la orden de acuerdo al artículo 335 del mismo Código, se debía imponer la pena inferior en grado a la asignada por la ley, pues se trata de una atenuante calificada que perentoriamente ordena la reducción de la pena.

Arguye que si Soto Segura condujo a la víctima al helicóptero, no lo hizo de propia iniciativa, sino que debió cumplir una orden, dado que el dominio del hecho lo tenían sus superiores jerárquicos.

Crítica enseguida que el tribunal no haya considerado el hecho revestido de la atenuante calificada que consagra el artículo 103 del Código Penal, circunstancia que resulta ser independiente y diversa de la prescripción propiamente tal, pues se funda en lo insensato de una alta sanción por hechos ocurridos largo tiempo atrás y en la aplicación del principio humanitario del Derecho Penal.

Para efectos del castigo, considera que de haberse reconocido la atenuante del artículo 214 del Código de Justicia Militar, se habría rebajado la pena en un grado, y con la estimación, además, de la minorante del artículo 103 del Código Penal, se torna inaplicable cualquier agravante y concurrentes en cambio dos o más atenuantes muy calificadas, de modo que dando aplicación al artículo 68 del Código Penal, debe rebajarse la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados en la ley, dado el número y la calidad de las circunstancias atenuantes. En la especie, por el tiempo transcurrido, la responsabilidad penal del encausado

se encontraría extinguida, pero en consideración a la calificación del delito como de lesa humanidad, que no discute, en aras del derecho, la moral y la justicia, es dable la aplicación del máximo de la rebaja, esto es, de tres grados, y así se cumple con la exigencia de la racionalidad de la pena, todo lo cual permitiría la concesión de los beneficios de la Ley N° 18.216.

En lo petitorio, insta por la anulación del fallo a fin que se dicte sentencia de reemplazo que, con las circunstancias alegadas, lo sancione a una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, pudiendo acogerse así alguna de las medidas alternativas al castigo corporal;

**CUARTO:** Que en lo concerniente al recurso de casación en la forma basado en la incompetencia absoluta del tribunal, alegada por la defensa del Fisco, en la que niega la facultad del tribunal de conocer y juzgar una acción civil de la querellante, por constituir dicho litigante una parte que en lo jurídico de la pretensión invocada sería un tercero civilmente responsable, respecto del cual el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal no otorga legitimación pasiva para soportar en esta jurisdicción la pretensión indemnizatoria demandada, es del caso señalar que el objetivo principal del juicio penal es el de conocer y juzgar una conducta que la ley considere penalmente ilícita y por ende, en los casos de existir especialidad, como lo es en lo criminal, la competencia del tribunal debe estar destinada a establecer los extremos de la persecución penal, lo cual es relativamente cierto, en cuanto a que el juzgamiento civil relacionado con el hecho ilícito acumulado al proceso penal debe entenderse como algo excepcional. Pero esta situación de excepción, sin embargo, no es óbice para acumular competencias si se dan los supuestos legales establecidos para justificar la necesidad de que se discutan en un solo juicio los aspectos civiles del delito con la cuestión penal, para lo cual la ley orgánica y procedimental lo permiten de manera clara y precisa;

**QUINTO:** Que en este entendido, es una regla general de competencia, el principio de extensión que se contiene en el artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales, la cual permite una ampliación de competencia a los jueces en la tarea de decidir los conflictos de relevancia jurídica y por ello es que admite que el

tribunal que es competente para conocer de un asunto, lo sea también para conocer de otras cuestiones que la norma plantea desde un punto de vista civil, como lo son los incidentes y las materias relacionadas con la reconvención o con la compensación, extensión que también opera en el juicio penal, como ocurre precisamente con los asuntos civiles o prejudiciales civiles, relacionados con el tema criminal, a los cuales la ley le entrega competencia a los tribunales de la sede penal, como lo constituyen las materias previstas en los artículos 10, 39 y 40 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 171, 172, 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo a la vigencia que dispuso la Ley N° 19.708, según se trate de asuntos criminales del antiguo o nuevo sistema procesal penal. De manera tal que la extensión de competencia de los jueces a cuestiones distintas de lo que constituye la causa principal es un principio plenamente vigente y además útil y necesario para la congruencia y seguridad jurídica en la contienda jurisdiccional y ayuda además como un elemento de economía procesal;

**SEXTO:** Que en este entendido deberá determinarse si en el presente juicio el tribunal que es naturalmente competente para conocer del juicio penal, puede o no extender sus facultades jurisdiccionales a la demanda civil deducida por la parte querellante en contra del Fisco de Chile en el carácter de tercero responsable civil por los perjuicios que aquélla ha sufrido como consecuencia del secuestro de una persona a manos de agentes del Estado, como es la cuestión que se ha discutido en el asunto principal. El demandado recurrente afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del actual texto del Código de Procedimiento Penal ello no es posible y en dicho evento la pretensión indemnizatoria debió endilgarse ante un tribunal civil. Sin embargo, para convencer al demandado del aludido error en su alegación de incompetencia, es necesario puntualizar que ciertamente a virtud de la Ley N° 19.776 del año 1989, se modificó dicha norma, la cual, según su texto original decía: “De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado.” La ley aludida modificó tal precepto y además el



artículo 40 del mismo cuerpo de leyes. En lo primero, la reforma dispuso: “En el proceso penal podrán deducirse también con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”. Agregó la norma: “En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”. Dichas modificaciones, según el recurrente, dispondrían de manera categórica ahora que, conforme a este precepto, el ejercicio de la acción civil sólo podría ejercerse entre la víctima o querellante y el procesado causante del hecho punible y además, que la acción indemnizatoria solo podría justificarse en cuanto el hecho ilícito que causa el daño a indemnizar tenga una relación directa con la conducta punible. Tal argumentación no se compadece con el principio de extensión ni tampoco fluye del sentido de la norma ni menos de la historia de su establecimiento. En efecto, el texto original, por su vaguedad, creaba dificultades en su interpretación, sobre todo en el sentido de entenderse que la acción civil era procedente cuanto tenía una vinculación directa con un delito y de alguna manera se entendía que no comprendía los perjuicios atinentes a los cuasidelitos, cuestión que solo por vía jurisprudencial se pudo superar y por ello es que la Comisión Conjunta encargada del estudio de esta modificación informó a la Junta de Gobierno, órgano legislativo en la época del gobierno militar, el sentido del proyecto, explicando que el artículo 10 aludido hay que entenderlo relacionado con los artículos 5, 19, 40 y 41 del Código, con las modificaciones que introduce el proyecto y por ello es que se ha pretendido mejorar la terminología y disipar las dudas que ella con frecuencia origina. Así sea que “la nueva redacción de los artículos 5 y 10 marca el carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal. Se deja a un lado el concepto restringido que muchos han querido ver en nuestra legislación y

que, aparte de la restitutoria, limita el contenido de estas acciones a la reparación pecuniaria en dinero, identificándola sólo con la pretensión de declaración o liquidación de daños y perjuicios causados por delitos que sean indemnizables en dinero, con las consecuencias correspondientes respecto de la competencia” y se agrega en el informe: “La pluralidad que ahora se enuncia en los artículos 5 y 10 admite que entre las acciones civiles se pueden encontrar no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido evidentemente más amplio que en la actual legislación, sino también las acciones prejudiciales y las precautorias y las reparaciones especiales que traen aparejados ciertos delitos, como ocurre en los artículos 379, 381 y 410 del Código Penal.” En cuanto a la extensión de lo que es posible demandar, la reforma también amplió ese criterio, como se desprende del informe justificativo del cambio, prescindiendo de que su ejercicio como acción civil en el proceso penal sólo se justificaba si esta provenía o nacía del delito, avanzando en la tesis que la fuente común de la responsabilidad es el hecho ilícito y antijurídico, el que sí está contemplado en la ley con una pena deriva en responsabilidad penal y si causa daño genera responsabilidad civil, origen común del que arrancan importantísimas consecuencias en materias sustantivas o por ello es que se ha preferido utilizar las expresiones “para perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible” o a “las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible” (Nota marginal de explicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, páginas 43, 44 y 45). De este modo, queda claro que el sentido de la reforma no pretendió restringir el ejercicio de la acción civil que autoriza el artículo 10 del código citado, sino por lo contrario fue extender su contenido a mayores hipótesis de cobros indemnizatorios, de manera que da más posibilidades de demandar a personas distintas de los hechores del delito, ejercicio que en ningún caso queda debilitado con el actual texto del precepto señalado;

**SÉPTIMO:** Que no obstante lo anterior, tampoco resulta comprensible entender con la reforma de la Ley N° 18.857, la exclusión como parte pasiva de la

relación procesal de los que se estiman terceros civilmente responsables y conectar tal teoría con el actual sistema procesal penal que no contempla acciones entre partes que no sean imputados o víctimas. Puesto que se olvida que la misma ley aludida fortaleció categóricamente el ejercicio de la acción civil en contra de terceros que deben resultar responsables del pago de indemnizaciones conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual en un sentido amplio y con el interés de otorgarle una competencia plural a los jueces del crimen para comprender el ejercicio de la acción civil en su más extenso sentido, haciendo a la vez congruente la reforma del artículo 40 del mismo cuerpo de leyes, que con la Ley N° 18.857, la misma que modificó el artículo 10 antes referido, incluyó dentro de los sujetos pasivos de la acción civil precisamente a los terceros civilmente responsables, de tal modo, que son legitimados éstos, conjuntamente con los responsables del hecho punible y en contra de los herederos de unos y otros porque, como lo dice la historia de esta modificación, era necesario incluir claramente a dichos sujetos, puesto que aparecían como tales en otras normas del mismo código, como son los artículos 398, 431 (debió decir 430), 447, 450, 500 N° 7 y 536 referidos en esa terminología en dicho cuerpo legal. De esta manera aparece claro que el sistema procesal penal regido por el código de 1907, a la fecha de la demanda civil interpuesta por la querellante, hermana de la víctima, hace competente para conocer de la acción civil indemnizatoria al tribunal del crimen que está conociendo del hecho punible como cuestión principal dirigida aquélla en contra del Fisco de Chile como tercero civilmente responsable, porque así lo establecen claramente los artículos 10 y 40 del Código de Procedimiento Penal y porque además se halla dicha aseveración en armonía con las normas de los artículos 398, 430, 447, 500 N° 7 y 536 del aludido texto legal. De lo concluido pierde también peso el argumento del recurso, de considerar su tesis en concordancia con el actual texto del Código Procesal Penal que no acepta discutir en la sede criminal la acción civil en contra de terceros distintos al imputado de conformidad con lo señalado en el artículo 59 de dicho código, porque ello sólo es válido en relación al nuevo sistema procesal pero de lo mismo no se puede inferir, a título de analogía improcedente, que por dicha norma se habría derogado esa

posibilidad de ejercicio en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal, puesto que para ello en los juicios del sistema inquisitivo debió expresamente excluirse la posibilidad de demandar a los terceros civilmente responsables, lo que no ha ocurrido y por el contrario, conforme a las leyes adecuatorias de la reforma procesal penal, la N° 19.665 se dispuso en el artículo 7° transitorio que las disposiciones de dicha ley que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales u otros cuerpos legales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 16.640, en relación con los hechos acaecidos a partir de dicho momento. Y la norma agregó: “En consecuencia, las normas del Código Orgánico de Tribunales u otros cuerpos legales relativas a la competencia en materia penal continuarán aplicándose, después de esa fecha, respecto de las causas cuyo conocimiento corresponda a los juzgados del crimen y los juzgados de letras con competencia en lo criminal, por referirse a hechos acaecidos con anterioridad.” Siguiendo este esquema, la Ley N° 19.708 de 2001, en su artículo 1° N° 21 derogó el artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, pero en el entendido que esa derogación se refería para la aplicación del nuevo código procesal penal, ya que esta misma ley hizo la reserva de que entraría en vigencia de conformidad a las reglas establecidas en el citado artículo 7° transitorio de la Ley N° 19.665, de tal modo, que para el presente juicio, se mantiene en aplicación el señalado artículo 172 que es una norma de competencia y que dispone: “El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencias de un delito; y podrá adoptar durante el juicio, las medidas necesarias para hacer efectiva esa responsabilidad”. De este modo, aparece de manera convincente que el legislador ha mantenido esta competencia acumulativa de acciones civiles en sentido amplio y la acción penal en el juez del crimen, si el querellante pretende hacer efectiva esas responsabilidades en sede criminal y por consecuencia, si la parte querellante optó por dicho camino eligió al tribunal competente para que pueda decidir sobre todas las materias invocadas;

**OCTAVO:** Que conforme a lo razonado aparece remanifiesto que la sentencia impugnada, en lo que se refiere a la condena civil, ha sido dictada por un tribunal competente puesto que en razón de la materia era depositario del conocimiento y juzgamiento de la pretensión indemnizatoria de la actora civil y, por ende, no se ha producido el vicio que contempla el N° 6 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal ni el previsto en el N° 1 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por lo que en estas circunstancias el arbitrio de nulidad promovido por el Fisco de Chile será desestimado;

**NOVENO:** Que, por su parte, la invalidación por defectos de forma solicitada por la defensa del condenado Gamaliel Soto Segura se fundamenta en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el artículo 500, numerando 4º, de ese mismo cuerpo legal, es decir, porque se habrían omitido en el fallo “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados, o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”;

**DÉCIMO:** Que como ha sido jurisprudencia reiterada de este tribunal, para el cabal cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, el fallo debe contener las razones que conducen a la decisión que se adopta. Para ello es suficiente que la sentencia contenga las consideraciones pertinentes relativas al establecimiento de los hechos y a la participación punible atribuida al enjuiciado, a las pretensiones de la acusación particular, si la hubiere, y a los descargos formulados por la defensa, dado que lo que se sanciona con la nulidad de la sentencia es la omisión de dichos raciocinios. Por ello el motivo de invalidación que se alega tiene un carácter esencialmente objetivo, y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor del contenido de los razonamientos o su mérito intrínseco;

**UNDÉCIMO:** Que como se advierte del libelo de nulidad, el recurrente reprocha a los jueces haber limitado su decisión acerca de la participación

atribuida a Gamaliel Soto Segura en los hechos sin expresar los necesarios raciocinios para desechar las peticiones de la defensa. En este sentido es útil recordar que la finalidad de la casación formal no es, obviamente, la de ponderar la razonabilidad de otras posibles conclusiones, ni verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no equivocado, ni menos enmendar los errores, falsas apreciaciones o equivocaciones en que pueda incurrirse en la tarea señalada. La apreciación de los elementos de convicción está radicada en forma exclusiva en los jueces del fondo, sin que este tribunal pueda entrar a modificar lo obrado en el ejercicio de esa facultad;

**DUODÉCIMO:** Que en tal entendimiento, resulta evidente que la resolución de segunda instancia, al hacer suyos los fundamentos pertinentes de la de primera y al incorporar las nuevas reflexiones que condujeron a los jueces a su determinación, no adolece de la deficiencia denunciada, toda vez que de su solo tenor aparece una suficiente exposición de las consideraciones que han servido de soporte a la decisión de condena. Los jueces de la Corte no se han limitado a hacer meras afirmaciones desprovistas de análisis, lo que es posible descartar con un simple examen de los motivos séptimo y octavo de la sentencia reproducida, y quinto, sexto y séptimo de la de alzada, donde se vierten las razones de hecho y de derecho que tuvieron presente para resolver el asunto, particularmente lo que atañe a la intervención de Soto Segura en el hecho punible comprobado.

Efectivamente, como puede apreciarse en los fundamentos séptimo a undécimo y décimo cuarto a vigésimo quinto del dictamen de primer grado, y las motivaciones quinta a octava del de alzada, donde se explayan los sentenciadores acerca del establecimiento de los hechos, de la participación, y del rechazo de las exculpaciones de la defensa, se contienen adecuadamente las razones que llevaron a los jueces del grado a atribuir al encausado intervención en calidad de autor en el delito cuya ocurrencia se probó.

En efecto, las motivaciones del fallo manifiestan las reflexiones sobre el contenido de las pruebas aducidas y los correspondientes raciocinios que han permitido justificar la apreciación en cuya virtud se han aceptado o bien se han desechado las pretensiones del inculcado, de modo que de la lectura de los

argumentos de los sentenciadores se observa el análisis de las probanzas para la apreciación final y para cimentar debidamente su dictamen;

**DÉCIMO TERCERO:** Que en todo caso, interesa precisar que lo que estatuye la indicada norma es que el pronunciamiento contenga las reflexiones de hecho que le sirven de base y no otras que, según los antecedentes, debieran hacerse respecto de las defensas promovidas en apoyo de sus pretensiones y que han podido omitirse cuando, en opinión del tribunal de la instancia, resultan intrascendentes con la cuestión discutida y, por lo mismo, no alteran lo resuelto.

Si bien es cierto que una aplicación más extensiva del citado artículo 500, en particular su literal 4°, permite declarar que el dictamen es nulo no solamente cuando la omisión en que incurre es absoluta, sino, además, cuando las consideraciones olvidadas son de tal entidad que revelan un estudio deficiente del expediente, que entraña el riesgo más o menos veraz de una conclusión errada; no lo es menos que no resulta conducente ni plausible exigir un análisis exhaustivo de las probanzas acumuladas, más aún de las impertinentes o carentes de valor decisorio, ni por otra parte, que se agoten las reflexiones y especulaciones a que puedan dar lugar, sea por sí mismas o comparándolas con las demás, porque no es indispensable llegar a tal extremo para dar satisfacción al propósito de la ley, cual es el de revestir a las sentencias judiciales de la autoridad que les da la comprobación objetiva de haber sido adoptadas tras adecuada evaluación, amén de la que les otorga el ordenamiento jurídico.

En la especie, los planteamientos esgrimidos en sustento del motivo de invalidación sobre algunos aspectos de la defensa preteridos por el fallo resultan intrascendentes con lo medular de la cuestión debatida y, por lo mismo, no alteran lo resuelto;

**DÉCIMO CUARTO:** Que en realidad, lo que se pide a este tribunal de casación es una nueva estimación de los hechos, una revaloración de los indicios, con la finalidad de obtener una conclusión distinta a la de la instancia, lo que en modo alguno está comprendido en un motivo como el presente;

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en dicho contexto, los hechos en que descansa la motivación de nulidad intentada no la conforman, no resultando exactas las

transgresiones imputadas al fallo en estudio, desde que más que la ausencia de consideraciones se reprueba la fundamentación de los jueces de la instancia para decidir de la forma en que lo han hecho, por lo que no ha podido configurarse la causal de invalidación, en tanto se la vincula al incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 500 del Código de procedimiento Penal, por lo que este arbitrio procesal habrá de ser desestimado;

**DÉCIMO SEXTO:** Que en lo que respecta al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del mismo condenado, éste se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y se desarrolla en torno a la omisión de circunstancias especiales de atenuación de la responsabilidad penal que el fallo no considera;

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que a propósito de la atenuante prevista en el artículo 211, en relación al artículo 214, del Código de Justicia Militar, para su admisión es requisito indispensable la existencia de un mandato impartido como orden del servicio. Sin embargo, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, la orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado, no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas - artículo 421 del Código de Justicia Militar-. Por lo demás en el proceso no existen indicios de haberse representado al superior tal instrucción, por lo que no es posible su reconocimiento en los términos que ha sido invocada, máxime si, el enjuiciado ha negado toda intervención en los hechos, como se asienta en los motivos vigésimo tercero y vigésimo cuarto del fallo de primer grado, reproducidos en segunda instancia, de manera que no concurren los presupuestos exigidos por la aludida disposición, lo que conduce necesariamente a su rechazo;

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, finalmente, en lo que atañe al motivo de atenuación de la pena consagrado en el artículo 103 del Código Penal, denominado media prescripción, gradual, parcial o incompleta, argüida por el impugnante, es preciso tener en cuenta, dada la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, la imposibilidad de computar el plazo necesario



para la prescripción, que ha de contarse desde el momento en que cesa la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco la muerte del sujeto pasivo de la detención o encierro. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva, por lo que tal alegación desde ser desestimada;

**DÉCIMO NOVENO:** Que por las consideraciones precedentes, al no advertir este tribunal error de derecho al expedir los jueces del fondo pronunciamiento sobre las materias cuestionadas, indefectiblemente habrá de ser rechazado, también, el recurso de casación deducido por la defensa de Gamaliel Soto Segura, en sus dos capítulos;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500 N° 4°, 535, 541 N° 9, 546 N° 1° y 547 del de Procedimiento Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma promovidos por doña Irma Soto Rodríguez, abogada Procuradora Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, y por don Mauricio Unda Merino, en representación del condenado Gamaliel Soto Segura, en lo principal de sus presentaciones de fojas 3.065 y 4.000, respectivamente, como asimismo se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a favor del mismo Soto Segura en el primer otrosí del escrito de fojas 4.000, contra lo pertinente de la sentencia de 19 de agosto de 2011, escrita a fojas 3.054, la que, en lo que aquí se ha resuelto, **no es nula**.

**Se previene que el Ministro señor Brito** si bien comparte la decisión de desestimar la concurrencia de la prescripción gradual, tiene en consideración que la rebaja del castigo que previene también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra

institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo.

**Acordado el rechazo del recurso de casación en el fondo del sentenciado Soto Segura con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch,** quien fue de opinión de acogerlo y, por ello, invalidar la sentencia de alzada, toda vez que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de aquélla, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, la primera descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que

aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres, fecha cierta que permite precisar el inicio del plazo que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia y la dictación de la de reemplazo, en la cual debería considerarse lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal para rebajar en dos o tres grados la pena que correspondería aplicar a ambos encausados.

Atendido lo resuelto por resolución de fojas 4083, tráigase en relación el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de fojas 3065 para su conocimiento por el Tribunal Pleno.

Pase al Sr. Presidente de esta Corte para los fines de la vista de dicho arbitrio.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y la prevención y disidencia, sus autores.

N° 10.665-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Guillermo Silva G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de junio de dos mil doce, 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.

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 2182-98 “Colegio Médico-Eduardo González Galeno”, por sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por el Ministro de Fiero de la Corte de Apelaciones de Santiago señor Alejandro Solís Muñoz, se condenó al querellado Clenardo Figueroa Cifuentes como autor del delito de secuestro calificado de Eduardo González Galeno a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias del grado y al pago de las costas de la causa, y al también querellado Gamaliel Soto Segura, como cómplice del mismo ilícito, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes y al pago de las costas del proceso. En el aspecto civil, el fallo acogió la excepción de incompetencia opuesta por el demandado Fisco de Chile y rechazó la demanda deducida por la actora, omitiendo pronunciamiento respecto de la prescripción extintiva también alegada.

En contra de esta sentencia la defensa del querellado Soto Segura dedujo recurso de casación en la forma y apelaron el mismo Soto Segura, el querellado Figueroa Cifuentes, la querellante y demandante civil Nelly González Galeno y la parte Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior. Asimismo, se elevó en consulta el sobreseimiento parcial y definitivo decretado respecto de Rigoberto Pacheco Cárdenas.

En fallo de diecinueve de agosto de dos mil once, escrito a fojas 3054, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago aprobó el sobreseimiento consultado, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó la sentencia en la parte penal, con declaración de que la pena impuesta al condenado Gamaliel Soto Segura se eleva a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias del grado, en calidad de autor del delito por el cual se le formuló acusación. En cuanto a lo civil, la sentencia revocó el fallo apelado y en su lugar acogió la demanda de indemnización de perjuicios, condenando al demandado Fisco de Chile a pagar a la actora por concepto de daño moral la suma de \$50.000.000, más intereses corrientes para operaciones no reajustables desde la ejecutoria, sin costas.

A fojas 3065 el Fisco de Chile dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de segunda instancia antes aludida y a fojas

4000 y 4029 hicieron lo propio las defensas de los condenados Gamaliel Soto Segura y Clenardo Figueroa Cifuentes. El recurso de este último fue declarado inadmisibile por resolución de catorce de octubre de dos mil once, rolante a fojas 4048.

En sentencia pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte Suprema de veinticinco de junio del año en curso, escrita a fojas 4096, se rechazaron los recursos de casación en la forma interpuesto por el Fisco y de forma y fondo deducidos por el condenado Soto Segura.

En la misma resolución y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó traer los autos en relación para conocer del recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile.

**Considerando:**

**Primero:** Que en el recurso de casación en el fondo se denuncia infringido, en primer término, el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 19, 22 inciso primero, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil. En concepto del recurrente el fallo incurre en error de derecho al dejar de aplicar las normas sobre prescripción a un caso en que ha debido hacerse y sin que exista norma jurídica alguna de derecho interno o internacional que las derogue o excluya.

Las argumentaciones de la sentencia recurrida son erradas, en concepto del recurrente, puesto que independientemente de que se califique la acción como de índole humanitaria, ello no la hace extraña o ajena a los tipos de responsabilidad existentes en nuestro Derecho, el cual, dentro del género “responsabilidad” distingue la contractual de la extracontractual, siendo esta última la que emana de hechos ilícitos, cuyo es el caso en que se funda el libelo. Por ende, continúa, la misma podrá derivar de distintos hechos, calificados de forma diversa, surgiendo acciones patrimoniales que determinan la aplicación de las normas previstas en el derecho común, por no existir preceptos de excepción a su respecto. De esta manera, agrega sobre el punto, la acción deducida en este proceso se encuentra sujeta al plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de cuatro años contados desde la perpetración del acto que causa el daño.

El Fisco, se indica en el libelo, alegó que aun estimando que el plazo estuvo suspendido durante el régimen del gobierno militar, al momento de notificarse la demanda habían transcurrido con creces los cuatro años que prevé la norma y, por tanto, la acción se encontraba efectivamente prescrita.

Al dejar de aplicar el citado artículo 2332, afirma el recurrente, también se ha infringido el artículo 2497 del Código Civil, norma que hace aplicable las reglas de prescripción también al Estado. El solo tenor literal de este precepto demuestra claramente, a juicio de la parte que recurre, el grave error de derecho en que incurre el fallo impugnado.

Seguidamente se indica que los sentenciadores debieron aplicar los artículos 2492 y 2514 del Código Civil y no lo hicieron, cometiendo errores de derecho al desatender el sentido que emana del tenor literal de estas disposiciones, lo que importa también una infracción a la regla de interpretación consagrada en el inciso primero del artículo 19 del mismo cuerpo legal.

En un segundo capítulo se denuncia que la sentencia aplica normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos a materias patrimoniales no contempladas en ellas. La sentencia, expone el Fisco, hace falsa aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile al fundar en ellos la supuesta imprescriptibilidad de las acciones civiles provenientes de violaciones a los derechos humanos, materias que no contemplan ni regulan en absoluto, y añade que se aplican falsamente los principios y tratados internacionales que en caso alguno establecen la imprescriptibilidad.

Específicamente se afirma en el escrito de casación que el fallo sostiene equivocadamente que los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después, y diversa jurisprudencia internacional emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habrían aceptado las peticiones indemnizatorias considerándolas propias o integrantes de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia, continúa sobre el punto, no indica ninguna disposición concreta y precisa de algún tratado vigente en Chile que establezca en el ámbito del Derecho Internacional la imprescriptibilidad de la obligación de indemnizar los perjuicios civiles, sino que obtiene una conclusión a partir de la aplicación al

ámbito civil de Derecho interno, de principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sólo han sido contemplados para la imprescriptibilidad en materia penal respecto de la comisión de delitos de lesa humanidad.

Tampoco, agrega, la establecen respecto de las acciones pecuniarias las convenciones internacionales sobre estas materias, pues en este juicio no se trata sobre si las acciones penales provenientes de violaciones de los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad prescriben o no, o si los Estados tienen o no la obligación jurídica de reparar a la víctimas en estos casos, sino únicamente en determinar -de acuerdo al Derecho interno, conformado también por el Derecho Internacional-, si esa obligación puede ser perseguida ad eternum contra el Estado infractor.

Sobre el particular, en opinión del recurrente, la conclusión es clara: ninguno de los instrumentos invocados en la sentencia impugnada hace referencia alguna siquiera a la imprescriptibilidad de las acciones civiles.

En consecuencia, concluye, no existiendo norma expresa de Derecho Internacional de Derechos Humanos que disponga la imprescriptibilidad de la obligación estatal de indemnizar y no pudiendo tampoco aplicarse por analogía la imprescriptibilidad penal en materia civil, la sentencia no pudo aplicarlas al caso de autos y mucho menos si ello implica apartarse del claro mandato de la ley interna, contenida en los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

En el tercer capítulo la parte recurrente denuncia contravenidos los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República y 6° y 9° del Código Civil y al efecto expone que la sentencia infringe estas normas relativas al ámbito de validez temporal de la ley, al dejar de aplicarlas, pues debió hacerlo al regular todas ellas el caso que ha sido materia del juicio.

Desarrollando este acápite se indica por el recurrente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, contiene una norma específica sobre la esfera de aplicación temporal de sus preceptos, cual es el N° 2 del artículo 74, que se ha omitido absolutamente. El instrumento de ratificación, continúa el Fisco, fue depositado el 21 de agosto de 1990 y de acuerdo a la norma mencionada desde este preciso momento entra en vigor, sin perjuicio que, además, la ratificación fue formulada con



declaración expresa de que los reconocimientos de competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito del instrumento de ratificación y, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990.

Por lo tanto, concluye el recurrente, invocado en la sentencia como fundamento jurídico esencial, no ha podido este tratado ser aplicado a los hechos de la causa, ocurridos, o con principio de ejecución, con mucha antelación a la fecha de vigencia en Chile, vulnerándose con ello la parte final del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política.

Asimismo, agrega, el fallo contraviene el artículo 28 de la Convención de Viena aludido, vigente en nuestro país desde 1981, que establece la irretroactividad de las disposiciones de los tratados y con ello también el artículo 6° del Código Civil.

En síntesis, termina el recurso, al fundar jurídicamente su decisión en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ley debidamente incorporada al ordenamiento interno desde 1991, la sentencia ha otorgado a este instrumento un efecto retroactivo que es contrario a lo dispuesto en todas y cada una de las disposiciones de Derecho Internacional e interno que se han denunciado como infringidas.

**Segundo:** Que el fallo objeto del recurso fijó como hecho de la causa que el día 14 de septiembre de 1973, alrededor de las 8:00 horas, personal de Carabineros, sin orden judicial ni administrativa, detuvo en su casa habitación a Eduardo González Galeno, llevándolo hasta la Tenencia de Cunco, siendo interrogado y posteriormente subido a un helicóptero de la Fuerza Aérea de Chile y trasladado hasta la Base Aérea Maquehue en Temuco, siendo (sic) visto un cabo como la persona que lo sacó de la Tenencia, arrastrándolo hacia afuera. Desde la fecha precedente, indica también la sentencia, se perdió el rastro de su paradero y no consta su defunción.

El hecho anterior es calificado por los jueces de la instancia como constitutivo del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 incisos primero y tercero del Código Penal, en la persona de Eduardo Enrique González Galeno.

En lo que interesa a la casación en el fondo, referida únicamente al aspecto civil del fallo impugnado, se indica en la sentencia que por los mismos razonamientos contenidos en el motivo 17° del pronunciamiento de primer grado no resulta procedente acoger la excepción de prescripción por hechos ocurridos en 1974 (debió decir 1973), fundada en el artículo 2332 del Código Civil y, en subsidio, en los artículos 2514 y 2515 del mismo cuerpo legal.

Agrega el fallo que en la decisión del a quo se rechaza la imprescriptibilidad de la acción penal y esto debe que entenderse también rige para el ámbito civil, puesto que carece de sentido sostenerla para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada y por lo mismo privada y renunciable. La prescripción de la acción de que se trata, continúan los sentenciadores, no puede ser determinada a partir de las normas de Derecho Privado, que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, puesto que éstas atienden a finalidades distintas de aquellas que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del *Ius Cogens*, que importan obligaciones de respeto, garantía y promoción de esos derechos, así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos. Así por lo demás, afirman, fluye de la norma del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Seguidamente el fallo señala que la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por un crimen como el investigado emana de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después; en particular, en América, del denominado Pacto de San José de Costa Rica y por cierto de la numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La fuente de la responsabilidad civil tratándose de una violación de esta especie, concluye sobre el punto, está en las normas y principios de este Derecho, específicamente en los artículos 1.1 y 63.1 del Pacto.

La norma civil de prescripción de la acción y la responsabilidad estatal, continúan los sentenciadores, sólo podría aceptarse y comenzar a computar el

plazo respectivo desde la época en que el Estado ha terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación judicial. Únicamente desde entonces, añaden, resulta posible que la querellante deduzca la acción civil correspondiente y, a este respecto, se considera que la actora en este juicio, tan pronto se produjo el secuestro de su familiar, inició diversas acciones, incluidas las judiciales, para tratar de obtener que se procediera a la investigación de los hechos y a la ubicación de su hermano secuestrado, iniciativa que continúa durante todo el proceso, quedando acreditado tras larga y demorosa investigación, con resultados a más de treinta años de ocurrido el ilícito, que existe responsabilidad del Estado, la que éste no puede eludir. En atención a ello, finaliza la sentencia, sería demostración de un tratamiento injusto y contrario a los más elementales principios de una justicia reparadora que las consecuencias negativas de tal demora las sufriera la querellante y demandante civil, beneficiándose el Fisco de Chile.

**Tercero:** Que la doctrina y la jurisprudencia discrepan respecto de la posibilidad de extender el status de imprescriptibilidad que se predica de la acción penal tratándose de delitos de lesa humanidad, a las acciones dirigidas a obtener reparaciones de naturaleza civil por los mismos hechos.

En efecto, se sostiene, por una parte, que tanto la responsabilidad civil como la penal derivada de esta clase de delitos se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Éste postula que todo daño acaecido en el ámbito de los referidos derechos ha de ser siempre reparado íntegramente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional o, en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aun de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, mas con exclusión del derecho interno, pues los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil. A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente las reglas contenidas en los artículos 2497 y 2332 del citado Código, que regulan la institución de la

prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en este caso.

**Cuarto:** Que desde luego y en lo que dice relación con la alegación de vulneración de tratados internacionales cabe dejar establecido, en forma previa, que al tiempo de los hechos investigados no se encontraban vigentes en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo vino a ser aprobado por Decreto Supremo N° 778 (RR.EE.) de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por Decreto Supremo N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1990, publicado el 5 de enero de 1991.

**Quinto:** Que no obstante lo anterior y en la misma línea de razonamientos acerca del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar que ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. Así, la propia Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.

**Sexto:** Que, por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades en que han incurrido por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso

experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio.

**Séptimo:** Que, finalmente, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto antes indicado, se refiere también y únicamente a la acción penal. En efecto, en el artículo IV establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes antes indicados.

**Octavo:** Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.

**Noveno:** Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

**Décimo:** Que de acuerdo a lo anterior, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las

acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

**Undécimo:** Que correspondiendo el ilícito materia de esta causa al descrito en el fundamento segundo, consistente en la detención de Eduardo González Galeno el día 14 de septiembre de 1973 y su posterior desaparición, la que se mantiene hasta hoy, no cabe sino concluir, tal como lo ha sostenido esta Corte Suprema en reiterados casos, que la desaparición es consecuencia de la detención, por lo que aunque tal efecto permanezca en el tiempo el plazo de prescripción habrá de contarse, en principio, desde la fecha de comisión del ilícito, en este caso desde el 14 de septiembre de 1973.

**Duodécimo:** Que, sobre la base de lo ya razonado, se concluye que en el fallo objeto de la casación en estudio se ha incurrido, desde luego, en el vicio que se denuncia en el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, cometiendo con ello error de derecho al haber dado cabida a una legislación que no era la llamada a regir el caso en cuestión y dejado de aplicar las normas pertinentes del derecho interno.

Sin perjuicio de lo anterior, para acoger el recurso interpuesto, además de haberse sostenido la prescriptibilidad de la acción, -al contrario de lo argumentado en la sentencia de segundo grado-, resulta indispensable asentar que el plazo de prescripción que prevé el legislador se encontraba cumplido al momento de ejercerse válidamente la acción, pues de lo contrario el yerro cometido no habría tenido la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que la casación en el fondo exige como conditio sine qua non para justificar su anulación.

**Décimo tercero:** Que, en este contexto, y sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil.

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar

desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la “Comisión Rettig”, al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querella el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

**Décimo cuarto:** Que en razón de lo dicho, preciso es reiterar que se ha ejercido en la especie por la parte demandante una acción de contenido patrimonial, cuya finalidad no es otra, en términos simples, que hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.

**Décimo quinto:** Que de lo precedentemente consignado surge que al rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso, los que indudablemente tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto incidieron en la decisión de hacer lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por concepto de daño moral interpuesta por la actora, en circunstancias que ésta debió haber sido desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, los dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de

Procedimiento Civil, se **acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por en demandado Fisco de Chile en el primer otrosí de la presentación de fojas 3065 contra la sentencia de diecinueve de agosto de dos mil once, escrita a fojas 3054, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de casación interpuesto.

Los Ministros señores Juica, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar tienen para ello en consideración:

1°.- Que, en primer término, cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector, en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil, se encuentra en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos y ello ha de ser necesariamente así por cuanto este fenómeno de graves transgresiones a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana es con mucho posterior al proceso de codificación, que por lo mismo no lo considera, pues, por una parte, responde a criterios claramente ligados al interés privado y, por otra, por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.

2°.- Que conforme a lo anteriormente expuesto no cabe calificar la acción indemnizatoria deducida en autos por la demandante como de índole o naturaleza meramente patrimonial, como se afirma por el Fisco recurrente, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual - vinculada a un negocio común- o extracontractual, sino configurativas de un delito de lesa humanidad, del cual emana, además de la acción penal, una civil de carácter humanitario; y es de esta clase en razón de que la pretensión de la actora se fundamenta en la detención y posterior desaparecimiento de su hermano, en completa indefensión, por militares que disponían de gran poder de coerción.

3°.- Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad a aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada en la demanda y así, por lo demás, ha sido declarado en el fallo recurrido, sin que se hubiere controvertido esta calificación. Asimismo, consta de los antecedentes



que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N° 355 de 1990, del Ministerio de Justicia) y tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231).

4°.- Que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada, pues toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico. Cuando las referidas normas dejan de aplicarse a un caso que estaban llamadas a regir se produce su contravención y se infringe también la regla del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización que ha sido reclamado en estos autos.

5°.- Que el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación 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 el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5° de la Constitución Política.

6°.- Que analizando ahora los preceptos estimados infringidos por el Fisco de Chile en su recurso, cabe señalar que no resultan atinentes las reglas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al encontrarse éstas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas.

Asimismo, en tanto el Fisco acepta explícitamente en su recurso la posibilidad de que el plazo de la prescripción extintiva que alega se compute desde una época distinta de aquella que señala el artículo 2332 del Código Civil, no puede sino concluirse que hay también una clara aceptación de que los preceptos de este cuerpo legal no son necesariamente los llamados a regir un caso como el planteado y que pueden, por lo mismo, dejar de tener aplicación, sin que esta omisión importe contravenirlos.

No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.

7°.- Que, entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto, y es por ello que la sentencia impugnada da correcta aplicación a las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, de acuerdo con este último precepto la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de Derecho Interno. A este respecto debe también tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible

aplicación, de manera tal que produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado la responsabilidad de éste surge de inmediato por la violación de la norma de Derecho Internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias indeseadas.

La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que la obligación no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo (Caso Velásquez Rodríguez).

8°.- Que en el mismo sentido, el artículo 131 de la Convención de Ginebra pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos y no se limita a la de carácter penal. Lo mismo ocurre con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente desde el 27 de Enero de 1980, que previene -según ya se afirmó- que los Estados no pueden invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales -en la especie la de establecer responsabilidades-, incumplimiento del que ciertamente derivaría responsabilidad por un ilícito de índole internacional. Lo anterior conduce a sostener que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquéllos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible.

9°.- Que, además, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva del inciso tercero del artículo 6° de la Constitución Política de la República y del artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y que de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas. Específicamente en lo que se refiere a la norma de mayor jerarquía, puede señalarse que el referido artículo 6° se encuentra comprendido en el capítulo denominado “Bases de la Institucionalidad” por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción y contiene el imperativo 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.

10°.- Que en concepto de los disidentes no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la

prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado. Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo meramente convencional o contractual, ello no implica que haya de hacerse aplicación de este régimen, que comprende la cuestión de la culpa y el dolo referidos a un agente determinado. En un caso como el de la especie no resulta necesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos no han podido acaecer sino porque el mismo Estado actuó de manera dolosa cuando desarrolló en forma reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, esto es, cuando integrantes de sus órganos de seguridad se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y muertes, entre otros graves atentados.

11°.- Que si en virtud de normas jurídicas como las citadas, aplicadas por lo demás en el fallo impugnado al resolver el conflicto penal, no es posible concebir la prescripción de la acción penal, cabe preguntarse qué podría justificar que este motivo de extinción de responsabilidad fuese aplicable a la responsabilidad civil conforme con los extremos del Derecho Privado, si el hecho fuente de la responsabilidad es uno solo y de índole penal y si la responsabilidad de esta especie siempre será exigible. En concepto de los disidentes esta interrogante no tiene respuesta satisfactoria.

12°.- Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación

contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia que se le reclama.

13°.- Que por las razones expuestas precedentemente en opinión de estos disidentes no ha incurrido el fallo impugnado en el error de derecho que se le imputa al declarar imprescriptible la acción intentada por la actora contra el Fisco de Chile y rechazar la excepción opuesta por éste en tal sentido.

El Ministro señor Muñoz, por su parte, tiene presente para disentir los siguientes fundamentos:

1°.- Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano-germánico y religioso. La preocupación fundamental ha sido el establecimiento del Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en las decisiones de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano-germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento.

La evolución de las familias de los sistemas jurídicos se orienta en decisiones convencionales que se encausan en diversos aspectos, pudiendo citar entre los más relevantes, a los efectos de la decisión del presente caso,

en el establecimiento del sistema de fuentes del derecho y la determinación de los destinatarios de tales disposiciones. En el sistema de fuentes el mayor progreso se producirá al reconocer que éste se encuentra piramidalmente estructurado.

En efecto, en la Teoría del Estado surge la supremacía individual en la Carta Magna y la supremacía constitucional en la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento. No obstante esta gran diferencia, ambas concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en el aspecto jurisdiccional, primero en el derecho al proceso, reconocido con diferentes particularidades y principios. Con motivo del establecimiento del absolutismo, se podrán comprender todas las diferencias con el Estado democrático al asignar competencia a los tribunales, sean éstos especiales u ordinarios, como también el derecho a gozar de iguales prerrogativas como partes. Se conjuga en esta argumentación el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cual es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantizados por la Constitución. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

La Revolución Francesa permitió pasar de un Estado de Policía a un Estado de Derecho, entre cuyos efectos más importantes está la conformación

de un sistema normativo que tiene por objeto regular la organización administrativa, sus funciones y potestades, como también, las limitaciones y responsabilidades de sus autoridades y agentes públicos.

2°.- Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla “The king can do no wrong” (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos como de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, que contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad, se llega a sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo e incluso aplicando sanciones. En un primer estadio se excluye de control la oportunidad, mérito y conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislator y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de la responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855), España (1869), Alemania (1979) e Italia. El cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

No es posible resistir la tentación de reproducir la sentencia del Consejo de Estado francés, pronunciada con motivo del caso Rothschild, el 6 de

diciembre de 1855, en que se conjuga la temprana concepción de los principios y la claridad de sus argumentaciones para expresar que las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que aprovechan sus servicios “no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio”, principio que se reiterará en la sentencia del caso Blanco, de 8 de febrero de 1873, en que se pretende declarar civilmente responsable al Estado conforme a la legislación civil, el Consejo de Estado entrega la competencia a las autoridades administrativas “considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

Si bien esta competencia especial se refiere a ciertos daños en un comienzo, a partir de la sentencia dictada en el caso Tommaso Greco de 1905 se extiende a toda clase de daño, “siempre que sean ciertos, aunque se trate de daños futuros o, incluso, morales, si éstos son avaluables en dinero, caso Dame Durand de 1949: perjuicio estético; caso Morell de 1942: sufrimientos físicos excepcionales; caso Bondurand de 1954: pérdida de un padre, madre o hijo, etc., todo ello bajo fórmulas genéricas de ‘perturbaciones graves de las condiciones de existencia’, con tal de que esos daños sean imputables a la Administración en cuanto producidos por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda y de que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo ... y no roto por una causa extraña”, incluyendo expresamente los daños provocados por las fuerzas de policía, desde el caso Lecomte et Daramy de 1949” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, páginas 365 y 366).



3°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado sobre la base de la jurisprudencia y de la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”, sentencia de 11 de enero de 1908 y “Lapostol con Fisco”, sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en “Hexagon con Fisco”, de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: “Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos”.

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de “falta de servicio” que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar daño en los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley N° 18.575. La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

No resulta desconocida la responsabilidad derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de legalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado.

4°.- Que esta responsabilidad del Estado-Administrador es posible fundarla, además, en las disposiciones de derecho internacional humanitario.

En efecto, para una adecuada resolución de la presente causa resulta indispensable establecer el contexto normativo e histórico vigente en nuestro país a la fecha en que ocurrieron los hechos: 14 de septiembre de 1973.

Es así que el 11 de septiembre de ese año los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros constituyeron una Junta de Gobierno, procediendo a “destituir al gobierno”, “asumiendo el Poder” y “el Mando Supremo de la Nación”, por las razones que consignan en el Bando N° 5 y Decreto Ley N° 1, clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, como, además, hicieron cesar en sus funciones a algunas organizaciones sindicales, para mantener la “tranquilidad social” y se declaró ilícitos y disueltos los partidos políticos, respetando la “Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan”, ejerciendo los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los Decretos Leyes N° 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras.

Desde el 11 de septiembre de 1973 se desarrollaron distintas acciones de movilización de tropas destinadas, además, de destituir al gobierno por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, a consolidar a efectivos de las instituciones armadas en el ejercicio del poder, sofocar cualquier ataque a las nuevas autoridades y a prevenir alzamientos de reconocidos partidarios del anterior gobierno, para lo cual se dispone de nóminas de personas que deben presentarse ante las autoridades, se decreta toque de queda, se crean unidades de inteligencia y se implementan medidas de excepción.

En la fecha indicada se dicta el Decreto Ley N° 3, en que, considerando la situación de conmoción interior que vive el país y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado, la Junta de Gobierno, declaró el “Estado de Sitio en todo el territorio de la República”. El 12 de septiembre de 1973, se dicta el Decreto Ley N° 5, en que considerando, entre otros motivos, “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 1°, se declara, “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha

legislación”, agregándose al artículo 281 del Código de Justicia Militar la causal de justificación consistente en que “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto él o los hechores”, para luego elevar la penalidad en tiempo de guerra y se remarca la competencia de la justicia militar para conocer de diferentes ilícitos; normativa que se dicta como consecuencia de los ataques a las nuevas autoridades, que se califica de conmoción interna, todo lo que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 418 del citado Código, que expresa: “Para los efectos de este Código, se 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 existe la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

5°.- Que la normativa transcrita tiene por supuestos los siguientes aspectos: a) el país se encontraba viviendo circunstancias particulares, por lo que existía conmoción interna; b) Dicha “conmoción interna”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, importa “tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo”, el mismo diccionario equipara tumulto a motín, levantamiento o sedición y esta última acción la define como “alzamiento colectivo y violento contra la autoridad o la disciplina militar sin llegar a la gravedad de la rebelión”; c) Con mayor razón se dará dicho estado si existe rebelión, que importa el levantamiento contra los poderes del Estado, con el fin de derrocarlo o destituirlo, circunstancia que ciertamente llevó a la lucha armada entre distintos bandos al interior de una misma nación, circunstancia que caracteriza a la guerra interna o civil, precisa circunstancia en que existe consenso en que hay “estado o tiempo de guerra”. Es por ello que un autor señala que “el estado o tiempo de guerra a que da origen el estado de sitio por conmoción interior no importa un estado preventivo de la guerra civil sino que un caso de guerra actual (efectiva) reconocido por la declaración del estado de sitio por conmoción interior, ya que ésta se decreta cuando ya se ha producido el alzamiento armado. La fecha de la promulgación del estado de sitio será la fecha del inicio del estado o tiempo de guerra” (Renato Astrosa Herrera, Derecho Penal Militar, página 52), lo esencial es que en las etapas de la guerra se dé la preparación, planificación y, fundamentalmente, la movilización, todo lo

cual ocurrió en nuestro país por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros, por lo que sin lugar a dudas el estado o tiempo de guerra existió jurídica y materialmente.

Por otra parte, la normativa que se dictó indica expresamente que se dispone el “estado o tiempo de guerra” con la finalidad de aplicar la normativa penal sustantiva, como la procesal orgánica contemplada para ese estado, como para los efectos que disponen las “demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación”; normativa entre la cual se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949. Se debe agregar que la doctrina y cierta legislación distinguen en el sentido de que “estado de guerra” importa la aplicación del derecho interno que regula dicha situación y por la noción de “tiempo de Guerra” cobra vigencia el derecho internacional respectivo. “En derecho penal bélico el tiempo de guerra y el estado de guerra constituyen dos normas especiales con su propio contenido jurídico; una de derecho internacional y la otra de derecho interno...” (Pietro Vico, *Diritto Penale Comune di Guerra*, página 29, citado por Renato Astrosa Herrera, *Derecho Penal Militar*, página 46), empleándose por el legislador expresamente ambas terminologías.

En lo que dice relación con los Convenios de Ginebra debe tenerse en consideración que Chile los ratificó y se publicaron en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, por lo que indudablemente deben ser considerados como tratados internacionales vigentes desde esa fecha y hasta nuestro días, pues no han sido denunciados. Es así como el artículo 3° expresa: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquiera otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos para cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

Este Instrumento Internacional dispone, además:

Artículo 49: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente.”

“Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sea juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.”

“Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.”

“En todas circunstancias, los inculpados gozarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.”

Artículo 50: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la

salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificativas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.”

Artículo 51: “Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra Parte contratante respecto a las instrucciones previstas en el artículo precedente .”

Lo expuesto impone al Estado de Chile y especialmente a sus autoridades, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados al interior de su territorio, como también respecto de quienes no toman parte en actuaciones beligerantes, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado disponer medidas que tiendan a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, llegando a una jurisprudencia uniforme los tribunales internacionales, que la omisión constituye una forma de transgredir dicha normativa por las autoridades, para lo cual se ha tenido especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, en caso contrario, el Estado tiene el derecho de denunciar dicho acuerdo internacional, actuación que no adoptaron las autoridades chilenas.

Es así que resulta vinculante y aplicable al presente caso lo previsto por el citado Convenio Internacional en su artículo 146 que expresa: Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren, o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves del presente convenio que quedan definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad”, al igual que el artículo 147, que dispone: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud,

las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida o servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, las destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario”, y conforme a lo expresado por el artículo 148 “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma” ...de las “responsabilidades incurridas por ella..., a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

Debe tenerse en consideración, además, que la misma Convención precisa las personas protegidas en caso de conflicto sin carácter internacional en los artículos 3° y 4° del anexo Relativo al Trato de los Prisioneros, de 12 de agosto de 1949.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la sentencia dictada con fecha 9 de septiembre de 1998, en el ingreso rol N° 469-98, correspondiente a la causa rol N° 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, referida al secuestro de Pedro Enrique Poblete Córdova, motivaciones 9° y 10°, como en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, recaída en el ingreso 517-2004, referida al proceso 2182-98 de la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente por secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, considerandos 34° y 35°.

Así entendidas las cosas, el Estado como persona jurídica de derecho público internacional de la única responsabilidad que se puede exonerar es la de carácter no penal, puesto que éste es personal. Igualmente no puede exculparse de la responsabilidad penal por cuanto en la actualidad cobrará aplicación, en su caso, el estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este mismo sentido se inscribe la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales”, puesto que se hacerlo se incurre en un ilícito que compromete su responsabilidad internacional.

6°.- Que, en todo caso, en el concierto del Derecho Internacional, el Derecho Humanitario comprende las ramas del Derecho de Guerra, que tiene por objeto regular las hostilidades, y el del Derecho Humanitario propiamente



tal, que pretende obtener el respeto de las personas que no estén comprendidas en tales acciones, ya sea porque no forman parte de los ejércitos, como por el hecho que, formando parte de las fuerzas regulares en pugna, ya se encuentran sometidos. Dentro de las principales reglamentaciones se encuentra la Convención de Ginebra de 1864 que tiene por objeto mejorar la suerte de los heridos, reconociendo el principio que tales personas (los lesionados) son neutrales, al igual que quienes los atienden; la Convención de La Haya de 1899, que pretendía reglamentar las hostilidades; el Convenio de La Haya de 1907 que prohíbe ciertas acciones, como lanzar misiles desde globos, los gases asfixiantes y las balas que se dilatan al ingresar al cuerpo, además de referirse al trato de los enfermos y heridos; El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima; El Convenio de Ginebra de 1906 se refiere en mejor forma a los heridos y enfermos; El protocolo de Ginebra de 1925 prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos.

Por otra parte, bajo el amparo del tratado marco de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la información oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945; declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946 y 11 de diciembre del mismo año, tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de los crímenes de guerra. Nuestro país concurre, el 21 de noviembre de 1947, a la conformación de una Comisión de Derecho Internacional que le correspondería la formulación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, la cual en 1950 señaló que constituyen principios de Derecho Internacional, reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de los principios, que son punibles como crímenes ante el Derecho Internacional: “a) Crímenes

contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Sin perjuicio de lo anterior el 11 de diciembre de 1946 se suscribe la declaración que repudia el crimen de genocidio.

En 1948 se ratifica la convención contra el genocidio, el que entiende como un delito de derecho internacional que comprende cualquier acto que tienda a matar, lesionar de manera grave, someter intencionalmente, impedir nacimientos y trasladar de manera forzada a personas, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional como tal” y el 13 de febrero de 1946 se recomendó la extradición de los criminales de guerra.

En la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona

humana, es así que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

Por el paulatino y progresivo desarrollo de la conciencia universal se continuó con la elaboración y suscripción de diferentes instrumentos internacionales por los que se condena toda forma de discriminación el 20 de noviembre de 1963, como la política del apartheid el 16 de diciembre de 1966.

El 26 de noviembre de 1968, “Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de ese Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política del apartheid, por otra,

“Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de junio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

“Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha previsto limitación en el tiempo,

“Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

“Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos y libertades fundamentales, y puede

fomentar confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

“Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”

“Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”

“Conviene en lo siguiente: Artículo I Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra ...; b) Los crímenes de lesa humanidad ...”, conforme a la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Esta Convención tiene vigencia internacional desde el 11 de noviembre de 1970, la que si bien Chile suscribió, no la ha ratificado a la fecha, sin que este hecho impida observar que en la expresión de motivos se advierte que la convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile. Se une a lo anterior que se participara en la revisión de su protocolo facultativo. La Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los estados, que se traduce en el derecho a velar por que no se debilite el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndoles aplicables el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Si lo anterior pudiera estimarse que es una explicación que no genera vinculaciones para el Estado de Chile, sí le es aplicable y exigible el respeto a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, que señala:

“La Asamblea General, Recordando sus resoluciones 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969, 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 y 3020 (XXVII) de 18 diciembre de 1972,

Teniendo en cuenta la necesidad especial de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra de crímenes de lesa humanidad,

Habiendo examinado el proyecto de principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición, y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad,

Declara que las Naciones Unidas, guiándose por los propósitos y principios enunciados en la Carta referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, proclaman los siguientes principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad:

1.- Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

2.- Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

3.- Los estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin.

4.- Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.

5.- Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países en que se hayan cometido estos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

6.- Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

7.- De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.

8.- Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

9.- Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Se debe tener presente, además que el Estado de Chile participa y suscribe el informe del Grupo Especial de Expertos sobre el trato a los presos políticos en Sudáfrica, de 19 de diciembre de 1968, proyecto de convención sobre represión y castigo del crimen de apartheid de 15 de noviembre de 1972, que se concreta en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973; de la cuestión de castigo a los criminales de guerra y personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad de 15 de diciembre de 1969, 15 de diciembre de 1970 y 18 de diciembre de 1971, principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad de 18 de diciembre de 1972 y 3 de diciembre de 1973; cuestión sobre formas de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 2 de noviembre de 1973, 5 de noviembre de

1974 y 13 de diciembre de 1976, que se concreta en las declaraciones sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 9 de diciembre de 1975 y 8 de diciembre de 1977; sobre personas desaparecidas y desaparición forzada o involuntaria se efectúa la declaración de 20 de diciembre de 1978, 17 de diciembre de 1991 y 18 de diciembre de 1992; declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas de 9 de diciembre de 1998.

A las anteriores resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se agregan informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados Miembros “al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos” y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

En el ámbito americano, la Conferencia de Chapultepec, en marzo de 1945, recomienda no dar refugio a los culpables de crímenes de guerra y se proceda a entregarlos a las Naciones Unidas. Se efectúa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Por su parte la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, en su artículo VII consagra la imprescriptibilidad de esos crímenes.

En el concierto internacional el 25 de mayo de 1993, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (que le concede el derecho a tomar acuerdos obligatorios para todos los estados miembros, si se estima que existe amenaza a la paz mundial), el Consejo de Seguridad dictó las resoluciones 808 y 827 con el objeto de “juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991”, que constituye el paso final ante la falta de acatamiento de la normativa que se inicia con acuerdos y la dictación de las resoluciones que impone embargo de armas (713, de 1991), llaman a respetar el derecho humanitario (764 y 771, de 1992) e imponen la fiscalización internacional (780, de 1992).

La preocupación internacional llevó al Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994, a dictar la resolución N° 955 en que creó el tribunal para conocer de la muerte de más de 500.000 personas en Ruanda. De la misma forma, esto es por decisión del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000, se dictó la Resolución N° 1315, por la que se creó el tribunal destinado a conocer de los crímenes ocurridos en Sierra Leona.

Siempre en el ámbito internacional, pero ya frente a decisiones concretas, los principios del Tribunal de Nüremberg han orientado la jurisprudencia de las naciones para determinar los delitos de lesa humanidad, pero en la actualidad ciertos presupuestos de procesabilidad ya no son exigibles, como es la existencia de la actualidad o inminencia de un conflicto armado en el territorio donde se perpetran dichos ilícitos, conforme se expresa en el fallo “Prosecutor con Tadić, nota 88, par.141, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y en la sentencia de 2 de septiembre de 1988, recaída en el caso “The Prosecutor con Jean Paul Akayesu” del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, parágrafos 578 y siguientes.

7°.- Que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se ha señalado que para estar ante un crimen de lesa humanidad debe existir un atentado a nivel nacional en contra de la población civil o de alguno de sus integrantes, por causas o finalidades políticas, entre otras, que no necesariamente deben tener un carácter sistemático, pero en todo caso deben ser deliberados y por motivaciones que condicionan una desviación del poder, cuando se atribuyen a agentes del Estado, principalmente por inexistencia o falta de motivos de hecho o de derecho que se han invocado, en atención a que efectivamente se ha tenido en consideración un efecto político, por ejemplo.

Sobre la base de la reglamentación internacional vigente en nuestro país, en el estado actual del desarrollo de la conciencia universal, no se debe razonar en demasía para afirmar que existen derechos humanos fundamentales, los cuales ninguna persona o autoridad de un Estado puede desconocer, entre los cuales indudablemente se encuentra la vida, la seguridad personal y la integridad física y psíquica. Además se puede expresar:

- Existe un conjunto de sucesos, que bajo ciertos parámetros, permiten ser calificados de delitos de lesa humanidad, como es el atentado a la vida por agentes del Estado, si para ello se tienen en consideración motivaciones



políticas; hecho que, además, permite ser calificado como acción genocida, conforme a los términos de la Convención respectiva que se ha aludido.

- El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala que su trasgresión debe ser castigada.

- La represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y de naturaleza genocida, indudablemente representa un imperativo del derecho doméstico, pero, además, si se considera lo normado por los artículos 55 c) y 56 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, como por la suscripción de las declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas y del sistema americano respecto de la declaración de los derechos del hombre y otros instrumentos internacionales.

- En la actualidad ya no es necesario que exista un conflicto armado, como presupuesto de los crímenes de lesa humanidad y genocida, sólo es necesario que se den los supuestos expresados por el tribunal de Nüremberg.

- La falta de investigación adecuada de los delitos de lesa humanidad es de competencia preferente del Estado en que sucedieron los hechos, pero de competencia subsidiaria, sino conjunta, de cualquier Estado ante el hecho que tal investigación no sea eficiente y efectiva.

- El sistema internacional, ante hechos que pueden afectar la paz mundial, puede crear tribunales especiales para el conocimiento de crímenes de guerra y lesa humanidad, sin perjuicio de la jurisdicción penal internacional permanente del Tribunal de Roma.

Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

8°.- Que la existencia de los principios generales del derecho han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en

su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: “Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar ...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena” (considerando 19°); “que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y “que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°).

9°.- Que desde el punto de vista del derecho interno del Estado, se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratados solemnes, ya que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas, orientada por los factores que llevaron a constituirla.

Se puede tener en consideración que nuestra historia jurídica permite llegar a esta conclusión en atención a que la Constitución de 1833, en su artículo 82, dispuso: Son atribuciones especiales del Presidente: 19 Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus ministros, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso; norma que reitera el artículo 72, N° 16 de la Constitución Política de 1925.

Por su parte el Decreto Ley N° 247, de 1973, dando cuenta de lo que era la práctica y costumbre, reglamenta los procedimientos referidos a los instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile, distinguiendo entre tratados solemnes por una parte y los protocolos, acuerdos de ejecución derivados de un tratado marco, los acuerdos en forma simplificada y declaraciones, por otra. Es así que dispuso que los tratados solemnes fueran suscritos por el Ministro de Relaciones Exteriores o el Plenipotenciario debidamente autorizado, su aprobación se efectuaría por la Junta de Gobierno, luego de lo cual el Presidente de la Junta de Gobierno firmará el instrumento de ratificación o adhesión, realizando el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, procediendo a su promulgación y publicación. En lo referido a “aquellos tratados que se limiten a cumplir o ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior, entrarán en vigor mediante la sola firma o mediante el cambio de notas reversales”, circunstancia que se mantiene al dictarse el los decreto leyes 527 y 991.

La Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, artículo 32, señala que son atribuciones especiales del Presidente de la República, N° 17, “Concluir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1”.

Esta normativa ha sido interpretada en el sentido de aceptar la existencia de los tratados de ejecución o acuerdos en forma simplificada. Al respecto corresponde recordar el Memorandum del Ministerio de Relaciones Exteriores de 28 de mayo de 1951, por el cual se expresa: “Se ha entendido, que debe distinguirse entre los tratados en el sentido estricto constitucional y los compromisos internacionales que podrían llamarse acuerdos en forma simplificada, los que no requieren aprobación parlamentaria ni ratificación”. En el informe emitido a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, en 1973, distingue: a) Tratados pactados en cumplimiento de una ley, los que no necesitan ser sometidos a la aprobación del Congreso, sea que autoricen expresa o tácitamente al Presidente para suscribirlos; b) Tratados pactados en cumplimiento de un tratado en vigencia,

tienen igual solución; c) Tratados acordados en virtud de las facultades propias del Presidente de la República, no requieren ser sometidos al Congreso. La Contraloría General de la República coincide con los dos primeros criterios en el Informe N° 35.090 de 17 de agosto de 1955 a la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara, y en los Dictámenes N° 36.383 de 1959, N° 4949 de 1960, N° 6149 de 1966 y N° 1172, de 19 de agosto de 1969, calificando en este último al Tratado de Montevideo, como “tratado marco”, “es decir, una convención que sólo fija principios, crea mecanismos y establece órganos destinados a los fines de ella, los que van llenando con su actuar la estructura de todo el contenido”, extrayendo como conclusión que “los mecanismos destinados a ejecutar el Tratado no requieren nueva aprobación parlamentaria”. En este mismo sentido la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado expresó que “el Presidente de la República, sin necesidad de otro texto legal autorizante, puede poner en ejecución todas y cada una de las disposiciones de este instrumento internacional (Acuerdo de Cartagena), ya que tal facultad emana implícitamente del hecho de su aprobación”. El Tribunal Pleno de la Corte Suprema, por su parte, al responder la consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su oficio N° 2.576, de 9 de septiembre de 1969, coincidiendo con su Fiscal, expresa que no ve inconveniente para que se procediera a adoptar un acuerdo con Brasil sobre la tramitación de exhortos judiciales mediante el intercambio de notas reversales, sin cumplir con otra formalidad, de modo que así se hizo, siendo aprobado mediante el Decreto Supremo 214, publicado en el Diario Oficial de 12 de mayo de 1970. El Máximo Tribunal distinguió entre tratados y medidas para poner en ejecución los compromisos internacionales, señalando que estas últimas no tienen el carácter de tratados internacionales, según lo resolvió al decidir el recurso de inaplicabilidad del Banco Alemán Transatlántico. Esta práctica se mantiene en lo relativo con el Mercosur, en el que Ejecutivo, por deferencia y expresando que no tiene obligación de hacerlo, somete a la consideración del Congreso el tratado de ejecución. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas sentencias y en todas ellas ha reconocido la distinción entre tratados marcos y tratados de ejecución, y si ha privado de efectos a algunos protocolos adicionales ha sido por considerar que sus disposiciones exceden los límites del tratado marco, pero no por ser

constitucionalmente inexistentes (Rol 282, Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22).

Reconocida la existencia y fuerza obligatoria tanto de los tratados solemnes, como de los protocolos, acuerdos en forma simplificada, declaraciones y suscripción de declaraciones internacionales, sean estas bilaterales o multilaterales, que constituyen e integran el sistema de fuentes del Derecho Internacional que la República debe respetar y cumplir, tanto en el ámbito interno como en sus relaciones con otras potencias, los tribunales de justicia y este magistrado tienen la obligación de aplicar tales instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país, por cuanto “el término ‘tratado’ es el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones. Es así que incluye: a las Convenciones, que es un tratado que establece normas generales, al Protocolo, que es un documento anexo o aclaratorio, al Estatuto, que es un tratado colectivo que establece normas para los tribunales internacionales, al Acuerdo, usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero, comercial, cultural, al Modus Vivendi, que es un acuerdo de tipo temporal, al Compromiso, término utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitrajes, a la Carta, que es un acuerdo que establece derechos y deberes, al Concordato, que es un acuerdo suscrito con la Santa Sede sobre asuntos religiosos, al Pacto Contrahendo, que es un acuerdo para celebrar otro acuerdo, a la Declaración, que es un acuerdo que establece principios jurídicos o afirma una actitud política común, etc.” (Hugo Llanos Mansilla, Teoría y Práctica del derecho Internacional Público, Tomo I, página 63).

El Derecho Internacional derivado de los tratados conforma el sistema de Fuentes del Derecho que se debe tener en consideración y aplicar a un litigio determinado, el cual se integra con la legislación nacional y de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los tratados deben ser cumplidos por los Estados partes de buena fe (art.25), considerando su contexto e incluso los acuerdos posteriores (art.31), sin que se puedan invocar las disposiciones del derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 26), por el contrario desechando “toda interpretación de que resultare que la ley o la convención sería del todo ilusoria” (Andrés Bello, Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 176).

Los razonamientos anteriores, en cuanto a los tratados marcos y de ejecución, han sido incorporados a nuestra Carta Fundamental por medio de la reforma de la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005. Es así como el Congreso mantuvo la facultad de aprobar o rechazar los tratados solemnes, en que se requiere el quórum que la Constitución exija atendida la materia. Por su parte los acuerdos simplificados o tratados de ejecución, sólo requieren de aprobación del Congreso si se trata de materias de ley. No lo requieren si no es materia de ley o queda dentro de la potestad reglamentaria.

10°.- Que resulta pertinente tener en consideración, además, que nuestro país desde los primeros textos constitucionales reconoció la existencia de ciertos derechos consustanciales a las personas, es así que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base de la redacción de una norma que obligara a respetar los derechos de las personas y limitara la soberanía, se inicia un intercambio de opiniones, señalando el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz que “La soberanía tiene un solo límite fundamental que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero si se podría hablar del respeto a ‘los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana’. Ese le parece que es un límite a la soberanía”, concluyendo el presidente señor Ortúzar que la disposición propuesta es de extraordinaria importancia, pues “conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse” (Sesiones 48 y 49, de 25 y 27 de junio de 1974), consideración que se tiene presente al formular la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980. Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional

que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Correspondiendo aplicar los instrumentos internacionales suscritos por Chile, resulta especialmente pertinente tener en consideración los principios dados para el Tribunal de Nüremberg, como los extraídos de sus sentencias, así como las declaraciones relativas al genocidio, de 1946 y 1950, Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, y de los Convenios de Ginebra de 1949, que imponen, entre otras la obligación de respeto de los prisioneros y la represión de la vulneración de sus derechos.

Todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser *ius cogens*, que los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar. De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución, parece pertinente traer a colación lo enseñado desde hace más de un siglo por don Andrés Bello, en el sentido que ante “el conflicto de dos deberes, se debe preferir el que más importa al género humano” (Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 179) y que en este caso es el esclarecimiento y sanción de una conducta, por lo que la eventual prescripción de la acción penal y amnistía deben ser rechazadas.

Esta decisión se enmarca, además, en el hecho reconocido y aceptado por nuestro país, que ante la inobservancia del derecho internacional, los tribunales internacionales no se constituyen en una instancia revisora del mérito del proceso, sino que se limitan a declarar la transgresión, responsabilizando al Estado, al que le imponen adopte las medidas pertinentes para reparar a los afectados. Entre las autoridades que pueden generar dicha

responsabilidad internacional se encuentran los tribunales de justicia, los cuales, por este mismo hecho, sin duda deben tener presente la legislación internacional al momento de resolver los conflictos particulares, de hecho la Corte Suprema ha debido emitir informes a la Cancillería para explicar el proceder de los tribunales ante casos concretos, los que han sido sometidos a la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana de Justicia.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178)

En el mismo sentido la referida Corte ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Alto - Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001).

En este mismo sentido mediante la Reforma Constitucional se autorizó que el Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Norma de Derecho Internacional ratificada por el Estado de Chile, mediante depósito, el 29 de junio de 2009, siendo promulgado mediante Decreto 104, de 6 de julio de 2009, la cual reprime, con carácter imprescriptible, los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y contra la paz, entre otros.

Por otra parte, en nuestro país se dictó la Ley N° 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, entre otros. Igualmente se ha legislado sobre la “Declaración de ausencia por desaparición forzada de personas”, mediante Ley N° 20.377, de 10 de septiembre de 2009, con lo cual se integra la terminología de instrumentos internacionales a la legislación interna. En este mismo sentido el Código Procesal Penal dispuso en su artículo 250, la imprescriptibilidad de los delitos que constituyen violaciones a los



derechos humanos, conforme a los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Estas argumentaciones resultan suficientes para sustentar que el Estado de Chile considera ilícitas las conductas de desaparición forzada y de muerte de nacionales en tiempo de conflictos armados internos, calificado como estado o tiempo de guerra, por razones políticas, de manera que los agentes del Estado que actuaron en los hechos a que se refiere la demanda han generado la responsabilidad del Fisco de Chile, quien debe indemnizar a los actores.

11°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios del Ejército y Carabineros de Chile atender la seguridad pública, social e individual de la población, en que la existencia de la instituciones tiene su razón en propender a dar eficacia al derecho, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política de la República.

12°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado. Corresponde igualmente dejar asentado que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata de aplicar esta normativa, sino los principios que la inspiran, los que han estado siempre vigentes, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

13°.- Que de acuerdo a los razonamientos anteriores, los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a las normas del Código Civil, sino a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. En efecto, resulta insostenible afirmar que las únicas reglas que existen en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil, desde que ello importa negarle validez y eficacia a normas

jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación de derechos humanos. En el presente caso resultan aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, en especial el inciso segundo del artículo 38, como las de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración, en sus artículos 4° y 42.

14°.- Que en la actualidad la responsabilidad derivada de un actuar ilícito origina una obligación restaurativa, de connotaciones amplias, que implica un proceso y no una mera actuación, en la que participan tanto víctimas como ofensores, atendiendo integralmente sus efectos o consecuencias, sean éstas directas, indirectas e incluso las repercusiones mediatas. En la justicia restaurativa, se distingue de la retributiva y rehabilitadora, por cuanto, sin desatender el castigo y la reintegración social del ofensor, su eje central está planteado en reparar el daño de manera integral, de forma tal que, entendiéndola como un proceso, tiende a buscar multiplicidad de objetos, constituyendo la restauración tanto los resultados reparadores, que incluyen, en la mayor medida posible, la restitución, compensación, reparación, reconciliación, aceptación, hasta llegar a asumir el hecho con todas sus consecuencias, puesto que incluye a todos los que integran el problema: la víctima, el autor, sus familias, otras personas afectadas, la comunidad, en fin, el Estado mismo. Las actuaciones ilícitas no son sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino un conflicto en que tienen interés todos aquellos a quienes afectan y en las distintas esferas en que les repercute; conflicto que, por disposición política o normativa, históricamente ha sido asumida por los profesionales de la justicia formal, la cual tiene intervención, pero no es la única instancia, como tampoco la indemnización es la única reparación. La aceptación de esta nueva concepción fue acogida en la Resolución de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal, adoptada por el Consejo Económico y Social en julio de 2000, luego de ser discutida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Viena.

Desde el punto de vista de la justicia restaurativa de una conducta ilícita se debe buscar la forma de remontar y solucionar los perjuicios causados,

pero, además, compensar y acompañar, por lo que las prestaciones patrimoniales no solamente buscan reparar un daño, sino que permitir que éstas contribuyan a otros objetivos: alimenticios, financiar tratamientos de salud reparatorios, sean estos físicos o síquicos, formación profesional, establecimiento, recreación o compensatorios del sufrimiento y otros igualmente relevantes. Surge de la idea fundamental de reparar todo daño y, en la mayor medida posible, restituir a la situación existente con anterioridad al hecho que originó el ese daño. No es extraño que se establezcan fundaciones encargadas de administrar los recursos, con la finalidad de entregar una efectiva restauración. Si bien, en último término existe un desembolso económico de la persona o institución a la cual se condena, éste no puede expresarse sea únicamente patrimonial.

15°.- Que la justicia restaurativa, en la situación concreta de autos, puede buscar afrontar la reparación de todo el daño originado con la conducta que afectó a los actores. En esta perspectiva corresponde enfrentar el tema de la extinción de la acción que pretende declarar la obligación de pagar una suma de dinero por parte del Fisco de Chile; extinción de la acción que debe ser resuelta a la luz de diversas determinaciones: a) Naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, b) Aplicabilidad del modo de extinguir las acciones prescripción, c) Requisitos de este modo de extinguir las obligaciones, especialmente oportunidad desde la cual se realiza el cómputo del plazo, suspensión, interrupción o renuncia.

16°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. “Llegar a esa conclusión, en principio tan

obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado” (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en la responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. “La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración.” “El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema” (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea “lesionada en sus derechos por la Administración del Estado”.

Referida esta materia a las violaciones a los Derechos Humanos y considerando las Directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985) (1) que entiende por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (2) Se incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Por ello podrá considerarse "víctima" a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. (4) Estas personas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. (5) Igualmente se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener

reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. (6) Incluso se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. Se expresa (7) que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

En la misma Declaración se asume el resarcimiento (8) de parte de los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, quienes resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. (9) Se dispone una posible acción de oficio en este sentido, pues se exhorta a los gobiernos a revisar sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales. Expresamente se indica que (11) cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal

nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Específicamente se aborda en forma concreta la indemnización, manifestando que (12) cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. En este sentido (13) se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Se preocupa especialmente de la Asistencia integral (14), puesto que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Socializando tales recursos (15) mediante la información a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Para desarrollar esta tarea (16) se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. De igual modo (17) al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos.

Se refiere especialmente a (B) las víctimas del abuso de poder, entre quienes (18) se entenderá por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus

derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. En este sentido (19) los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios. En este mismo sentido (21) los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

Es así que la declaración de derechos es ampliamente comprensiva, pues las personas afectadas tienen derecho a los recursos judiciales (derecho a la justicia), que se les proporcione información de la forma en que sucedieron los hechos (derecho a la verdad), se sancionen a los responsables (derecho a la condena penal) y acceder a los mecanismos de reparación integral del daño (derecho a la restauración). En este último sentido la reparación debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones a los derechos fundamentales y al daño sufrido, e incluso la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y otorgar garantías de no repetición de los hechos delictivos. La restitución consiste en restablecer a la víctima a la situación anterior a la comisión de las violaciones; la compensación es una indemnización por daños, físicos o mentales, por pérdida de oportunidades económicas, laborales, educativas o sociales, y por gastos; la rehabilitación incluye el cuidado médico y psicológico, y servicios legales y sociales; la satisfacción comprende medidas dirigidas a que cesen las violaciones, se esclarezcan los hechos y se reconozca públicamente tales sucesos, como el castigo de los delincuentes; las garantías de no reincidencia residen en reformas democráticas de inclusión, a las instituciones democráticas y a los poderes públicos y sociales, el establecimiento de mecanismos para prevenir y resolver conflictos sociales y la adopción de planes educacionales de promoción de los derechos humanos.

Corresponde, entonces, que los Estados afronten integralmente el fenómeno creado por los victimarios, no por las víctimas, de manera indivisible comprendiendo el establecimiento de la verdad, haciendo justicia, atribuyendo responsabilidad, declarando el derecho a las compensaciones, reconociendo oficial y públicamente la forma en que sucedieron los hechos, curando y rehabilitando a quienes padecieron las violaciones, las cuales se mantienen en sus consecuencias en la medida que no registran una efectiva y eficiente decisión del Estado. El retraso en la respuesta del Estado para reparar integralmente el daño, constituye en sí misma una actuación que lesiona los derechos de las víctimas, puesto que fueron afectadas por agentes del Estado y luego el mismo Estado no les reconoce su derecho a ser reparadas, excusando su propia falta. Puesto que para perseguir tales crímenes ha existido acción de oficio, que impone a los tribunales actuar. Se ven discriminados por la falta de ejercicio de la acción criminal y también discriminados por la falta de compensación.

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, se dispone en su artículo 5º: “Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los principios del derecho internacional”.

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y por objeto la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la



autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización pertinente.

Al haber sido determinada la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente corresponde determinar o individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad, como, además, se la ha cuantificado por el juez de primera instancia. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla, puesto que se deja abierta la posibilidad que se acrediten las causales que la puedan excluir, respecto de las cuales en esta ocasión no se considera oportuno hacer referencia, pero sí dejamos expresado que en ningún caso podrá impetrarse la ausencia de falta de servicio.

17°.- Que el principio de la indemnidad del afectado en sus derechos por la actuación de la Administración, no descarta, en general, el reconocimiento de ciertas causales que excluyen su responsabilidad. Sin embargo, en la decisión del asunto de autos, debe atenderse al caso concreto, surgiendo la interrogante precisa: ¿es aplicable la prescripción extintiva a la acción que requiere la declaración de un derecho derivado de un hecho que constituye violación de los Derechos Humanos?

El tema se plantea no ya en el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, sino que en la forma como ésta acredita su extinción sobre la base de la prescripción de la acción, pero, además, considerando la calificación de los hechos como violaciones a los Derechos Humanos fundamentales y en especial un ilícito de lesa humanidad.

Surgen al respecto las argumentaciones expresadas por los demás disidentes, que está radicada en la naturaleza de la lesión, como en la unidad de la acción, las que en general este ministro comparte por las razones que se indicarán.

Desde luego este disidente estima inadmisible la excepción de prescripción esgrimida por parte del Fisco, porque es contraria al hecho propio, puesto que existe falta de congruencia en el proceder del Consejo de Defensa del Estado al plantear esta línea de defensa, puesto que, por una parte, no obstante formar parte de la misma Administración, históricamente ha negado por años la existencia del Derecho Administrativo en cuanto éste reconocer derechos a los administrados para dirigirse en contra de aquella, sin embargo, por otra parte, a dicha rama del derecho sí se le considera como un conjunto de normas especiales que reglan la actividad de la Administración, entre las cuales ciertamente están aquellas que se refieren a sus relaciones con los administrados, pero en un plano preeminente. Desde otro punto de vista, reclama privilegios que se apartan de la noción clásica del Derecho Público, puesto que conforme al principio de legalidad solamente tiene las facultades exorbitantes que el legislador le reconoce, dado que de lo contrario se afecta la igualdad ante la ley y ante la justicia, pero reclama tales poderes exorbitantes sustentadas en facultades “implícitas” a su función de servicio público. Así en todo lo no reglado el administrado no puede invocar derechos respecto de la Administración, sin embargo, ésta efectivamente puede hacerlo incluso contrariando las bases de la institucionalidad constitucional.

Igualmente de manera histórica y clásica dicha institución ha negado “jurisdicción” y competencia a los tribunales ordinarios para conocer de las acciones de los administrados que reclamar de sus actuaciones. Sin embargo, ha requerido de esos mismos tribunales y en los mismos juicios, que emitan declaraciones en su favor, especialmente respecto de las excepciones que interpone.

Esta falta de congruencia se expresa en el hecho que en determinados ilícitos ha autorizado se llegue a un acuerdo con las partes, ante presupuestos de hecho similares y en otros se ha negado, como ocurre en este proceso, sin que se conozcan los antecedentes de su determinación, que no sea la manifestación de una voluntad meramente potestativa.

En fin, busca, con determinación y particular vehemencia, se establezcan los hechos que originan la responsabilidad de la Administración en el campo penal, pero retrocede y contradice su misma acción cuando los afectados reclaman su reparación integral.

18°.- Que para desestimar la excepción de prescripción alegada por la demandada y afirmada en la sentencia recurrida surgen las siguientes consideraciones:

a.- La prescripción por ser una sanción no es posible aplicarla por analogía; analogía de normas de Derecho Privado inaplicables a la Administración la que se rige por el Derecho Administrativo, que forma parte del Derecho Público. Que lo demandado ha sido la indemnización por la detención y posterior desaparición de Eduardo Enrique González Galeno, que se funda en la lesión de los derechos de la actora. La oposición, en lo que interesa al recurso, se sustenta en la prescripción de esta acción. De este modo queda definitivamente establecida la discusión y es respecto de ella que ha de recaer la actividad probatoria y la sentencia para mantener la debida congruencia procesal en la causa. Es así que los requisitos de la sentencia favorable están constituidos por que se acrediten los supuestos de hecho de la acción interpuesta y que el demandado no justifique su oposición.

Si bien el artículo 1698 del Código Civil establece: “Incumbe probar las obligaciones o si extinción al que alega aquellas o ésta”, lo cierto es que el desarrollo de la jurisprudencia ha redefinido el onus probandi, expresando que corresponde la carga probatoria a quien reclama del órgano jurisdiccional la declaración de un derecho, puesto que debe justificar los hechos que constituyen los supuestos de existencia y validez de la pretensión. Del mismo modo, le asiste a quien sustenta la oposición, acreditar la procedencia y los hechos fundantes de la misma, esto es, que los sucesos que impiden, modifican, transforman o extinguen la pretensión proceden en el evento que se reclama y se encuentren acreditados. Son los presupuestos de la pretensión, en este caso el hecho calificado de crimen de lesa humanidad, los que corresponde probar al actor y aquellos que tienden a desvirtuarlos en su naturaleza, procedencia de la alegación y justificación de su existencia, son de cargo del demandado.

Por su parte el demandado ha sostenido que la excepción de prescripción constituye una institución de aplicación general, universalmente aceptada y regulada en nuestro derecho en el Código Civil, el cual hace expresa mención al Fisco. Sin insistir que esta aplicación de normas de Derecho Privado importan la negación de la disciplina del Derecho

Administrativo, ésta alegación resulta del todo improcedente, puesto que sin lugar a dudas de ninguna naturaleza, la prescripción constituye una sanción para el titular de un derecho que no solicita al órgano jurisdiccional su reconocimiento en el tiempo que el legislador contempla. Esta naturaleza sancionatoria impide que se aplique la institución de la prescripción extintiva por analogía, con mayor razón cuando se sustenta en la afirmación que la responsabilidad “extracontractual” es el régimen general del “Derecho Común Civil”, puesto que éste lo constituye el derivado de la responsabilidad contractual y la Administración no se rige por la responsabilidad aquiliana, sino que por principios propios.

Es más, ninguna argumentación sustenta la afirmación que la “prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”. Por el contrario, no es efectivo el carácter de principio general de la prescripción, de hecho las legislaciones del common law no la reconocen, al respecto se puede destacar el “caso de las Montañas Negras (Black Hills), consistente en que en virtud del Tratado de Fort Laramie de 1868, ‘el gobierno norteamericano delimitó el territorio de la reserva Sioux al interior del cual se encontraba este macizo montañoso. Ahora bien, en 1874, minas de oro fueron encontradas en estas montañas. La administración de Ulises Grant, no respetó el tratado e hizo presión sobre los Sioux para que ellos vendieran las tierras. En 1980 la Corte Suprema (de Estados Unidos, por supuesto) asigna la suma de 122 millones de dólares de indemnización por esta expoliación” (Antoine Garapon, citado por Gonzalo Aguilar Caballo, Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en casos de Violaciones de los Derechos Humanos, Gaceta Jurídica N° 341, página 14). Este mismo autor cita un ejemplo del Derecho Romano Germánico o continental, en que Alemania ha indemnizado por el holocausto con reparaciones institucionales, pero también individuales.

Ante la falta de sustento de la afirmación debe justificarse por la demandada la existencia de alguna norma que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la

responsabilidad del Estado o de sus órganos institucionales, puesto que, precisamente, en ausencia de ellas, no corresponde aplicar normas de derecho civil a la Administración, que, en todo caso, no son las disposiciones de derecho común aplicable a la Administración, la cual se rige por principios diversos, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia nacional y comparada desde el año 1855, suceso que algunos autores incluso vinculan al 18 de febrero de 1800, con motivo de la dictación de la ley francesa que normó a la Administración con un carácter jurídico, externo, obligatorio y permanente (Máximo Severo Giannini, citado por Rolando Pantoja Bauzá, El Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, página 13).

Pretender aplicar las normas del Código Civil, considerándolo como derecho común, supletorio a todo el ordenamiento jurídico resulta exagerado y desproporcionado, por cuanto el Código Civil tiene una innegable importancia para todo el Derecho, sin embargo, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales “se aplicarán con preferencia a las de este Código”. De esta forma el Código Civil es supletorio a todo el Derecho Privado, al que orienta. Pero no debe olvidarse que si bien el fenómeno de la codificación se plantea para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios.

De esta forma los principios y normas especiales han emergido en relación con el Derecho Público en general y el Administrativo en particular, como una descodificación material, pues responde a postulados diversos y, en no pocas ocasiones, entran en pugna con los del derecho privado, que regula las relaciones desde un plano de igualdad, con plena autonomía de las personas para obligarse. No obstante, esta rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad de servicio público, se aparta de aquellos postulados.

Al reconocer que existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se

reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. Así se colige del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y, en este mismo sentido, el artículo 38, letra c) de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

b.- Imprescriptibilidad del derecho reclamado conforme al derecho internacional. De acuerdo a lo sostenido con anterioridad, se ha expresado que los hechos en que sustenta la acción tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad se ha dejado justificada. Esta imprescriptibilidad se refiere a toda acción que emana de los hechos, la que resulta indivisible, de modo que se refiere tanto al aspecto penal y a la denominada pretensión de reparación integral, derivada de estas mismas normas, las cuales incluso se refieren expresamente a esta última pretensiones, como se puede observar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que señala: “Artículo 75. Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de

tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. 4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93. 5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo. 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

En el artículo 79 se dispone que por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se puede establecer un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. Del mismo modo la Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. Se establece igualmente la posibilidad de examinar la reducción de la pena, entre cuyas normas se indica en el artículo 110, que se considerará “si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas”. Al reglamentar el recurso de apelación se contempla especialmente la posibilidad de impugnar por el representante legal de las víctimas, el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados, podrá alzarse “en contra de la decisión por la cual se conceda reparación”.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991, contienen normas directa o indirectamente referidas a la

responsabilidad patrimonial del Estado, los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la “indemnización compensatoria” fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Al efecto dispone “7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, de lo que se sigue que incluso la prescripción no puede impedir la posibilidad que la víctima interponga la demanda respectiva, puesto que estas pretensiones se rigen por el derecho interno, pero considerando sus obligaciones derivadas del derecho internacional, agregando, en todo caso que “los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.



La referencia que se efectúa a la normativa internacional está relacionada con el hecho de la consagración de la reparación integral del daño, aspecto que no se discute en el ámbito internacional, en el que no se trata únicamente de la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes, pero también a instituciones y al mismo Estado. También esta normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

En este mismo sentido no está lejos de la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de la condena a los culpables, su posterior rehabilitación y la reparación integral a las víctimas, el carácter preventivo de todo lo anterior, puesto que el establecimiento de la verdad y adopción de medidas justas, previene y disuade que conductas como las reprimidas vuelvan a ocurrir, dado que, aunque pase el tiempo, en algún momento la población local o la humanidad en general reacciona y dispone aquello que corresponde ante hechos de graves connotaciones, así todo eventual infractor está advertido que aunque pasen muchos años, su conducta será perseguida y sancionada. A este respecto resultan pertinentes las palabras del juez estadounidense R.H. Jackson, en el informe al Presidente de su país, de 7 de octubre de 1946, que al referirse a los procesos penales seguidos por el Tribunal de Nüremberg, “contribuían a la afirmación del principio de legalidad, sustantiva y procesal (con la tipificación de conductas y el establecimiento de la responsabilidad penal individual por su comisión), a la determinación de los hechos, al afianzamiento de la paz, y a la humanización del Derecho Internacional (Report of Robert H. Jackson, citado por Ana Morell, Funciones y Límites de la Jurisdicción Penal Internacional, artículo facilitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema).

En este mismo sentido ya se ha expresado, que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, tuvo en consideración que permitiría el castigo de las personas responsables de violaciones graves del

Derecho Internacional Humanitario y que contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados. Iguales consideraciones se tendrán presente por el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para investigar los crímenes cometidos en Ruanda, dictando la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, expresando que permitiría el castigo de los responsables y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y a la restauración y el mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados.

Siguiendo con esta perspectiva se puede expresar que, ciertos instrumentos internacionales universales y regionales, recomiendan tener presente las necesidades de las víctimas en el proceso penal y su asistencia a través de medidas dispuestas para aliviar los daños físicos, psicológicos, materiales y sociales, así como la reparación de los derechos violados, pudiendo citarse al efecto la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 40/34, de 1985, párrafos 4 a 17; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, artículos 1, 2, 10, 25, 63 y 68; Convención Europea sobre Reparación a las Víctimas de Crímenes Violentos de 1983, artículos 1 a 11, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, con sus Protocolos 3, 5, 8 y 11.

c.- Principio de congruencia y coherencia. Sin perjuicio de la congruencia requerida a la demandada, resulta indispensable pedir lo propio a los magistrados que resuelven los conflictos jurídicos, aspecto que la doctrina denomina “principio de coherencia”, puesto que no se observan razones para decidir de manera diversa las excepciones de prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto imponer sanciones penales a los responsables y aquellas que reclaman la reparación integral del daño a todos los responsables, puesto que, con esto se afectan las garantías de igualdad y no discriminación. En efecto, no se advierte la razón por la cual cuando quien persigue la responsabilidad es el Estado la acción es imprescriptible y al dirigir la acción en contra del Estado, derivado de los mismos hechos, ésta se torna en prescriptible.

d.- Principio de interpretación pro administrado. El profesor García de Enterría expresa que la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de la referencia, citando al efecto la sentencia de 24 de julio de 1989, que expresa que debe tenerse en cuenta “que el principio de prohibición de la interpretación contra cives obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales” (obra citada, página 431).

19.- Que en todo caso, este principio de interpretación se identifica con el “pro homine o favor persona”, que tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas, corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos.

Al respecto el Tribunal Constitucional de Chile, en la causa rol N° 740-07, en sentencia de 18 de abril de 2008, en su considerando 69° dejó establecido, en lo pertinente: “Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud.”

“En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales” que señala. De igual forma en causa rol N° 1361-09, en sentencia de 13 de mayo de 2009, en su considerando 73° estableció: “Que, por otra parte, en el

ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido:

*“En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”.*

Este principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales internacionales de América y Europa.

20°.- Que por lo razonado hasta ahora, resulta contradictorio emitir pronunciamiento en cuanto a los requisitos de procedencia de la prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto obtener la declaración de la obligación de reparar el daño causado por violaciones a los Derechos Humanos, puesto que se sostiene por este disidente que tales pretensiones son imprescriptibles.

21°.- Que por tales argumentaciones no concurre en el fallo de la Corte de Apelaciones el error de derecho denunciado, por haber aplicado los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes que regulan la responsabilidad del Estado, puesto que, a lo menos, el Estado debe cumplir las obligaciones de investigar, sancionar y reparar.

El hecho en que se sostiene la demanda tiene la calificación de crimen contra la humanidad, los cuales son imprescriptibles en sus acciones, por lo que no es posible que una norma de orden interno y de Derecho Privado, como lo es el Código Civil, establezca plazos que una vez vencidos eximan al Estado de reparar a las víctimas, circunstancia que está en contradicción con lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, según se ha dicho, su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados, puesto que cuando ha existido violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar la acción con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Los sentenciadores no incurrieron en error de derecho al reconocer el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar que pesa sobre el Estado de Chile, derivados de violaciones a los derechos humanos, en especial al constituir el caso de autos un crimen de lesa humanidad, según lo establecido en el artículo 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Nüremberg y el Principio VI del Derecho Internacional Penal Convencional y Consuetudinario, textos que forman parte de los principios y normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, que es también derecho aplicable en nuestro país. Por ello, así como los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, lo son también las acciones reparatorias que surgen de tales delitos.

22°.- Que, en todo caso, si bien los hechos ocurrieron el 14 de septiembre de 1973, lo cierto es que la Ley N° 19.123 dispuso que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación tendrá por objeto “la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990” y que le corresponderá especialmente:

“1.- Promover la reparación del daño moral de las víctimas a que se refiere el artículo 18 (las personas declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política) y otorgar la asistencia social y legal que requieran los familiares de éstas para acceder a los beneficios contemplados en esta ley”.

“2.- Promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados. En el cumplimiento de este objetivo deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito”.

“3.- Guardar en depósito los antecedentes reunidos tanto por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación como por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y todos aquellos que, sobre casos y asuntos similares a los por ella tratados, se reúnan en el futuro.- Podrá asimismo, requerir, reunir y procesar el conjunto de la información existente en

poder de entes públicos, así como solicitarla a entes privados, que diga relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”.

“El acceso a la información deberá asegurar la absoluta confidencialidad de ésta, sin perjuicio que los Tribunales de Justicia puedan acceder a dicha información, en los procesos sometidos a su conocimiento”.

“4.- Recopilar antecedentes y efectuar las indagaciones necesarias para dictaminar en aquellos casos que conoció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y en que no le fue posible formarse convicción respecto de la calidad de víctima de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política del afectado o respecto de casos de la misma naturaleza, sobre los que no tuvo conocimiento oportuno o, habiéndolo tenido, no se pronunció sobre ellos por falta de antecedentes suficientes”.

“En esta materia procederá con arreglo a las mismas normas prescritas para dicha Comisión en el Decreto Supremo N° 355, del Ministerio del Interior, del 25 de abril de 1990, que la creó”.

“Los casos referidos en el párrafo anterior de este número deberán ponerse en conocimiento de la Corporación dentro de los 90 días siguientes a la publicación de su Reglamento interno en el Diario Oficial, y serán resueltos dentro de un año contado desde la misma publicación”.

“Si la Corporación se forma convicción sobre la calidad de víctima de una persona, lo comunicará de inmediato a los órganos pertinentes de la Administración del Estado a fin de que concedan a los beneficiarios los derechos y prestaciones que les otorga la presente ley”.

“5.- Celebrar convenios con Instituciones o Corporaciones sin fines de lucro, para que éstas presten la asistencia profesional necesaria para cumplir con los fines de la Corporación, incluidos beneficios médicos”.

“6.- Formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respecto de los derechos humanos en el país”.

Las personas calificadas de víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales tendrán acceso a beneficios económicos mediante una pensión mensual, como, además, de caracteres médicos, físicos y psicológicos, educacionales y relacionados con exclusión de cumplir la carga personal del Servicio Militar.

Este hecho constituye una renuncia expresa a cualquier prescripción y se genera un reconocimiento expreso de los derechos de las víctimas, el que no puede ser posteriormente negado, dado que de éste deriva el reconocimiento del Estado de la calidad de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, entre otros a los actores, con motivo de la dictación de la Ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, de estimarse aplicables en la especie las normas sobre prescripción que contiene el Código Civil, la dictación de la mencionada normativa constituye en si misma, a lo menos, interrupción de cualquier prescripción, como ha tenido ocasión de disponerlo esta Corte Suprema en sentencia dictada en los autos Rol N° 4753-2.001, de 15 de mayo de 2002, considerandos 12° y 13°).

Por otra parte constituye jurisprudencia reiterada de esta Corte en el sentido que la denuncia del hecho ante la justicia del crimen, originando la suspensión de la acción penal, es motivo suficiente de interrupción de la acción civil, como lo ha sostenido la parte del Fisco, especialmente con motivo de la persecución de ilícitos que tipificados de fraude tributario. En efecto, se ha señalado que la interposición de las querellas criminales, dirigidas en contra de todos quienes pudieran tener alguna responsabilidad en los sucesos, tiene la virtud de dirigir la acción en contra de ellos, por lo que, de igual modo se cumpliría con la suspensión de la prescripción de la acción penal (jurisprudencia sostenida por la Segunda Sala Penal de la esta Corte en sentencias de fecha 27 de septiembre de 2000, dictada en los autos rol N° 4.367-1999 y de fecha 27 de septiembre de 2001, dispuesta en los autos Rol N° 3.574-2000, entre otras).

Se deja constancia que para resolver como se hizo el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes contenidas en el párrafo 2.- “Los acuerdos de las Corte de Apelaciones” del Título V del Código Orgánico de Tribunales, aplicable a la Corte Suprema en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, optando los Ministros señores Valdés y Carreño y señora Pérez por estimar, para el solo efecto de lograr acuerdo en los términos que exige el inciso primero del artículo 85 del aludido Código, que el plazo de prescripción de cuatro años que consagra el artículo 2332 del Código Civil ha de principiar a computarse en la oportunidad que se indica en el fundamento

Décimo Tercero y no desde la fecha de perpetración del acto, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese.

N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller



Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

De conformidad con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de la remisión que efectúa el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se procede a dictar el siguiente fallo de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento 13°, que se elimina.

Y teniendo en su lugar y además presente las consideraciones vertidas en los motivos Tercero a Décimo Cuarto del fallo de casación que antecede y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se acoge la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de la presentación de fojas 2533 y se declara que se rechaza en todas sus partes, sin costas, la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por la actora Nelly González Galeno en el primer otrosí del escrito de fojas 2448.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de opinión de rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, en atención a los fundamentos vertidos en los votos disidentes de la sentencia de casación.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller

Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 2182-98 “Colegio Médico-Eduardo González Galeno”, por sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por el Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago señor Alejandro Solís Muñoz, se condenó al querellado Clenardo Figueroa Cifuentes como autor del delito de secuestro calificado de Eduardo González Galeno a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias del grado y al pago de las costas de la causa, y al también querellado Gamaliel Soto Segura, como cómplice del mismo ilícito, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes y al pago de las costas del proceso. En el aspecto civil, el fallo acogió la excepción de incompetencia opuesta por el demandado Fisco de Chile y rechazó la demanda deducida por la actora, omitiendo pronunciamiento respecto de la prescripción extintiva también alegada.

En contra de esta sentencia la defensa del querellado Soto Segura dedujo recurso de casación en la forma y apelaron el mismo Soto Segura, el querellado Figueroa Cifuentes, la querellante y demandante civil Nelly González Galeno y la parte Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior. Asimismo, se elevó en consulta el sobreseimiento parcial y definitivo decretado respecto de Rigoberto Pacheco Cárdenas.

En fallo de diecinueve de agosto de dos mil once, escrito a fojas 3054, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago aprobó el sobreseimiento consultado, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó la sentencia en la parte penal, con declaración de que la pena impuesta al condenado Gamaliel Soto Segura se eleva a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias del grado, en calidad de autor del delito por el cual se le formuló acusación. En cuanto a lo civil, la sentencia revocó el fallo apelado y en su lugar acogió la demanda de indemnización de perjuicios, condenando al demandado Fisco de Chile a pagar a la actora por concepto de daño moral la suma de \$50.000.000, más intereses corrientes para operaciones no reajustables desde la ejecutoria, sin costas.

A fojas 3065 el Fisco de Chile dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de segunda instancia antes aludida y a fojas

4000 y 4029 hicieron lo propio las defensas de los condenados Gamaliel Soto Segura y Clenardo Figueroa Cifuentes. El recurso de este último fue declarado inadmisibile por resolución de catorce de octubre de dos mil once, rolante a fojas 4048.

En sentencia pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte Suprema de veinticinco de junio del año en curso, escrita a fojas 4096, se rechazaron los recursos de casación en la forma interpuesto por el Fisco y de forma y fondo deducidos por el condenado Soto Segura.

En la misma resolución y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó traer los autos en relación para conocer del recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile.

**Considerando:**

**Primero:** Que en el recurso de casación en el fondo se denuncia infringido, en primer término, el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 19, 22 inciso primero, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil. En concepto del recurrente el fallo incurre en error de derecho al dejar de aplicar las normas sobre prescripción a un caso en que ha debido hacerse y sin que exista norma jurídica alguna de derecho interno o internacional que las derogue o excluya.

Las argumentaciones de la sentencia recurrida son erradas, en concepto del recurrente, puesto que independientemente de que se califique la acción como de índole humanitaria, ello no la hace extraña o ajena a los tipos de responsabilidad existentes en nuestro Derecho, el cual, dentro del género “responsabilidad” distingue la contractual de la extracontractual, siendo esta última la que emana de hechos ilícitos, cuyo es el caso en que se funda el libelo. Por ende, continúa, la misma podrá derivar de distintos hechos, calificados de forma diversa, surgiendo acciones patrimoniales que determinan la aplicación de las normas previstas en el derecho común, por no existir preceptos de excepción a su respecto. De esta manera, agrega sobre el punto, la acción deducida en este proceso se encuentra sujeta al plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de cuatro años contados desde la perpetración del acto que causa el daño.

El Fisco, se indica en el libelo, alegó que aun estimando que el plazo estuvo suspendido durante el régimen del gobierno militar, al momento de notificarse la demanda habían transcurrido con creces los cuatro años que prevé la norma y, por tanto, la acción se encontraba efectivamente prescrita.

Al dejar de aplicar el citado artículo 2332, afirma el recurrente, también se ha infringido el artículo 2497 del Código Civil, norma que hace aplicable las reglas de prescripción también al Estado. El solo tenor literal de este precepto demuestra claramente, a juicio de la parte que recurre, el grave error de derecho en que incurre el fallo impugnado.

Seguidamente se indica que los sentenciadores debieron aplicar los artículos 2492 y 2514 del Código Civil y no lo hicieron, cometiendo errores de derecho al desatender el sentido que emana del tenor literal de estas disposiciones, lo que importa también una infracción a la regla de interpretación consagrada en el inciso primero del artículo 19 del mismo cuerpo legal.

En un segundo capítulo se denuncia que la sentencia aplica normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos a materias patrimoniales no contempladas en ellas. La sentencia, expone el Fisco, hace falsa aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile al fundar en ellos la supuesta imprescriptibilidad de las acciones civiles provenientes de violaciones a los derechos humanos, materias que no contemplan ni regulan en absoluto, y añade que se aplican falsamente los principios y tratados internacionales que en caso alguno establecen la imprescriptibilidad.

Específicamente se afirma en el escrito de casación que el fallo sostiene equivocadamente que los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después, y diversa jurisprudencia internacional emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habrían aceptado las peticiones indemnizatorias considerándolas propias o integrantes de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia, continúa sobre el punto, no indica ninguna disposición concreta y precisa de algún tratado vigente en Chile que establezca en el ámbito del Derecho Internacional la imprescriptibilidad de la obligación de indemnizar los perjuicios civiles, sino que obtiene una conclusión a partir de la aplicación al

ámbito civil de Derecho interno, de principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sólo han sido contemplados para la imprescriptibilidad en materia penal respecto de la comisión de delitos de lesa humanidad.

Tampoco, agrega, la establecen respecto de las acciones pecuniarias las convenciones internacionales sobre estas materias, pues en este juicio no se trata sobre si las acciones penales provenientes de violaciones de los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad prescriben o no, o si los Estados tienen o no la obligación jurídica de reparar a la víctimas en estos casos, sino únicamente en determinar -de acuerdo al Derecho interno, conformado también por el Derecho Internacional-, si esa obligación puede ser perseguida ad eternum contra el Estado infractor.

Sobre el particular, en opinión del recurrente, la conclusión es clara: ninguno de los instrumentos invocados en la sentencia impugnada hace referencia alguna siquiera a la imprescriptibilidad de las acciones civiles.

En consecuencia, concluye, no existiendo norma expresa de Derecho Internacional de Derechos Humanos que disponga la imprescriptibilidad de la obligación estatal de indemnizar y no pudiendo tampoco aplicarse por analogía la imprescriptibilidad penal en materia civil, la sentencia no pudo aplicarlas al caso de autos y mucho menos si ello implica apartarse del claro mandato de la ley interna, contenida en los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

En el tercer capítulo la parte recurrente denuncia contravenidos los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República y 6° y 9° del Código Civil y al efecto expone que la sentencia infringe estas normas relativas al ámbito de validez temporal de la ley, al dejar de aplicarlas, pues debió hacerlo al regular todas ellas el caso que ha sido materia del juicio.

Desarrollando este acápite se indica por el recurrente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, contiene una norma específica sobre la esfera de aplicación temporal de sus preceptos, cual es el N° 2 del artículo 74, que se ha omitido absolutamente. El instrumento de ratificación, continúa el Fisco, fue depositado el 21 de agosto de 1990 y de acuerdo a la norma mencionada desde este preciso momento entra en vigor, sin perjuicio que, además, la ratificación fue formulada con



declaración expresa de que los reconocimientos de competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito del instrumento de ratificación y, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990.

Por lo tanto, concluye el recurrente, invocado en la sentencia como fundamento jurídico esencial, no ha podido este tratado ser aplicado a los hechos de la causa, ocurridos, o con principio de ejecución, con mucha antelación a la fecha de vigencia en Chile, vulnerándose con ello la parte final del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política.

Asimismo, agrega, el fallo contraviene el artículo 28 de la Convención de Viena aludido, vigente en nuestro país desde 1981, que establece la irretroactividad de las disposiciones de los tratados y con ello también el artículo 6° del Código Civil.

En síntesis, termina el recurso, al fundar jurídicamente su decisión en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ley debidamente incorporada al ordenamiento interno desde 1991, la sentencia ha otorgado a este instrumento un efecto retroactivo que es contrario a lo dispuesto en todas y cada una de las disposiciones de Derecho Internacional e interno que se han denunciado como infringidas.

**Segundo:** Que el fallo objeto del recurso fijó como hecho de la causa que el día 14 de septiembre de 1973, alrededor de las 8:00 horas, personal de Carabineros, sin orden judicial ni administrativa, detuvo en su casa habitación a Eduardo González Galeno, llevándolo hasta la Tenencia de Cunco, siendo interrogado y posteriormente subido a un helicóptero de la Fuerza Aérea de Chile y trasladado hasta la Base Aérea Maquehue en Temuco, siendo (sic) visto un cabo como la persona que lo sacó de la Tenencia, arrastrándolo hacia afuera. Desde la fecha precedente, indica también la sentencia, se perdió el rastro de su paradero y no consta su defunción.

El hecho anterior es calificado por los jueces de la instancia como constitutivo del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 incisos primero y tercero del Código Penal, en la persona de Eduardo Enrique González Galeno.

En lo que interesa a la casación en el fondo, referida únicamente al aspecto civil del fallo impugnado, se indica en la sentencia que por los mismos razonamientos contenidos en el motivo 17° del pronunciamiento de primer grado no resulta procedente acoger la excepción de prescripción por hechos ocurridos en 1974 (debió decir 1973), fundada en el artículo 2332 del Código Civil y, en subsidio, en los artículos 2514 y 2515 del mismo cuerpo legal.

Agrega el fallo que en la decisión del a quo se rechaza la imprescriptibilidad de la acción penal y esto debe que entenderse también rige para el ámbito civil, puesto que carece de sentido sostenerla para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada y por lo mismo privada y renunciable. La prescripción de la acción de que se trata, continúan los sentenciadores, no puede ser determinada a partir de las normas de Derecho Privado, que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, puesto que éstas atienden a finalidades distintas de aquellas que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del *Ius Cogens*, que importan obligaciones de respeto, garantía y promoción de esos derechos, así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos. Así por lo demás, afirman, fluye de la norma del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Seguidamente el fallo señala que la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por un crimen como el investigado emana de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después; en particular, en América, del denominado Pacto de San José de Costa Rica y por cierto de la numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La fuente de la responsabilidad civil tratándose de una violación de esta especie, concluye sobre el punto, está en las normas y principios de este Derecho, específicamente en los artículos 1.1 y 63.1 del Pacto.

La norma civil de prescripción de la acción y la responsabilidad estatal, continúan los sentenciadores, sólo podría aceptarse y comenzar a computar el

plazo respectivo desde la época en que el Estado ha terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación judicial. Únicamente desde entonces, añaden, resulta posible que la querellante deduzca la acción civil correspondiente y, a este respecto, se considera que la actora en este juicio, tan pronto se produjo el secuestro de su familiar, inició diversas acciones, incluidas las judiciales, para tratar de obtener que se procediera a la investigación de los hechos y a la ubicación de su hermano secuestrado, iniciativa que continúa durante todo el proceso, quedando acreditado tras larga y demorosa investigación, con resultados a más de treinta años de ocurrido el ilícito, que existe responsabilidad del Estado, la que éste no puede eludir. En atención a ello, finaliza la sentencia, sería demostración de un tratamiento injusto y contrario a los más elementales principios de una justicia reparadora que las consecuencias negativas de tal demora las sufriera la querellante y demandante civil, beneficiándose el Fisco de Chile.

**Tercero:** Que la doctrina y la jurisprudencia discrepan respecto de la posibilidad de extender el status de imprescriptibilidad que se predica de la acción penal tratándose de delitos de lesa humanidad, a las acciones dirigidas a obtener reparaciones de naturaleza civil por los mismos hechos.

En efecto, se sostiene, por una parte, que tanto la responsabilidad civil como la penal derivada de esta clase de delitos se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Éste postula que todo daño acaecido en el ámbito de los referidos derechos ha de ser siempre reparado íntegramente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional o, en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aun de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, mas con exclusión del derecho interno, pues los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil. A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente las reglas contenidas en los artículos 2497 y 2332 del citado Código, que regulan la institución de la

prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en este caso.

**Cuarto:** Que desde luego y en lo que dice relación con la alegación de vulneración de tratados internacionales cabe dejar establecido, en forma previa, que al tiempo de los hechos investigados no se encontraban vigentes en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo vino a ser aprobado por Decreto Supremo N° 778 (RR.EE.) de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por Decreto Supremo N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1990, publicado el 5 de enero de 1991.

**Quinto:** Que no obstante lo anterior y en la misma línea de razonamientos acerca del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar que ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. Así, la propia Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.

**Sexto:** Que, por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades en que han incurrido por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso

experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio.

**Séptimo:** Que, finalmente, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto antes indicado, se refiere también y únicamente a la acción penal. En efecto, en el artículo IV establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes antes indicados.

**Octavo:** Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.

**Noveno:** Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

**Décimo:** Que de acuerdo a lo anterior, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las

acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

**Undécimo:** Que correspondiendo el ilícito materia de esta causa al descrito en el fundamento segundo, consistente en la detención de Eduardo González Galeno el día 14 de septiembre de 1973 y su posterior desaparición, la que se mantiene hasta hoy, no cabe sino concluir, tal como lo ha sostenido esta Corte Suprema en reiterados casos, que la desaparición es consecuencia de la detención, por lo que aunque tal efecto permanezca en el tiempo el plazo de prescripción habrá de contarse, en principio, desde la fecha de comisión del ilícito, en este caso desde el 14 de septiembre de 1973.

**Duodécimo:** Que, sobre la base de lo ya razonado, se concluye que en el fallo objeto de la casación en estudio se ha incurrido, desde luego, en el vicio que se denuncia en el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, cometiendo con ello error de derecho al haber dado cabida a una legislación que no era la llamada a regir el caso en cuestión y dejado de aplicar las normas pertinentes del derecho interno.

Sin perjuicio de lo anterior, para acoger el recurso interpuesto, además de haberse sostenido la prescriptibilidad de la acción, -al contrario de lo argumentado en la sentencia de segundo grado-, resulta indispensable asentar que el plazo de prescripción que prevé el legislador se encontraba cumplido al momento de ejercerse válidamente la acción, pues de lo contrario el yerro cometido no habría tenido la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que la casación en el fondo exige como conditio sine qua non para justificar su anulación.

**Décimo tercero:** Que, en este contexto, y sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil.

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar

desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la “Comisión Rettig”, al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querella el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

**Décimo cuarto:** Que en razón de lo dicho, preciso es reiterar que se ha ejercido en la especie por la parte demandante una acción de contenido patrimonial, cuya finalidad no es otra, en términos simples, que hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.

**Décimo quinto:** Que de lo precedentemente consignado surge que al rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso, los que indudablemente tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto incidieron en la decisión de hacer lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por concepto de daño moral interpuesta por la actora, en circunstancias que ésta debió haber sido desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, los dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de

Procedimiento Civil, se **acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por en demandado Fisco de Chile en el primer otrosí de la presentación de fojas 3065 contra la sentencia de diecinueve de agosto de dos mil once, escrita a fojas 3054, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de casación interpuesto.

Los Ministros señores Juica, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar tienen para ello en consideración:

1°.- Que, en primer término, cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector, en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil, se encuentra en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos y ello ha de ser necesariamente así por cuanto este fenómeno de graves transgresiones a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana es con mucho posterior al proceso de codificación, que por lo mismo no lo considera, pues, por una parte, responde a criterios claramente ligados al interés privado y, por otra, por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.

2°.- Que conforme a lo anteriormente expuesto no cabe calificar la acción indemnizatoria deducida en autos por la demandante como de índole o naturaleza meramente patrimonial, como se afirma por el Fisco recurrente, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual - vinculada a un negocio común- o extracontractual, sino configurativas de un delito de lesa humanidad, del cual emana, además de la acción penal, una civil de carácter humanitario; y es de esta clase en razón de que la pretensión de la actora se fundamenta en la detención y posterior desaparecimiento de su hermano, en completa indefensión, por militares que disponían de gran poder de coerción.

3°.- Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad a aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada en la demanda y así, por lo demás, ha sido declarado en el fallo recurrido, sin que se hubiere controvertido esta calificación. Asimismo, consta de los antecedentes



que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N° 355 de 1990, del Ministerio de Justicia) y tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231).

4°.- Que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada, pues toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico. Cuando las referidas normas dejan de aplicarse a un caso que estaban llamadas a regir se produce su contravención y se infringe también la regla del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización que ha sido reclamado en estos autos.

5°.- Que el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación 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 el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5° de la Constitución Política.

6°.- Que analizando ahora los preceptos estimados infringidos por el Fisco de Chile en su recurso, cabe señalar que no resultan atinentes las reglas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al encontrarse éstas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas.

Asimismo, en tanto el Fisco acepta explícitamente en su recurso la posibilidad de que el plazo de la prescripción extintiva que alega se compute desde una época distinta de aquella que señala el artículo 2332 del Código Civil, no puede sino concluirse que hay también una clara aceptación de que los preceptos de este cuerpo legal no son necesariamente los llamados a regir un caso como el planteado y que pueden, por lo mismo, dejar de tener aplicación, sin que esta omisión importe contravenirlos.

No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.

7°.- Que, entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto, y es por ello que la sentencia impugnada da correcta aplicación a las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, de acuerdo con este último precepto la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de Derecho Interno. A este respecto debe también tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible

aplicación, de manera tal que produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado la responsabilidad de éste surge de inmediato por la violación de la norma de Derecho Internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias indeseadas.

La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que la obligación no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo (Caso Velásquez Rodríguez).

8°.- Que en el mismo sentido, el artículo 131 de la Convención de Ginebra pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos y no se limita a la de carácter penal. Lo mismo ocurre con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente desde el 27 de Enero de 1980, que previene -según ya se afirmó- que los Estados no pueden invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales -en la especie la de establecer responsabilidades-, incumplimiento del que ciertamente derivaría responsabilidad por un ilícito de índole internacional. Lo anterior conduce a sostener que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquéllos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible.

9°.- Que, además, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva del inciso tercero del artículo 6° de la Constitución Política de la República y del artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y que de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas. Específicamente en lo que se refiere a la norma de mayor jerarquía, puede señalarse que el referido artículo 6° se encuentra comprendido en el capítulo denominado "Bases de la Institucionalidad" por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción y contiene el imperativo 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.

10°.- Que en concepto de los disidentes no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la

prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado. Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo meramente convencional o contractual, ello no implica que haya de hacerse aplicación de este régimen, que comprende la cuestión de la culpa y el dolo referidos a un agente determinado. En un caso como el de la especie no resulta necesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos no han podido acaecer sino porque el mismo Estado actuó de manera dolosa cuando desarrolló en forma reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, esto es, cuando integrantes de sus órganos de seguridad se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y muertes, entre otros graves atentados.

11°.- Que si en virtud de normas jurídicas como las citadas, aplicadas por lo demás en el fallo impugnado al resolver el conflicto penal, no es posible concebir la prescripción de la acción penal, cabe preguntarse qué podría justificar que este motivo de extinción de responsabilidad fuese aplicable a la responsabilidad civil conforme con los extremos del Derecho Privado, si el hecho fuente de la responsabilidad es uno solo y de índole penal y si la responsabilidad de esta especie siempre será exigible. En concepto de los disidentes esta interrogante no tiene respuesta satisfactoria.

12°.- Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación

contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia que se le reclama.

13°.- Que por las razones expuestas precedentemente en opinión de estos disidentes no ha incurrido el fallo impugnado en el error de derecho que se le imputa al declarar imprescriptible la acción intentada por la actora contra el Fisco de Chile y rechazar la excepción opuesta por éste en tal sentido.

El Ministro señor Muñoz, por su parte, tiene presente para disentir los siguientes fundamentos:

1°.- Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano-germánico y religioso. La preocupación fundamental ha sido el establecimiento del Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en las decisiones de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano-germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento.

La evolución de las familias de los sistemas jurídicos se orienta en decisiones convencionales que se encausan en diversos aspectos, pudiendo citar entre los más relevantes, a los efectos de la decisión del presente caso,

en el establecimiento del sistema de fuentes del derecho y la determinación de los destinatarios de tales disposiciones. En el sistema de fuentes el mayor progreso se producirá al reconocer que éste se encuentra piramidalmente estructurado.

En efecto, en la Teoría del Estado surge la supremacía individual en la Carta Magna y la supremacía constitucional en la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento. No obstante esta gran diferencia, ambas concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en el aspecto jurisdiccional, primero en el derecho al proceso, reconocido con diferentes particularidades y principios. Con motivo del establecimiento del absolutismo, se podrán comprender todas las diferencias con el Estado democrático al asignar competencia a los tribunales, sean éstos especiales u ordinarios, como también el derecho a gozar de iguales prerrogativas como partes. Se conjuga en esta argumentación el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cual es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantizados por la Constitución. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

La Revolución Francesa permitió pasar de un Estado de Policía a un Estado de Derecho, entre cuyos efectos más importantes está la conformación

de un sistema normativo que tiene por objeto regular la organización administrativa, sus funciones y potestades, como también, las limitaciones y responsabilidades de sus autoridades y agentes públicos.

2°.- Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla “The king can do no wrong” (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos como de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, que contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad, se llega a sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo e incluso aplicando sanciones. En un primer estadio se excluye de control la oportunidad, mérito y conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislator y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de la responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855), España (1869), Alemania (1979) e Italia. El cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

No es posible resistir la tentación de reproducir la sentencia del Consejo de Estado francés, pronunciada con motivo del caso Rothschild, el 6 de

diciembre de 1855, en que se conjuga la temprana concepción de los principios y la claridad de sus argumentaciones para expresar que las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que aprovechan sus servicios “no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio”, principio que se reiterará en la sentencia del caso Blanco, de 8 de febrero de 1873, en que se pretende declarar civilmente responsable al Estado conforme a la legislación civil, el Consejo de Estado entrega la competencia a las autoridades administrativas “considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

Si bien esta competencia especial se refiere a ciertos daños en un comienzo, a partir de la sentencia dictada en el caso Tommaso Greco de 1905 se extiende a toda clase de daño, “siempre que sean ciertos, aunque se trate de daños futuros o, incluso, morales, si éstos son avaluables en dinero, caso Dame Durand de 1949: perjuicio estético; caso Morell de 1942: sufrimientos físicos excepcionales; caso Bondurand de 1954: pérdida de un padre, madre o hijo, etc., todo ello bajo fórmulas genéricas de ‘perturbaciones graves de las condiciones de existencia’, con tal de que esos daños sean imputables a la Administración en cuanto producidos por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda y de que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo ... y no roto por una causa extraña”, incluyendo expresamente los daños provocados por las fuerzas de policía, desde el caso Lecomte et Daramy de 1949” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, páginas 365 y 366).



3°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado sobre la base de la jurisprudencia y de la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”, sentencia de 11 de enero de 1908 y “Lapostol con Fisco”, sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en “Hexagon con Fisco”, de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: “Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos”.

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de “falta de servicio” que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar daño en los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislator.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley N° 18.575. La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

No resulta desconocida la responsabilidad derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de legalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado.

4°.- Que esta responsabilidad del Estado-Administrador es posible fundarla, además, en las disposiciones de derecho internacional humanitario.

En efecto, para una adecuada resolución de la presente causa resulta indispensable establecer el contexto normativo e histórico vigente en nuestro país a la fecha en que ocurrieron los hechos: 14 de septiembre de 1973.

Es así que el 11 de septiembre de ese año los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros constituyeron una Junta de Gobierno, procediendo a “destituir al gobierno”, “asumiendo el Poder” y “el Mando Supremo de la Nación”, por las razones que consignan en el Bando N° 5 y Decreto Ley N° 1, clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, como, además, hicieron cesar en sus funciones a algunas organizaciones sindicales, para mantener la “tranquilidad social” y se declaró ilícitos y disueltos los partidos políticos, respetando la “Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan”, ejerciendo los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los Decretos Leyes N° 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras.

Desde el 11 de septiembre de 1973 se desarrollaron distintas acciones de movilización de tropas destinadas, además, de destituir al gobierno por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, a consolidar a efectivos de las instituciones armadas en el ejercicio del poder, sofocar cualquier ataque a las nuevas autoridades y a prevenir alzamientos de reconocidos partidarios del anterior gobierno, para lo cual se dispone de nóminas de personas que deben presentarse ante las autoridades, se decreta toque de queda, se crean unidades de inteligencia y se implementan medidas de excepción.

En la fecha indicada se dicta el Decreto Ley N° 3, en que, considerando la situación de conmoción interior que vive el país y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado, la Junta de Gobierno, declaró el “Estado de Sitio en todo el territorio de la República”. El 12 de septiembre de 1973, se dicta el Decreto Ley N° 5, en que considerando, entre otros motivos, “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 1°, se declara, “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha

legislación”, agregándose al artículo 281 del Código de Justicia Militar la causal de justificación consistente en que “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto él o los hechores”, para luego elevar la penalidad en tiempo de guerra y se remarca la competencia de la justicia militar para conocer de diferentes ilícitos; normativa que se dicta como consecuencia de los ataques a las nuevas autoridades, que se califica de conmoción interna, todo lo que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 418 del citado Código, que expresa: “Para los efectos de este Código, se 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 existe la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

5°.- Que la normativa transcrita tiene por supuestos los siguientes aspectos: a) el país se encontraba viviendo circunstancias particulares, por lo que existía conmoción interna; b) Dicha “conmoción interna”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, importa “tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo”, el mismo diccionario equipara tumulto a motín, levantamiento o sedición y esta última acción la define como “alzamiento colectivo y violento contra la autoridad o la disciplina militar sin llegar a la gravedad de la rebelión”; c) Con mayor razón se dará dicho estado si existe rebelión, que importa el levantamiento contra los poderes del Estado, con el fin de derrocarlo o destituirlo, circunstancia que ciertamente llevó a la lucha armada entre distintos bandos al interior de una misma nación, circunstancia que caracteriza a la guerra interna o civil, precisa circunstancia en que existe consenso en que hay “estado o tiempo de guerra”. Es por ello que un autor señala que “el estado o tiempo de guerra a que da origen el estado de sitio por conmoción interior no importa un estado preventivo de la guerra civil sino que un caso de guerra actual (efectiva) reconocido por la declaración del estado de sitio por conmoción interior, ya que ésta se decreta cuando ya se ha producido el alzamiento armado. La fecha de la promulgación del estado de sitio será la fecha del inicio del estado o tiempo de guerra” (Renato Astrosa Herrera, Derecho Penal Militar, página 52), lo esencial es que en las etapas de la guerra se dé la preparación, planificación y, fundamentalmente, la movilización, todo lo

cual ocurrió en nuestro país por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros, por lo que sin lugar a dudas el estado o tiempo de guerra existió jurídica y materialmente.

Por otra parte, la normativa que se dictó indica expresamente que se dispone el “estado o tiempo de guerra” con la finalidad de aplicar la normativa penal sustantiva, como la procesal orgánica contemplada para ese estado, como para los efectos que disponen las “demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación”; normativa entre la cual se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949. Se debe agregar que la doctrina y cierta legislación distinguen en el sentido de que “estado de guerra” importa la aplicación del derecho interno que regula dicha situación y por la noción de “tiempo de Guerra” cobra vigencia el derecho internacional respectivo. “En derecho penal bélico el tiempo de guerra y el estado de guerra constituyen dos normas especiales con su propio contenido jurídico; una de derecho internacional y la otra de derecho interno...” (Pietro Vico, *Diritto Penale Comune di Guerra*, página 29, citado por Renato Astrosa Herrera, *Derecho Penal Militar*, página 46), empleándose por el legislador expresamente ambas terminologías.

En lo que dice relación con los Convenios de Ginebra debe tenerse en consideración que Chile los ratificó y se publicaron en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, por lo que indudablemente deben ser considerados como tratados internacionales vigentes desde esa fecha y hasta nuestro días, pues no han sido denunciados. Es así como el artículo 3° expresa: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquiera otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos para cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

Este Instrumento Internacional dispone, además:

Artículo 49: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente.”

“Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sea juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.”

“Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.”

“En todas circunstancias, los inculpados gozarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.”

Artículo 50: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la

salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificativas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.”

Artículo 51: “Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra Parte contratante respecto a las instrucciones previstas en el artículo precedente .”

Lo expuesto impone al Estado de Chile y especialmente a sus autoridades, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados al interior de su territorio, como también respecto de quienes no toman parte en actuaciones beligerantes, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado disponer medidas que tiendan a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, llegando a una jurisprudencia uniforme los tribunales internacionales, que la omisión constituye una forma de transgredir dicha normativa por las autoridades, para lo cual se ha tenido especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, en caso contrario, el Estado tiene el derecho de denunciar dicho acuerdo internacional, actuación que no adoptaron las autoridades chilenas.

Es así que resulta vinculante y aplicable al presente caso lo previsto por el citado Convenio Internacional en su artículo 146 que expresa: Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren, o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves del presente convenio que quedan definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad”, al igual que el artículo 147, que dispone: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud,

las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida o servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, las destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario”, y conforme a lo expresado por el artículo 148 “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma” ...de las “responsabilidades incurridas por ella..., a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

Debe tenerse en consideración, además, que la misma Convención precisa las personas protegidas en caso de conflicto sin carácter internacional en los artículos 3° y 4° del anexo Relativo al Trato de los Prisioneros, de 12 de agosto de 1949.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la sentencia dictada con fecha 9 de septiembre de 1998, en el ingreso rol N° 469-98, correspondiente a la causa rol N° 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, referida al secuestro de Pedro Enrique Poblete Córdova, motivaciones 9° y 10°, como en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, recaída en el ingreso 517-2004, referida al proceso 2182-98 de la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente por secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, considerandos 34° y 35°.

Así entendidas las cosas, el Estado como persona jurídica de derecho público internacional de la única responsabilidad que se puede exonerar es la de carácter no penal, puesto que éste es personal. Igualmente no puede exculparse de la responsabilidad penal por cuanto en la actualidad cobrará aplicación, en su caso, el estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este mismo sentido se inscribe la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales”, puesto que se hacerlo se incurre en un ilícito que compromete su responsabilidad internacional.

6°.- Que, en todo caso, en el concierto del Derecho Internacional, el Derecho Humanitario comprende las ramas del Derecho de Guerra, que tiene por objeto regular las hostilidades, y el del Derecho Humanitario propiamente



tal, que pretende obtener el respeto de las personas que no estén comprendidas en tales acciones, ya sea porque no forman parte de los ejércitos, como por el hecho que, formando parte de las fuerzas regulares en pugna, ya se encuentran sometidos. Dentro de las principales reglamentaciones se encuentra la Convención de Ginebra de 1864 que tiene por objeto mejorar la suerte de los heridos, reconociendo el principio que tales personas (los lesionados) son neutrales, al igual que quienes los atienden; la Convención de La Haya de 1899, que pretendía reglamentar las hostilidades; el Convenio de La Haya de 1907 que prohíbe ciertas acciones, como lanzar misiles desde globos, los gases asfixiantes y las balas que se dilatan al ingresar al cuerpo, además de referirse al trato de los enfermos y heridos; El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima; El Convenio de Ginebra de 1906 se refiere en mejor forma a los heridos y enfermos; El protocolo de Ginebra de 1925 prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos.

Por otra parte, bajo el amparo del tratado marco de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la información oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945; declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946 y 11 de diciembre del mismo año, tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de los crímenes de guerra. Nuestro país concurre, el 21 de noviembre de 1947, a la conformación de una Comisión de Derecho Internacional que le correspondería la formulación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, la cual en 1950 señaló que constituyen principios de Derecho Internacional, reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de los principios, que son punibles como crímenes ante el Derecho Internacional: “a) Crímenes

contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Sin perjuicio de lo anterior el 11 de diciembre de 1946 se suscribe la declaración que repudia el crimen de genocidio.

En 1948 se ratifica la convención contra el genocidio, el que entiende como un delito de derecho internacional que comprende cualquier acto que tienda a matar, lesionar de manera grave, someter intencionalmente, impedir nacimientos y trasladar de manera forzada a personas, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional como tal” y el 13 de febrero de 1946 se recomendó la extradición de los criminales de guerra.

En la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona

humana, es así que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

Por el paulatino y progresivo desarrollo de la conciencia universal se continuó con la elaboración y suscripción de diferentes instrumentos internacionales por los que se condena toda forma de discriminación el 20 de noviembre de 1963, como la política del apartheid el 16 de diciembre de 1966.

El 26 de noviembre de 1968, “Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de ese Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política del apartheid, por otra,

“Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de junio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

“Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha previsto limitación en el tiempo,

“Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

“Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos y libertades fundamentales, y puede

fomentar confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

“Advirtiéndole que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”

“Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”

“Conviene en lo siguiente: Artículo I Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra ...; b) Los crímenes de lesa humanidad ...”, conforme a la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Esta Convención tiene vigencia internacional desde el 11 de noviembre de 1970, la que si bien Chile suscribió, no la ha ratificado a la fecha, sin que este hecho impida observar que en la expresión de motivos se advierte que la convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile. Se une a lo anterior que se participara en la revisión de su protocolo facultativo. La Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los estados, que se traduce en el derecho a velar por que no se debilite el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndoles aplicables el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Si lo anterior pudiera estimarse que es una explicación que no genera vinculaciones para el Estado de Chile, sí le es aplicable y exigible el respeto a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, que señala:

“La Asamblea General, Recordando sus resoluciones 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969, 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 y 3020 ( XXVII) de 18 diciembre de 1972,

Teniendo en cuenta la necesidad especial de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra de crímenes de lesa humanidad,

Habiendo examinado el proyecto de principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición, y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad,

Declara que las Naciones Unidas, guiándose por los propósitos y principios enunciados en la Carta referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, proclaman los siguientes principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad:

1.- Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

2.- Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

3.- Los estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin.

4.- Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.

5.- Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países en que se hayan cometido estos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

6.- Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

7.- De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.

8.- Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

9.- Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Se debe tener presente, además que el Estado de Chile participa y suscribe el informe del Grupo Especial de Expertos sobre el trato a los presos políticos en Sudáfrica, de 19 de diciembre de 1968, proyecto de convención sobre represión y castigo del crimen de apartheid de 15 de noviembre de 1972, que se concreta en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973; de la cuestión de castigo a los criminales de guerra y personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad de 15 de diciembre de 1969, 15 de diciembre de 1970 y 18 de diciembre de 1971, principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad de 18 de diciembre de 1972 y 3 de diciembre de 1973; cuestión sobre formas de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 2 de noviembre de 1973, 5 de noviembre de

1974 y 13 de diciembre de 1976, que se concreta en las declaraciones sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 9 de diciembre de 1975 y 8 de diciembre de 1977; sobre personas desaparecidas y desaparición forzada o involuntaria se efectúa la declaración de 20 de diciembre de 1978, 17 de diciembre de 1991 y 18 de diciembre de 1992; declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas de 9 de diciembre de 1998.

A las anteriores resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se agregan informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados Miembros “al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos” y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

En el ámbito americano, la Conferencia de Chapultepec, en marzo de 1945, recomienda no dar refugio a los culpables de crímenes de guerra y se proceda a entregarlos a las Naciones Unidas. Se efectúa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Por su parte la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, en su artículo VII consagra la imprescriptibilidad de esos crímenes.

En el concierto internacional el 25 de mayo de 1993, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (que le concede el derecho a tomar acuerdos obligatorios para todos los estados miembros, si se estima que existe amenaza a la paz mundial), el Consejo de Seguridad dictó las resoluciones 808 y 827 con el objeto de “juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991”, que constituye el paso final ante la falta de acatamiento de la normativa que se inicia con acuerdos y la dictación de las resoluciones que impone embargo de armas (713, de 1991), llaman a respetar el derecho humanitario (764 y 771, de 1992) e imponen la fiscalización internacional (780, de 1992).

La preocupación internacional llevó al Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994, a dictar la resolución N° 955 en que creó el tribunal para conocer de la muerte de más de 500.000 personas en Ruanda. De la misma forma, esto es por decisión del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000, se dictó la Resolución N° 1315, por la que se creó el tribunal destinado a conocer de los crímenes ocurridos en Sierra Leona.

Siempre en el ámbito internacional, pero ya frente a decisiones concretas, los principios del Tribunal de Nüremberg han orientado la jurisprudencia de las naciones para determinar los delitos de lesa humanidad, pero en la actualidad ciertos presupuestos de procesabilidad ya no son exigibles, como es la existencia de la actualidad o inminencia de un conflicto armado en el territorio donde se perpetran dichos ilícitos, conforme se expresa en el fallo “Prosecutor con Tadić, nota 88, par.141, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y en la sentencia de 2 de septiembre de 1988, recaída en el caso “The Prosecutor con Jean Paul Akayesu” del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, parágrafos 578 y siguientes.

7°.- Que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se ha señalado que para estar ante un crimen de lesa humanidad debe existir un atentado a nivel nacional en contra de la población civil o de alguno de sus integrantes, por causas o finalidades políticas, entre otras, que no necesariamente deben tener un carácter sistemático, pero en todo caso deben ser deliberados y por motivaciones que condicionan una desviación del poder, cuando se atribuyen a agentes del Estado, principalmente por inexistencia o falta de motivos de hecho o de derecho que se han invocado, en atención a que efectivamente se ha tenido en consideración un efecto político, por ejemplo.

Sobre la base de la reglamentación internacional vigente en nuestro país, en el estado actual del desarrollo de la conciencia universal, no se debe razonar en demasía para afirmar que existen derechos humanos fundamentales, los cuales ninguna persona o autoridad de un Estado puede desconocer, entre los cuales indudablemente se encuentra la vida, la seguridad personal y la integridad física y psíquica. Además se puede expresar:

- Existe un conjunto de sucesos, que bajo ciertos parámetros, permiten ser calificados de delitos de lesa humanidad, como es el atentado a la vida por agentes del Estado, si para ello se tienen en consideración motivaciones



políticas; hecho que, además, permite ser calificado como acción genocida, conforme a los términos de la Convención respectiva que se ha aludido.

- El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala que su trasgresión debe ser castigada.

- La represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y de naturaleza genocida, indudablemente representa un imperativo del derecho doméstico, pero, además, si se considera lo normado por los artículos 55 c) y 56 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, como por la suscripción de las declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas y del sistema americano respecto de la declaración de los derechos del hombre y otros instrumentos internacionales.

- En la actualidad ya no es necesario que exista un conflicto armado, como presupuesto de los crímenes de lesa humanidad y genocida, sólo es necesario que se den los supuestos expresados por el tribunal de Nüremberg.

- La falta de investigación adecuada de los delitos de lesa humanidad es de competencia preferente del Estado en que sucedieron los hechos, pero de competencia subsidiaria, sino conjunta, de cualquier Estado ante el hecho que tal investigación no sea eficiente y efectiva.

- El sistema internacional, ante hechos que pueden afectar la paz mundial, puede crear tribunales especiales para el conocimiento de crímenes de guerra y lesa humanidad, sin perjuicio de la jurisdicción penal internacional permanente del Tribunal de Roma.

Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

8°.- Que la existencia de los principios generales del derecho han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en

su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: “Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar ...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena” (considerando 19°); “que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y “que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°).

9°.- Que desde el punto de vista del derecho interno del Estado, se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratados solemnes, ya que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas, orientada por los factores que llevaron a constituir la.

Se puede tener en consideración que nuestra historia jurídica permite llegar a esta conclusión en atención a que la Constitución de 1833, en su artículo 82, dispuso: Son atribuciones especiales del Presidente: 19 Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus ministros, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso; norma que reitera el artículo 72, N° 16 de la Constitución Política de 1925.

Por su parte el Decreto Ley N° 247, de 1973, dando cuenta de lo que era la práctica y costumbre, reglamenta los procedimientos referidos a los instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile, distinguiendo entre tratados solemnes por una parte y los protocolos, acuerdos de ejecución derivados de un tratado marco, los acuerdos en forma simplificada y declaraciones, por otra. Es así que dispuso que los tratados solemnes fueran suscritos por el Ministro de Relaciones Exteriores o el Plenipotenciario debidamente autorizado, su aprobación se efectuaría por la Junta de Gobierno, luego de lo cual el Presidente de la Junta de Gobierno firmará el instrumento de ratificación o adhesión, realizando el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, procediendo a su promulgación y publicación. En lo referido a “aquellos tratados que se limiten a cumplir o ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior, entrarán en vigor mediante la sola firma o mediante el cambio de notas reversales”, circunstancia que se mantiene al dictarse el los decreto leyes 527 y 991.

La Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, artículo 32, señala que son atribuciones especiales del Presidente de la República, N° 17, “Concluir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1”.

Esta normativa ha sido interpretada en el sentido de aceptar la existencia de los tratados de ejecución o acuerdos en forma simplificada. Al respecto corresponde recordar el Memorandum del Ministerio de Relaciones Exteriores de 28 de mayo de 1951, por el cual se expresa: “Se ha entendido, que debe distinguirse entre los tratados en el sentido estricto constitucional y los compromisos internacionales que podrían llamarse acuerdos en forma simplificada, los que no requieren aprobación parlamentaria ni ratificación”. En el informe emitido a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, en 1973, distingue: a) Tratados pactados en cumplimiento de una ley, los que no necesitan ser sometidos a la aprobación del Congreso, sea que autoricen expresa o tácitamente al Presidente para suscribirlos; b) Tratados pactados en cumplimiento de un tratado en vigencia,

tienen igual solución; c) Tratados acordados en virtud de las facultades propias del Presidente de la República, no requieren ser sometidos al Congreso. La Contraloría General de la República coincide con los dos primeros criterios en el Informe N° 35.090 de 17 de agosto de 1955 a la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara, y en los Dictámenes N° 36.383 de 1959, N° 4949 de 1960, N° 6149 de 1966 y N° 1172, de 19 de agosto de 1969, calificando en este último al Tratado de Montevideo, como “tratado marco”, “es decir, una convención que sólo fija principios, crea mecanismos y establece órganos destinados a los fines de ella, los que van llenando con su actuar la estructura de todo el contenido”, extrayendo como conclusión que “los mecanismos destinados a ejecutar el Tratado no requieren nueva aprobación parlamentaria”. En este mismo sentido la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado expresó que “el Presidente de la República, sin necesidad de otro texto legal autorizante, puede poner en ejecución todas y cada una de las disposiciones de este instrumento internacional (Acuerdo de Cartagena), ya que tal facultad emana implícitamente del hecho de su aprobación”. El Tribunal Pleno de la Corte Suprema, por su parte, al responder la consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su oficio N° 2.576, de 9 de septiembre de 1969, coincidiendo con su Fiscal, expresa que no ve inconveniente para que se procediera a adoptar un acuerdo con Brasil sobre la tramitación de exhortos judiciales mediante el intercambio de notas reversales, sin cumplir con otra formalidad, de modo que así se hizo, siendo aprobado mediante el Decreto Supremo 214, publicado en el Diario Oficial de 12 de mayo de 1970. El Máximo Tribunal distinguió entre tratados y medidas para poner en ejecución los compromisos internacionales, señalando que estas últimas no tienen el carácter de tratados internacionales, según lo resolvió al decidir el recurso de inaplicabilidad del Banco Alemán Transatlántico. Esta práctica se mantiene en lo relativo con el Mercosur, en el que Ejecutivo, por deferencia y expresando que no tiene obligación de hacerlo, somete a la consideración del Congreso el tratado de ejecución. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas sentencias y en todas ellas ha reconocido la distinción entre tratados marcos y tratados de ejecución, y si ha privado de efectos a algunos protocolos adicionales ha sido por considerar que sus disposiciones exceden los límites del tratado marco, pero no por ser

constitucionalmente inexistentes (Rol 282, Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22).

Reconocida la existencia y fuerza obligatoria tanto de los tratados solemnes, como de los protocolos, acuerdos en forma simplificada, declaraciones y suscripción de declaraciones internacionales, sean estas bilaterales o multilaterales, que constituyen e integran el sistema de fuentes del Derecho Internacional que la República debe respetar y cumplir, tanto en el ámbito interno como en sus relaciones con otras potencias, los tribunales de justicia y este magistrado tienen la obligación de aplicar tales instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país, por cuanto “el término ‘tratado’ es el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones. Es así que incluye: a las Convenciones, que es un tratado que establece normas generales, al Protocolo, que es un documento anexo o aclaratorio, al Estatuto, que es un tratado colectivo que establece normas para los tribunales internacionales, al Acuerdo, usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero, comercial, cultural, al Modus Vivendi, que es un acuerdo de tipo temporal, al Compromiso, término utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitrajes, a la Carta, que es un acuerdo que establece derechos y deberes, al Concordato, que es un acuerdo suscrito con la Santa Sede sobre asuntos religiosos, al Pacto Contrahendo, que es un acuerdo para celebrar otro acuerdo, a la Declaración, que es un acuerdo que establece principios jurídicos o afirma una actitud política común, etc.” (Hugo Llanos Mansilla, Teoría y Práctica del derecho Internacional Público, Tomo I, página 63).

El Derecho Internacional derivado de los tratados conforma el sistema de Fuentes del Derecho que se debe tener en consideración y aplicar a un litigio determinado, el cual se integra con la legislación nacional y de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los tratados deben ser cumplidos por los Estados partes de buena fe (art.25), considerando su contexto e incluso los acuerdos posteriores (art.31), sin que se puedan invocar las disposiciones del derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 26), por el contrario desechando “toda interpretación de que resultare que la ley o la convención sería del todo ilusoria” (Andrés Bello, Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 176).

Los razonamientos anteriores, en cuanto a los tratados marcos y de ejecución, han sido incorporados a nuestra Carta Fundamental por medio de la reforma de la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005. Es así como el Congreso mantuvo la facultad de aprobar o rechazar los tratados solemnes, en que se requiere el quórum que la Constitución exija atendida la materia. Por su parte los acuerdos simplificados o tratados de ejecución, sólo requieren de aprobación del Congreso si se trata de materias de ley. No lo requieren si no es materia de ley o queda dentro de la potestad reglamentaria.

10°.- Que resulta pertinente tener en consideración, además, que nuestro país desde los primeros textos constitucionales reconoció la existencia de ciertos derechos consustanciales a las personas, es así que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base de la redacción de una norma que obligara a respetar los derechos de las personas y limitara la soberanía, se inicia un intercambio de opiniones, señalando el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz que “La soberanía tiene un solo límite fundamental que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero si se podría hablar del respeto a ‘los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana’. Ese le parece que es un límite a la soberanía”, concluyendo el presidente señor Ortúzar que la disposición propuesta es de extraordinaria importancia, pues “conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse” (Sesiones 48 y 49, de 25 y 27 de junio de 1974), consideración que se tiene presente al formular la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980. Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional

que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Correspondiendo aplicar los instrumentos internacionales suscritos por Chile, resulta especialmente pertinente tener en consideración los principios dados para el Tribunal de Nüremberg, como los extraídos de sus sentencias, así como las declaraciones relativas al genocidio, de 1946 y 1950, Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, y de los Convenios de Ginebra de 1949, que imponen, entre otras la obligación de respeto de los prisioneros y la represión de la vulneración de sus derechos.

Todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser *ius cogens*, que los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar. De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución, parece pertinente traer a colación lo enseñado desde hace más de un siglo por don Andrés Bello, en el sentido que ante “el conflicto de dos deberes, se debe preferir el que más importa al género humano” (Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 179) y que en este caso es el esclarecimiento y sanción de una conducta, por lo que la eventual prescripción de la acción penal y amnistía deben ser rechazadas.

Esta decisión se enmarca, además, en el hecho reconocido y aceptado por nuestro país, que ante la inobservancia del derecho internacional, los tribunales internacionales no se constituyen en una instancia revisora del mérito del proceso, sino que se limitan a declarar la transgresión, responsabilizando al Estado, al que le imponen adopte las medidas pertinentes para reparar a los afectados. Entre las autoridades que pueden generar dicha

responsabilidad internacional se encuentran los tribunales de justicia, los cuales, por este mismo hecho, sin duda deben tener presente la legislación internacional al momento de resolver los conflictos particulares, de hecho la Corte Suprema ha debido emitir informes a la Cancillería para explicar el proceder de los tribunales ante casos concretos, los que han sido sometidos a la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana de Justicia.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178)

En el mismo sentido la referida Corte ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Alto - Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001).

En este mismo sentido mediante la Reforma Constitucional se autorizó que el Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Norma de Derecho Internacional ratificada por el Estado de Chile, mediante depósito, el 29 de junio de 2009, siendo promulgado mediante Decreto 104, de 6 de julio de 2009, la cual reprime, con carácter imprescriptible, los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y contra la paz, entre otros.

Por otra parte, en nuestro país se dictó la Ley N° 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, entre otros. Igualmente se ha legislado sobre la “Declaración de ausencia por desaparición forzada de personas”, mediante Ley N° 20.377, de 10 de septiembre de 2009, con lo cual se integra la terminología de instrumentos internacionales a la legislación interna. En este mismo sentido el Código Procesal Penal dispuso en su artículo 250, la imprescriptibilidad de los delitos que constituyen violaciones a los



derechos humanos, conforme a los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Estas argumentaciones resultan suficientes para sustentar que el Estado de Chile considera ilícitas las conductas de desaparición forzada y de muerte de nacionales en tiempo de conflictos armados internos, calificado como estado o tiempo de guerra, por razones políticas, de manera que los agentes del Estado que actuaron en los hechos a que se refiere la demanda han generado la responsabilidad del Fisco de Chile, quien debe indemnizar a los actores.

11°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios del Ejército y Carabineros de Chile atender la seguridad pública, social e individual de la población, en que la existencia de la instituciones tiene su razón en propender a dar eficacia al derecho, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política de la República.

12°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado. Corresponde igualmente dejar asentado que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata de aplicar esta normativa, sino los principios que la inspiran, los que han estado siempre vigentes, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

13°.- Que de acuerdo a los razonamientos anteriores, los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a las normas del Código Civil, sino a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. En efecto, resulta insostenible afirmar que las únicas reglas que existen en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil, desde que ello importa negarle validez y eficacia a normas

jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación de derechos humanos. En el presente caso resultan aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, en especial el inciso segundo del artículo 38, como las de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración, en sus artículos 4° y 42.

14°.- Que en la actualidad la responsabilidad derivada de un actuar ilícito origina una obligación restaurativa, de connotaciones amplias, que implica un proceso y no una mera actuación, en la que participan tanto víctimas como ofensores, atendiendo integralmente sus efectos o consecuencias, sean éstas directas, indirectas e incluso las repercusiones mediatas. En la justicia restaurativa, se distingue de la retributiva y rehabilitadora, por cuanto, sin desatender el castigo y la reintegración social del ofensor, su eje central está planteado en reparar el daño de manera integral, de forma tal que, entendiéndola como un proceso, tiende a buscar multiplicidad de objetos, constituyendo la restauración tanto los resultados reparadores, que incluyen, en la mayor medida posible, la restitución, compensación, reparación, reconciliación, aceptación, hasta llegar a asumir el hecho con todas sus consecuencias, puesto que incluye a todos los que integran el problema: la víctima, el autor, sus familias, otras personas afectadas, la comunidad, en fin, el Estado mismo. Las actuaciones ilícitas no son sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino un conflicto en que tienen interés todos aquellos a quienes afectan y en las distintas esferas en que les repercute; conflicto que, por disposición política o normativa, históricamente ha sido asumida por los profesionales de la justicia formal, la cual tiene intervención, pero no es la única instancia, como tampoco la indemnización es la única reparación. La aceptación de esta nueva concepción fue acogida en la Resolución de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal, adoptada por el Consejo Económico y Social en julio de 2000, luego de ser discutida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Viena.

Desde el punto de vista de la justicia restaurativa de una conducta ilícita se debe buscar la forma de remontar y solucionar los perjuicios causados,

pero, además, compensar y acompañar, por lo que las prestaciones patrimoniales no solamente buscan reparar un daño, sino que permitir que éstas contribuyan a otros objetivos: alimenticios, financiar tratamientos de salud reparatorios, sean estos físicos o síquicos, formación profesional, establecimiento, recreación o compensatorios del sufrimiento y otros igualmente relevantes. Surge de la idea fundamental de reparar todo daño y, en la mayor medida posible, restituir a la situación existente con anterioridad al hecho que originó el ese daño. No es extraño que se establezcan fundaciones encargadas de administrar los recursos, con la finalidad de entregar una efectiva restauración. Si bien, en último término existe un desembolso económico de la persona o institución a la cual se condena, éste no puede expresarse sea únicamente patrimonial.

15°.- Que la justicia restaurativa, en la situación concreta de autos, puede buscar afrontar la reparación de todo el daño originado con la conducta que afectó a los actores. En esta perspectiva corresponde enfrentar el tema de la extinción de la acción que pretende declarar la obligación de pagar una suma de dinero por parte del Fisco de Chile; extinción de la acción que debe ser resuelta a la luz de diversas determinaciones: a) Naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, b) Aplicabilidad del modo de extinguir las acciones prescripción, c) Requisitos de este modo de extinguir las obligaciones, especialmente oportunidad desde la cual se realiza el cómputo del plazo, suspensión, interrupción o renuncia.

16°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. “Llegar a esa conclusión, en principio tan

obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado” (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en la responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. “La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración.” “El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema” (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea “lesionada en sus derechos por la Administración del Estado”.

Referida esta materia a las violaciones a los Derechos Humanos y considerando las Directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985) (1) que entiende por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (2) Se incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Por ello podrá considerarse "víctima" a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. (4) Estas personas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. (5) Igualmente se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener

reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. (6) Incluso se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. Se expresa (7) que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

En la misma Declaración se asume el resarcimiento (8) de parte de los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, quienes resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. (9) Se dispone una posible acción de oficio en este sentido, pues se exhorta a los gobiernos a revisar sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales. Expresamente se indica que (11) cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal

nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Específicamente se aborda en forma concreta la indemnización, manifestando que (12) cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. En este sentido (13) se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Se preocupa especialmente de la Asistencia integral (14), puesto que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Socializando tales recursos (15) mediante la información a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Para desarrollar esta tarea (16) se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. De igual modo (17) al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos.

Se refiere especialmente a (B) las víctimas del abuso de poder, entre quienes (18) se entenderá por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus

derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. En este sentido (19) los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios. En este mismo sentido (21) los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

Es así que la declaración de derechos es ampliamente comprensiva, pues las personas afectadas tienen derecho a los recursos judiciales (derecho a la justicia), que se les proporcione información de la forma en que sucedieron los hechos (derecho a la verdad), se sancionen a los responsables (derecho a la condena penal) y acceder a los mecanismos de reparación integral del daño (derecho a la restauración). En este último sentido la reparación debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones a los derechos fundamentales y al daño sufrido, e incluso la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y otorgar garantías de no repetición de los hechos delictivos. La restitución consiste en restablecer a la víctima a la situación anterior a la comisión de las violaciones; la compensación es una indemnización por daños, físicos o mentales, por pérdida de oportunidades económicas, laborales, educativas o sociales, y por gastos; la rehabilitación incluye el cuidado médico y psicológico, y servicios legales y sociales; la satisfacción comprende medidas dirigidas a que cesen las violaciones, se esclarezcan los hechos y se reconozca públicamente tales sucesos, como el castigo de los delincuentes; las garantías de no reincidencia residen en reformas democráticas de inclusión, a las instituciones democráticas y a los poderes públicos y sociales, el establecimiento de mecanismos para prevenir y resolver conflictos sociales y la adopción de planes educacionales de promoción de los derechos humanos.

Corresponde, entonces, que los Estados afronten integralmente el fenómeno creado por los victimarios, no por las víctimas, de manera indivisible comprendiendo el establecimiento de la verdad, haciendo justicia, atribuyendo responsabilidad, declarando el derecho a las compensaciones, reconociendo oficial y públicamente la forma en que sucedieron los hechos, curando y rehabilitando a quienes padecieron las violaciones, las cuales se mantienen en sus consecuencias en la medida que no registran una efectiva y eficiente decisión del Estado. El retraso en la respuesta del Estado para reparar integralmente el daño, constituye en sí misma una actuación que lesiona los derechos de las víctimas, puesto que fueron afectadas por agentes del Estado y luego el mismo Estado no les reconoce su derecho a ser reparadas, excusando su propia falta. Puesto que para perseguir tales crímenes ha existido acción de oficio, que impone a los tribunales actuar. Se ven discriminados por la falta de ejercicio de la acción criminal y también discriminados por la falta de compensación.

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, se dispone en su artículo 5º: “Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los principios del derecho internacional”.

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y por objeto la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la



autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización pertinente.

Al haber sido determinada la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente corresponde determinar o individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad, como, además, se la ha cuantificado por el juez de primera instancia. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla, puesto que se deja abierta la posibilidad que se acrediten las causales que la puedan excluir, respecto de las cuales en esta ocasión no se considera oportuno hacer referencia, pero sí dejamos expresado que en ningún caso podrá impetrarse la ausencia de falta de servicio.

17°.- Que el principio de la indemnidad del afectado en sus derechos por la actuación de la Administración, no descarta, en general, el reconocimiento de ciertas causales que excluyen su responsabilidad. Sin embargo, en la decisión del asunto de autos, debe atenderse al caso concreto, surgiendo la interrogante precisa: ¿es aplicable la prescripción extintiva a la acción que requiere la declaración de un derecho derivado de un hecho que constituye violación de los Derechos Humanos?

El tema se plantea no ya en el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, sino que en la forma como ésta acredita su extinción sobre la base de la prescripción de la acción, pero, además, considerando la calificación de los hechos como violaciones a los Derechos Humanos fundamentales y en especial un ilícito de lesa humanidad.

Surgen al respecto las argumentaciones expresadas por los demás disidentes, que está radicada en la naturaleza de la lesión, como en la unidad de la acción, las que en general este ministro comparte por las razones que se indicarán.

Desde luego este disidente estima inadmisible la excepción de prescripción esgrimida por parte del Fisco, porque es contraria al hecho propio, puesto que existe falta de congruencia en el proceder del Consejo de Defensa del Estado al plantear esta línea de defensa, puesto que, por una parte, no obstante formar parte de la misma Administración, históricamente ha negado por años la existencia del Derecho Administrativo en cuanto éste reconocer derechos a los administrados para dirigirse en contra de aquella, sin embargo, por otra parte, a dicha rama del derecho sí se le considera como un conjunto de normas especiales que reglan la actividad de la Administración, entre las cuales ciertamente están aquellas que se refieren a sus relaciones con los administrados, pero en un plano preeminente. Desde otro punto de vista, reclama privilegios que se apartan de la noción clásica del Derecho Público, puesto que conforme al principio de legalidad solamente tiene las facultades exorbitantes que el legislador le reconoce, dado que de lo contrario se afecta la igualdad ante la ley y ante la justicia, pero reclama tales poderes exorbitantes sustentadas en facultades “implícitas” a su función de servicio público. Así en todo lo no reglado el administrado no puede invocar derechos respecto de la Administración, sin embargo, ésta efectivamente puede hacerlo incluso contrariando las bases de la institucionalidad constitucional.

Igualmente de manera histórica y clásica dicha institución ha negado “jurisdicción” y competencia a los tribunales ordinarios para conocer de las acciones de los administrados que reclamar de sus actuaciones. Sin embargo, ha requerido de esos mismos tribunales y en los mismos juicios, que emitan declaraciones en su favor, especialmente respecto de las excepciones que interpone.

Esta falta de congruencia se expresa en el hecho que en determinados ilícitos ha autorizado se llegue a un acuerdo con las partes, ante presupuestos de hecho similares y en otros se ha negado, como ocurre en este proceso, sin que se conozcan los antecedentes de su determinación, que no sea la manifestación de una voluntad meramente potestativa.

En fin, busca, con determinación y particular vehemencia, se establezcan los hechos que originan la responsabilidad de la Administración en el campo penal, pero retrocede y contradice su misma acción cuando los afectados reclaman su reparación integral.

18°.- Que para desestimar la excepción de prescripción alegada por la demandada y afirmada en la sentencia recurrida surgen las siguientes consideraciones:

a.- La prescripción por ser una sanción no es posible aplicarla por analogía; analogía de normas de Derecho Privado inaplicables a la Administración la que se rige por el Derecho Administrativo, que forma parte del Derecho Público. Que lo demandado ha sido la indemnización por la detención y posterior desaparición de Eduardo Enrique González Galeno, que se funda en la lesión de los derechos de la actora. La oposición, en lo que interesa al recurso, se sustenta en la prescripción de esta acción. De este modo queda definitivamente establecida la discusión y es respecto de ella que ha de recaer la actividad probatoria y la sentencia para mantener la debida congruencia procesal en la causa. Es así que los requisitos de la sentencia favorable están constituidos por que se acrediten los supuestos de hecho de la acción interpuesta y que el demandado no justifique su oposición.

Si bien el artículo 1698 del Código Civil establece: “Incumbe probar las obligaciones o si extinción al que alega aquellas o ésta”, lo cierto es que el desarrollo de la jurisprudencia ha redefinido el onus probandi, expresando que corresponde la carga probatoria a quien reclama del órgano jurisdiccional la declaración de un derecho, puesto que debe justificar los hechos que constituyen los supuestos de existencia y validez de la pretensión. Del mismo modo, le asiste a quien sustenta la oposición, acreditar la procedencia y los hechos fundantes de la misma, esto es, que los sucesos que impiden, modifican, transforman o extinguen la pretensión proceden en el evento que se reclama y se encuentren acreditados. Son los presupuestos de la pretensión, en este caso el hecho calificado de crimen de lesa humanidad, los que corresponde probar al actor y aquellos que tienden a desvirtuarlos en su naturaleza, procedencia de la alegación y justificación de su existencia, son de cargo del demandado.

Por su parte el demandado ha sostenido que la excepción de prescripción constituye una institución de aplicación general, universalmente aceptada y regulada en nuestro derecho en el Código Civil, el cual hace expresa mención al Fisco. Sin insistir que esta aplicación de normas de Derecho Privado importan la negación de la disciplina del Derecho

Administrativo, ésta alegación resulta del todo improcedente, puesto que sin lugar a dudas de ninguna naturaleza, la prescripción constituye una sanción para el titular de un derecho que no solicita al órgano jurisdiccional su reconocimiento en el tiempo que el legislador contempla. Esta naturaleza sancionatoria impide que se aplique la institución de la prescripción extintiva por analogía, con mayor razón cuando se sustenta en la afirmación que la responsabilidad “extracontractual” es el régimen general del “Derecho Común Civil”, puesto que éste lo constituye el derivado de la responsabilidad contractual y la Administración no se rige por la responsabilidad aquiliana, sino que por principios propios.

Es más, ninguna argumentación sustenta la afirmación que la “prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”. Por el contrario, no es efectivo el carácter de principio general de la prescripción, de hecho las legislaciones del common law no la reconocen, al respecto se puede destacar el “caso de las Montañas Negras (Black Hills), consistente en que en virtud del Tratado de Fort Laramie de 1868, ‘el gobierno norteamericano delimitó el territorio de la reserva Sioux al interior del cual se encontraba este macizo montañoso. Ahora bien, en 1874, minas de oro fueron encontradas en estas montañas. La administración de Ulises Grant, no respetó el tratado e hizo presión sobre los Sioux para que ellos vendieran las tierras. En 1980 la Corte Suprema (de Estados Unidos, por supuesto) asigna la suma de 122 millones de dólares de indemnización por esta expoliación” (Antoine Garapon, citado por Gonzalo Aguilar Caballo, Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en casos de Violaciones de los Derechos Humanos, Gaceta Jurídica N° 341, página 14). Este mismo autor cita un ejemplo del Derecho Romano Germánico o continental, en que Alemania ha indemnizado por el holocausto con reparaciones institucionales, pero también individuales.

Ante la falta de sustento de la afirmación debe justificarse por la demandada la existencia de alguna norma que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la

responsabilidad del Estado o de sus órganos institucionales, puesto que, precisamente, en ausencia de ellas, no corresponde aplicar normas de derecho civil a la Administración, que, en todo caso, no son las disposiciones de derecho común aplicable a la Administración, la cual se rige por principios diversos, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia nacional y comparada desde el año 1855, suceso que algunos autores incluso vinculan al 18 de febrero de 1800, con motivo de la dictación de la ley francesa que normó a la Administración con un carácter jurídico, externo, obligatorio y permanente (Máximo Severo Giannini, citado por Rolando Pantoja Bauzá, El Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, página 13).

Pretender aplicar las normas del Código Civil, considerándolo como derecho común, supletorio a todo el ordenamiento jurídico resulta exagerado y desproporcionado, por cuanto el Código Civil tiene una innegable importancia para todo el Derecho, sin embargo, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales “se aplicarán con preferencia a las de este Código”. De esta forma el Código Civil es supletorio a todo el Derecho Privado, al que orienta. Pero no debe olvidarse que si bien el fenómeno de la codificación se plantea para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios.

De esta forma los principios y normas especiales han emergido en relación con el Derecho Público en general y el Administrativo en particular, como una descodificación material, pues responde a postulados diversos y, en no pocas ocasiones, entran en pugna con los del derecho privado, que regula las relaciones desde un plano de igualdad, con plena autonomía de las personas para obligarse. No obstante, esta rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad de servicio público, se aparta de aquellos postulados.

Al reconocer que existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se

reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. Así se colige del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y, en este mismo sentido, el artículo 38, letra c) de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

b.- Imprescriptibilidad del derecho reclamado conforme al derecho internacional. De acuerdo a lo sostenido con anterioridad, se ha expresado que los hechos en que sustenta la acción tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad se ha dejado justificada. Esta imprescriptibilidad se refiere a toda acción que emana de los hechos, la que resulta indivisible, de modo que se refiere tanto al aspecto penal y a la denominada pretensión de reparación integral, derivada de estas mismas normas, las cuales incluso se refieren expresamente a esta última pretensiones, como se puede observar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que señala: “Artículo 75. Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de

tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. 4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93. 5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo. 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

En el artículo 79 se dispone que por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se puede establecer un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. Del mismo modo la Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. Se establece igualmente la posibilidad de examinar la reducción de la pena, entre cuyas normas se indica en el artículo 110, que se considerará “si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas”. Al reglamentar el recurso de apelación se contempla especialmente la posibilidad de impugnar por el representante legal de las víctimas, el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados, podrá alzarse “en contra de la decisión por la cual se conceda reparación”.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991, contienen normas directa o indirectamente referidas a la

responsabilidad patrimonial del Estado, los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la “indemnización compensatoria” fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Al efecto dispone “7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, de lo que se sigue que incluso la prescripción no puede impedir la posibilidad que la víctima interponga la demanda respectiva, puesto que estas pretensiones se rigen por el derecho interno, pero considerando sus obligaciones derivadas del derecho internacional, agregando, en todo caso que “los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.



La referencia que se efectúa a la normativa internacional está relacionada con el hecho de la consagración de la reparación integral del daño, aspecto que no se discute en el ámbito internacional, en el que no se trata únicamente de la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes, pero también a instituciones y al mismo Estado. También esta normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

En este mismo sentido no está lejos de la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de la condena a los culpables, su posterior rehabilitación y la reparación integral a las víctimas, el carácter preventivo de todo lo anterior, puesto que el establecimiento de la verdad y adopción de medidas justas, previene y disuade que conductas como las reprimidas vuelvan a ocurrir, dado que, aunque pase el tiempo, en algún momento la población local o la humanidad en general reacciona y dispone aquello que corresponde ante hechos de graves connotaciones, así todo eventual infractor está advertido que aunque pasen muchos años, su conducta será perseguida y sancionada. A este respecto resultan pertinentes las palabras del juez estadounidense R.H. Jackson, en el informe al Presidente de su país, de 7 de octubre de 1946, que al referirse a los procesos penales seguidos por el Tribunal de Núremberg, “contribuían a la afirmación del principio de legalidad, sustantiva y procesal (con la tipificación de conductas y el establecimiento de la responsabilidad penal individual por su comisión), a la determinación de los hechos, al afianzamiento de la paz, y a la humanización del Derecho Internacional (Report of Robert H. Jackson, citado por Ana Morell, Funciones y Límites de la Jurisdicción Penal Internacional, artículo facilitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema).

En este mismo sentido ya se ha expresado, que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, tuvo en consideración que permitiría el castigo de las personas responsables de violaciones graves del

Derecho Internacional Humanitario y que contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados. Iguales consideraciones se tendrán presente por el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para investigar los crímenes cometidos en Ruanda, dictando la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, expresando que permitiría el castigo de los responsables y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y a la restauración y el mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados.

Siguiendo con esta perspectiva se puede expresar que, ciertos instrumentos internacionales universales y regionales, recomiendan tener presente las necesidades de las víctimas en el proceso penal y su asistencia a través de medidas dispuestas para aliviar los daños físicos, psicológicos, materiales y sociales, así como la reparación de los derechos violados, pudiendo citarse al efecto la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 40/34, de 1985, párrafos 4 a 17; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, artículos 1, 2, 10, 25, 63 y 68; Convención Europea sobre Reparación a las Víctimas de Crímenes Violentos de 1983, artículos 1 a 11, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, con sus Protocolos 3, 5, 8 y 11.

c.- Principio de congruencia y coherencia. Sin perjuicio de la congruencia requerida a la demandada, resulta indispensable pedir lo propio a los magistrados que resuelven los conflictos jurídicos, aspecto que la doctrina denomina “principio de coherencia”, puesto que no se observan razones para decidir de manera diversa las excepciones de prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto imponer sanciones penales a los responsables y aquellas que reclaman la reparación integral del daño a todos los responsables, puesto que, con esto se afectan las garantías de igualdad y no discriminación. En efecto, no se advierte la razón por la cual cuando quien persigue la responsabilidad es el Estado la acción es imprescriptible y al dirigir la acción en contra del Estado, derivado de los mismos hechos, ésta se torna en prescriptible.

d.- Principio de interpretación pro administrado. El profesor García de Enterría expresa que la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de la referencia, citando al efecto la sentencia de 24 de julio de 1989, que expresa que debe tenerse en cuenta “que el principio de prohibición de la interpretación contra cives obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales” (obra citada, página 431).

19.- Que en todo caso, este principio de interpretación se identifica con el “pro homine o favor persona”, que tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas, corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos.

Al respecto el Tribunal Constitucional de Chile, en la causa rol N° 740-07, en sentencia de 18 de abril de 2008, en su considerando 69° dejó establecido, en lo pertinente: “Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud.”

“En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales” que señala. De igual forma en causa rol N° 1361-09, en sentencia de 13 de mayo de 2009, en su considerando 73° estableció: “Que, por otra parte, en el

ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido:

*“En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”.*

Este principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales internacionales de América y Europa.

20°.- Que por lo razonado hasta ahora, resulta contradictorio emitir pronunciamiento en cuanto a los requisitos de procedencia de la prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto obtener la declaración de la obligación de reparar el daño causado por violaciones a los Derechos Humanos, puesto que se sostiene por este disidente que tales pretensiones son imprescriptibles.

21°.- Que por tales argumentaciones no concurre en el fallo de la Corte de Apelaciones el error de derecho denunciado, por haber aplicado los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes que regulan la responsabilidad del Estado, puesto que, a lo menos, el Estado debe cumplir las obligaciones de investigar, sancionar y reparar.

El hecho en que se sostiene la demanda tiene la calificación de crimen contra la humanidad, los cuales son imprescriptibles en sus acciones, por lo que no es posible que una norma de orden interno y de Derecho Privado, como lo es el Código Civil, establezca plazos que una vez vencidos eximan al Estado de reparar a las víctimas, circunstancia que está en contradicción con lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, según se ha dicho, su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados, puesto que cuando ha existido violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar la acción con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Los sentenciadores no incurrieron en error de derecho al reconocer el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar que pesa sobre el Estado de Chile, derivados de violaciones a los derechos humanos, en especial al constituir el caso de autos un crimen de lesa humanidad, según lo establecido en el artículo 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Nüremberg y el Principio VI del Derecho Internacional Penal Convencional y Consuetudinario, textos que forman parte de los principios y normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, que es también derecho aplicable en nuestro país. Por ello, así como los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, lo son también las acciones reparatorias que surgen de tales delitos.

22°.- Que, en todo caso, si bien los hechos ocurrieron el 14 de septiembre de 1973, lo cierto es que la Ley N° 19.123 dispuso que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación tendrá por objeto “la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990” y que le corresponderá especialmente:

“1.- Promover la reparación del daño moral de las víctimas a que se refiere el artículo 18 (las personas declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política) y otorgar la asistencia social y legal que requieran los familiares de éstas para acceder a los beneficios contemplados en esta ley”.

“2.- Promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados. En el cumplimiento de este objetivo deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito”.

“3.- Guardar en depósito los antecedentes reunidos tanto por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación como por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y todos aquellos que, sobre casos y asuntos similares a los por ella tratados, se reúnan en el futuro.- Podrá asimismo, requerir, reunir y procesar el conjunto de la información existente en

poder de entes públicos, así como solicitarla a entes privados, que diga relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”.

“El acceso a la información deberá asegurar la absoluta confidencialidad de ésta, sin perjuicio que los Tribunales de Justicia puedan acceder a dicha información, en los procesos sometidos a su conocimiento”.

“4.- Recopilar antecedentes y efectuar las indagaciones necesarias para dictaminar en aquellos casos que conoció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y en que no le fue posible formarse convicción respecto de la calidad de víctima de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política del afectado o respecto de casos de la misma naturaleza, sobre los que no tuvo conocimiento oportuno o, habiéndolo tenido, no se pronunció sobre ellos por falta de antecedentes suficientes”.

“En esta materia procederá con arreglo a las mismas normas prescritas para dicha Comisión en el Decreto Supremo N° 355, del Ministerio del Interior, del 25 de abril de 1990, que la creó”.

“Los casos referidos en el párrafo anterior de este número deberán ponerse en conocimiento de la Corporación dentro de los 90 días siguientes a la publicación de su Reglamento interno en el Diario Oficial, y serán resueltos dentro de un año contado desde la misma publicación”.

“Si la Corporación se forma convicción sobre la calidad de víctima de una persona, lo comunicará de inmediato a los órganos pertinentes de la Administración del Estado a fin de que concedan a los beneficiarios los derechos y prestaciones que les otorga la presente ley”.

“5.- Celebrar convenios con Instituciones o Corporaciones sin fines de lucro, para que éstas presten la asistencia profesional necesaria para cumplir con los fines de la Corporación, incluidos beneficios médicos”.

“6.- Formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respecto de los derechos humanos en el país”.

Las personas calificadas de víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales tendrán acceso a beneficios económicos mediante una pensión mensual, como, además, de caracteres médicos, físicos y psicológicos, educacionales y relacionados con exclusión de cumplir la carga personal del Servicio Militar.

Este hecho constituye una renuncia expresa a cualquier prescripción y se genera un reconocimiento expreso de los derechos de las víctimas, el que no puede ser posteriormente negado, dado que de éste deriva el reconocimiento del Estado de la calidad de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, entre otros a los actores, con motivo de la dictación de la Ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, de estimarse aplicables en la especie las normas sobre prescripción que contiene el Código Civil, la dictación de la mencionada normativa constituye en si misma, a lo menos, interrupción de cualquier prescripción, como ha tenido ocasión de disponerlo esta Corte Suprema en sentencia dictada en los autos Rol N° 4753-2.001, de 15 de mayo de 2002, considerandos 12° y 13°).

Por otra parte constituye jurisprudencia reiterada de esta Corte en el sentido que la denuncia del hecho ante la justicia del crimen, originando la suspensión de la acción penal, es motivo suficiente de interrupción de la acción civil, como lo ha sostenido la parte del Fisco, especialmente con motivo de la persecución de ilícitos que tipificados de fraude tributario. En efecto, se ha señalado que la interposición de las querellas criminales, dirigidas en contra de todos quienes pudieran tener alguna responsabilidad en los sucesos, tiene la virtud de dirigir la acción en contra de ellos, por lo que, de igual modo se cumpliría con la suspensión de la prescripción de la acción penal (jurisprudencia sostenida por la Segunda Sala Penal de la esta Corte en sentencias de fecha 27 de septiembre de 2000, dictada en los autos rol N° 4.367-1999 y de fecha 27 de septiembre de 2001, dispuesta en los autos Rol N° 3.574-2000, entre otras).

Se deja constancia que para resolver como se hizo el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes contenidas en el párrafo 2.- “Los acuerdos de las Corte de Apelaciones” del Título V del Código Orgánico de Tribunales, aplicable a la Corte Suprema en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, optando los Ministros señores Valdés y Carreño y señora Pérez por estimar, para el solo efecto de lograr acuerdo en los términos que exige el inciso primero del artículo 85 del aludido Código, que el plazo de prescripción de cuatro años que consagra el artículo 2332 del Código Civil ha de principiar a computarse en la oportunidad que se indica en el fundamento

Décimo Tercero y no desde la fecha de perpetración del acto, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese.

N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller



Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

De conformidad con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de la remisión que efectúa el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se procede a dictar el siguiente fallo de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento 13°, que se elimina.

Y teniendo en su lugar y además presente las consideraciones vertidas en los motivos Tercero a Décimo Cuarto del fallo de casación que antecede y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se acoge la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de la presentación de fojas 2533 y se declara que se rechaza en todas sus partes, sin costas, la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por la actora Nelly González Galeno en el primer otrosí del escrito de fojas 2448.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de opinión de rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, en atención a los fundamentos vertidos en los votos disidentes de la sentencia de casación.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller

Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval