

Santiago, trece de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 126.461, seguidos ante el Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, se dictó sentencia de primera instancia el treinta y uno de enero de dos mil siete, de fojas 938 a 955, y por ella se decidió absolver a Eliseo Antonio Cornejo Escobedo, José Nelson Canario Santibáñez, Luis Antonio Fuenzalida Rojas, Darío Ernesto Gutiérrez de La Torre, Fernando Remigio Burgos Díaz, Sergio Antonio Medina Salazar, Isidro Custodio Durán Muñoz y Hernán Ricardo Canales Varas, de la acusación formulada como autores del **delito de exhumación ilegal** y a Jaime Fernando Darrigrandi Marques de su responsabilidad de cómplice del mismo injusto.

Apelada esta decisión y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 1.013, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por veredicto de diez de junio de dos mil ocho, rolante de fojas 1064 a 1077, la revocó y, en su lugar, se condenó a cada uno de los nombrados acusados a doscientos setenta días de reclusión menor en su grado mínimo y a una multa de catorce unidades tributarias mensuales, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de sus condenas y al pago de las costas del litigio, concediéndoseles el beneficio de la remisión condicional de la pena, por su responsabilidad de autores del delito consumado de exhumación ilegal, previsto y sancionado en el artículo 322 del Código Penal, cometido en diciembre de mil novecientos setenta y ocho en el campo militar de Peldehue asignado al Regimiento Tacna del Ejército de Chile.

Contra esta resolución, la defensa del condenado Burgos Díaz interpuso un recurso de casación en el fondo asilado en el ordinal quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como se desprende de fojas 1081 a 1094 vuelta. A su turno, la asistencia jurídica del enjuiciado Darrigrandi Marques, de fojas 1095 a 1101 vuelta, instauró un recurso de casación en la forma por la causal 9ª del artículo 541 del mismo cuerpo legal y en el fondo, sustentado en las motivaciones 3ª y 7ª del artículo 546 del mismo ordenamiento. Por último, el abogado de la parte querellante y demandante María Alicia Barrios Perelman, de fojas 1102 a 1116, formalizó un recurso de casación en el fondo, sustentado en el inciso final del artículo 546 del mencionado cuerpo legal.

Declarados admisibles los mencionados arbitrios a fojas 1.130 y 1.144, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA CASACIÓN EN LA FORMA.

PRIMERO: Que el recurso de casación en la forma deducido por José Jaime Fernando Darrigrandi Marques, reposa en el número 9º del artículo 541 del Código de enjuiciamiento criminal, dado que en su concepto la sentencia no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley, vulnerando así lo prevenido en el artículo 500, N°s. 4º y 5º del mismo cuerpo de leyes.

Afirma que durante la tramitación del proceso, al contestar la acusación y en sus alegaciones ante el tribunal de alzada, planteó la absolución de su representado, entre otros fundamentos, por la inexistencia jurídica del delito que se investiga. Asevera que ante la falta de una inhumación legal del grupo de personas detenidas y presuntamente ejecutadas, porque no fueron enterrados en sepulturas o sepulcros, no puede existir una exhumación ilegal, tesis respecto de la cual no hay ningún análisis en el fallo, a lo que estaba obligado el

tribunal ad quem, pues su veredicto modifica el del aquo, de modo que le eran aplicables las exigencias del artículo 500 antes reseñado.

Asegura que esta contravención influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues “resulta imposible que se pueda producir una exhumación ilegal”, por lo que el dictamen dubitado debió resultar diametralmente opuesto y absolutorio de los cargos formulados en su contra.

SEGUNDO: Que, desde luego, conviene dejar en claro que la aludida causal se configura cuando la sentencia no contiene los basamentos en cuya virtud se dan por comprobados o no los hechos atribuidos a los inculcados, o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, eximirse de responsabilidad o atenuar ésta y las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio; vale decir, cuando no se desarrollan los razonamientos en virtud de los cuales se emite pronunciamiento en relación al asunto sometido a la decisión del tribunal; ni se enuncian los preceptos y elucubraciones que le sirven de sostén. 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 dictamen, a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de ella se desprenda, aquilatar el mérito intrínseco de ellos o el valor de convicción que deba atribuírseles.

TERCERO: Que como lógico corolario de lo sostenido, resulta evidente que la resolución de segunda instancia no adolece de las deficiencias denunciadas, toda vez que de su atento estudio, aparece una suficiente exposición de los raciocinios que han servido de soporte para su decisión, acatándose adecuadamente el mencionado mandato.

Efectivamente, como puede apreciarse en la fundamentación 16° del dictamen objetado, se desestima la solicitud de absolución de Darrigrandi Marques, remitiéndose a lo indicado en sus basamentos 9°, 11° y 14°, los que contienen las razones que llevaron a los sentenciadores a configurar el ilícito indagado y a atribuir a este encausado intervención en aquel, labor que según indican es complementada por lo expuesto adecuadamente en la de primer grado en sus reflexiones primera, segunda y tercera.

CUARTO: Que del tenor de la resolución censurada, aparece que los jueces del fondo se hicieron cargo debidamente de las situaciones propuestas por el encartado. De los argumentos en que se apoya la decisión, se observa el análisis del conjunto de los antecedentes allegados a la litis, los que fueron examinados y ponderados con arreglo a derecho, para derivar en conclusiones sobre la calificación del ilícito y la participación que se pretende atribuir al enjuiciado.

QUINTO: Que si bien es cierto que una aplicación más extensiva del citado artículo 500, N° 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 una adecuada evaluación, amén de la que les otorga el ordenamiento jurídico.

Lo que estatuye la norma es que el dictamen contenga las consideraciones que le sirven de base y no otras que, según los contendientes, debieran hacerse respecto de las defensas o planteamientos esgrimidos en sustento de sus intereses y que han podido omitirse cuando, en opinión de los sentenciadores de la instancia, tales reflexiones resultan intrascendentes con la cuestión debatida y, por lo mismo, no alteran lo resuelto, dado que, como ocurre en el asunto sub judice, no son atingentes a los hechos imputados y descansan en reclamos dirigidos a probanzas excluidas de la sentencia.

SEXTO: Que, por lo demás, lo propuesto por el encartado carece de suficiencia para sostener sus alegaciones exculpatorias ante la abundante prueba indiciaria existente en sentido contrario, con base a la cual los magistrados del fondo elaboraron su argumentación, en la que se considera acreditada la existencia del injusto y su participación.

SEPTIMO: Que lo expuesto precedentemente demuestra que el veredicto que se impugna, ha cumplido con las exigencias referidas, consignándose, con la suficiencia y adecuación requerida, el sustento fáctico y jurídico de su decisión condenatoria y, en particular, la autoría que se atribuye al imputado.

OCTAVO: Que, en dicho contexto, los hechos en que descansa la referida motivación 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 formal esgrimida en el recurso, en tanto se la vincula al incumplimiento de la obligación contemplada en los números 4° y 5° del artículo 500 de la recopilación procesal penal, por lo que este arbitrio procesal habrá de ser desestimado.

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL FONDO.

NOVENO: Que los distintos recursos de casación en el fondo interpuestos en la causa, en su aspecto criminal, descansan en las motivaciones 5ª (Burgos Díaz) y 3ª y 7ª, (Darrigrandi Marques) del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, vale decir, en ellos se denuncia que el dictamen conceptúa como delito un hecho que la ley penal no considera como tal; que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones de los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434; y también en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta contravención influya substancialmente en los dispositivo del fallo.

DÉCIMO: Que para los efectos de un adecuado tratamiento de los diversos tópicos planteados, es útil consignar que el primer capítulo de casación a desarrollar se asila en la séptima causal del artículo 546 del ordenamiento procesal criminal, y aquí José Darrigrandi Marques estima violentados los artículos 488 y 502 del reseñado texto legal.

Aduce que el dictamen dubitado ha vulnerado las reglas ordenadoras de la evidencia al conceder a presunciones que no reúnen ninguno de los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal el carácter de prueba completa acerca de la vinculación que atribuyen al recurrente en los sucesos. No existen indicios múltiples y graves, no hay concordancia alguna con los hechos del supuesto delito indagado, por lo que no pudo

llegarse a la conclusión de la sentencia recurrida que revoca la de primera instancia que lo absolvía de toda responsabilidad.

Expone que tampoco se satisface la exigencia del artículo 502 del mismo cuerpo legal que impone la carga de exponer una a una las presunciones con que se acreditó la culpabilidad.

Finaliza afirmando que las deficiencias anotadas han influido sustancialmente en lo decisorio del dictamen, pues de haberse respetado los preceptos reguladores de la prueba, necesariamente se habría concluido en la absolución del compareciente.

UNDÉCIMO: Que, es útil dejar en claro que para que pueda prosperar el motivo de invalidación impetrado, se precisa el enunciado de normas adecuatorias de las probanzas, que caen dentro del estudio y decisión de este tribunal, o sea, aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son conculcadas con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación. En este orden de ideas, por regla general, se ha estimado inobservancia de las leyes estimativas de la prueba cuando se invierte el peso de ella o se rechaza un medio probatorio que la ley permita o admite uno que repudia o cuando se modifica, negando o alterando el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos.

DUODÉCIMO: Que acorde con lo expuesto, el artículo 502 de la recopilación adjetiva criminal, no es dable erigirlo como base de contravención a las leyes reguladoras de la prueba, dado que no establece reglas perentorias en los términos definidos anteriormente, sino que sólo constituye una norma de índole o naturaleza procedimental, que se limita a exigencias de orden adjetivo procesal que deben reunir las sentencias a que se refiere el artículo 500 del mismo Código (En este sentido, SCS, N° 144 – 07, de dieciséis de mayo de dos mil siete y SCS, N° 4538-08, de diecisiete de marzo de dos mil nueve)

DÉCIMO TERCERO: Que en lo relativo al artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal que el objetante reclama desconocido en toda sus partes, debido a que, en su opinión, las presunciones configuradas no son múltiples ni graves y no conducen lógica y naturalmente a deducir que fue autor del suceso en estudio, es pertinente señalar que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una parte del mismo –no su integridad– reviste el carácter de ley reguladora. En efecto, sólo dos de los presupuestos mandados por el mentado artículo 488 pueden encuadrarse dentro de tales defectos, a saber: el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2° en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que ellas envuelven límites a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba.

Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo numeral y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicha regla permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque importan cánones que, por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo único criterio ha de quedar sujeto estimar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la comprobación de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, por cuanto se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

En consecuencia, sólo resta por analizar si las presunciones se fundamentan en

hechos reales y probados y si ellas son múltiples. Al efecto, la sentencia del a quo no modificada por la del ad quem ha señalado, en su motivo primero, los elementos probatorios que permiten dar por establecido el acontecimiento ilícito.

Por su parte, de lo expuesto por el sentenciador de alzada en su basamento 14º) se desprende con claridad que actuó como autor en el injusto, puesto que de hechos conocidos e indiscutidos como son “la exhumación ilegal de cadáveres, que a su vez fueron ilegalmente inhumados” y “que éstos cuerpos fueron introducidos en sacos y arrojados presumiblemente al mar” a partir de los cuales, la prueba indiciaria recogida permite establecer que en los mismos ha tenido conocimiento y necesaria participación el Comandante del Comando de Aviación del Ejército, unidad a los cuales estaban asignados los helicópteros Puma que fueron utilizados para arrojarlos al mar, mando que a la época de los acontecimientos era ejercido por el encartado -lo que afirma el propio procesado en sus atestados de fojas 470-, de suerte que “era de su responsabilidad mantenerlos operativos, para lo cual era imprescindible que estuviera al tanto de su uso cotidiano que se le daba a ese material militar” basamento 14º).

Refuerzan particularmente esta decisión los dichos de Luis Antonio Fuenzalida Rojas, de fojas 50 y siguientes, Ernesto Gutiérrez de la Torre, de fojas 55, y Carlos Molina Herrera, de fojas 194. De esta manera las presunciones se han basado en hechos reales y probados y no en otros indicios, como son las aludidas declaraciones de las cuales surgen serios antecedentes adecuados a establecer su participación en los acontecimientos en examen. Estas pruebas son por cierto múltiples, toda vez que existen los testigos ya indicados, contestes en señalar que los cuerpos desenterrados fueron cargados en un helicóptero, para luego dirigirse “a la costa y en una zona cercana a la Fundición Ventanas, procedieron a lanzarlos al mar, para retornar después a la base ubicada en Tobalaba” (Reflexión cuarta, acápite quinto del dictamen de primera instancia, no alterada por el de segunda), en la misma época en que el inculpado ejercía el mando de la mentada unidad militar, lo que permite establecer su intervención. Todos los elementos de juicio reales que obran dentro del proceso, ninguno de ellos reposa en otras presunciones, sino que todos en conjunto, han permitido a los jueces adquirir la certeza acerca de la participación del agente en el delito pesquizado.

Por consiguiente, no se divisa la pretendida violación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal en aquellas secciones que contiene leyes reguladoras de la prueba.

DÉCIMO CUARTO: Que, por otro lado, se aprecia de una simple lectura del escrito de formalización, que el recurrente, en realidad, aunque no lo dice explícitamente, pretende cuestionar la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la investigación, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de este tribunal, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus atribuciones propias, así como revisar las conclusiones a que ellos han llegado, ya que eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que puede fundarse exclusivamente en cuestiones de derecho.

DÉCIMO QUINTO: Que de lo expuesto hasta ahora se advierte que el quebrantamiento atribuido a los jueces del fondo respecto de la causal séptima, no concurre en la especie, de acuerdo a la forma que indica el libelo, lo que determina su rechazo en esta sección, de suerte que a esta Corte le está impedido conocer de los hechos de la causa, que han de tenerse por inamovibles, con arreglo a la atribución exclusiva que en esta materia

corresponde a los jueces del fondo, por lo que ha de ser con estricto apego a ellos la aplicación del derecho, negando lugar a la argumentación del compareciente tendiente a modificarlos.

DÉCIMO SEXTO: Que es así como han quedado asentados como acontecimientos inalterables de la causa los que se contienen en el razonamiento segundo del fallo de primer grado, no modificado por el de alzada, vale decir, “que en diciembre de 1978, fueron exhumados, sin la competente autorización previa del Director General de Salud, que en tales casos debe recabarse de acuerdo al artículo 144 del Código Sanitario, restos humanos correspondientes a personas que habían sido sepultadas en fosas clandestinas abiertas en el Fuerte Arteaga de Peldehue, dependiente del Ejército de Chile”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la otra causal esgrimida por el encausado Darrigrandi Marques, la sostiene en el motivo tercero del artículo 546 Código Instrucción Criminal, puesto que el veredicto en estudio califica como exhumación ilegal acontecimientos que jurídica y fácticamente no lo constituyen, aplicando indebidamente el artículo 322 del Código Penal, en relación a los artículos 135, 136, 137, 138 y 139 del Sanitario.

Advierte que en el caso en examen, según se lee del propio auto acusatorio, el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, cuando Darrigrandi estaba destinado en los Estados Unidos de Norteamérica, un grupo de personas son detenidas en el Palacio de La Moneda, llevados al Regimiento Tacna, amarrados de pies y manos, trasladados al sector de Peldehue y luego, presuntamente, fusilados y enterrados en un pozo, de lo que se puede concluir sin lugar a dudas que, por lo pronto, no hubo una inhumación legal, ya que los cuerpos de los ofendidos no fueron enterrados en sepulturas o sepulcros sino que arrojados a una fosa clandestina. En tal entendimiento, no puede haber exhumación ilegal pues exhuma sólo quien desentierra y retira un cadáver de un sepulcro o sepultura.

Con tales argumentos solicita la invalidación del fallo cuestionado para que, en su lugar, se declare la inexistencia de una exhumación ilegal, liberando al oponente de los cargos librados en su contra.

DÉCIMO OCTAVO: Que en lo que atañe a la cuestión planteada por el oponente, es menester consignar que habiendo quedado los hechos fijados por los juzgadores del grado, reproducidos en el basamento décimo sexto de esta resolución, corresponde examinar exclusivamente si se ha cometido error de derecho al calificar tal realidad fáctica presentada en el pleito como constitutiva del delito de exhumación ilegal, previsto y sancionado en el artículo 322 del Código Penal.

DÉCIMO NOVENO: Que, por lo pronto, y en lo que concierne a la tesis del compareciente, en cuanto que para la presencia del ilícito de marras es condición necesaria la existencia de una inhumación ilegal, en ausencia de la cual no sería posible la configuración del tipo penal del artículo 322 del Estatuto Penal, constituye una impropiedad, pues la figura criminal se satisface en la medida que concurren las circunstancias que enuncia, dentro de las cuales no se hallan las precisadas por el objetante, el que en su pretensión de liberar de cargos a su poderdante, exige elementos que no están incorporados a la formulación legal y que, por ende, no son necesarios para que se verifique su subsunción.

En efecto, el artículo 322 del ordenamiento criminal castiga al que “exhumare o trasladare los restos humanos con infracción de los reglamentos y demás disposiciones de sanidad...”, de lo que surge como lógico conclusión que se trata de un injusto autónomo, en cuanto no es necesario la determinación previa de una inhumación legal sino simplemente la

transgresión de los reglamentos y demás preceptos de sanidad al llevar a cabo la actividad que constituye su verbo rector: exhumar o desenterrar.

VIGÉSIMO: Que, aún cuando lo anterior es suficiente para desechar el medio de nulidad examinado, es útil dejar en claro que la expresión “exhumare”, que utiliza la formulación del tipo, se refiere al “acto de desenterrar o sacar de la sepultura algún cadáver” (Joaquín Escriche: “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Eugenio Millefeert y Compañía, año mil ochocientos sesenta y uno, página 672) y sepultura o sepulcro es “el lugar donde se inhuman o entierran los cadáveres humanos” (Francisco Muñoz Conde: Derecho Penal, Parte Especial”, Editorial Tirant Lo Blanch, Décimo quinta edición, revisada y puesta al día, año dos mil cuatro, Valencia, España, página 843), o “el sitio en que se entierra el cadáver de alguna persona” (Joaquín Escriche, ob, cit, página 1530), o bien, finalmente, “es un lugar cerrado destinado para custodiar cadáveres, a fin de que ahí dentro cumplan la ley de su descomposición” (Vico, citado por Francesco Carrara: “Programa de Derecho Criminal”, Parte Especial, volumen VI, Editorial Temis, reimpresión de la sexta edición, Bogotá, Colombia, año dos mil uno, parágrafo 3196, página 298). De suerte tal que sepulcro o sepultura se debe entender en su sentido primitivo, sin más contingencias, ni exigencias especiales de ubicación, ornato o autorización, por lo que aseverar que la exhumación no se conforma, pues esta requiere la extracción de cuerpos humanos de una sepultura y los ofendidos “fueron enterrados en un pozo seco al cual fueron arrojados o cayeron a medida que eran ejecutados”, es una elucubración que no tiene cabida en nuestro ordenamiento.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, lo anterior es concordante con la idea que el legislador penal no está obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo, circunstancia en la cual delega simplemente en los órganos encargados de aplicar el Derecho la determinación del concepto, lo que, desde luego no prohíbe la Ley Fundamental, ya que se trata de una actividad comprendida en la tarea de juzgar (artículo 76, inciso primero), que a través de la función hermenéutica del juez, permiten igualmente obtener la representación cabal de la conducta. “El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal” (sentencia del Tribunal Constitucional, de treinta de marzo de dos mil siete, rol N° 549, basamento 12).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por lo demás, los elementos probatorios reunidos durante el transcurso de la litis permiten concluir que concurren las exigencias para enmarcar el *factum* establecido en el aludido artículo 322, por lo que no es efectivo que se haya considerado como ilícito un hecho que no fuere tal, sino que, por el contrario, tanto por el fallo de primera instancia, como por aquél que se critica por la presente vía, se apreció correctamente como constitutivo de delito, y se efectuó, además, una acertada calificación jurídica del mismo.

VIGÉSIMO TERCERO: Que ante tales hechos y circunstancias y por lo que se ha expuesto en los fundamentos precedentes los sentenciadores han interpretado correctamente la ley al encuadrar los hechos incriminados en el artículo 322 del Código Penal, todo lo que conduce a afirmar que no se han cometido las transgresiones de ley que sirven de soporte a este segmento del recurso, por lo que éste no puede prosperar.

VIGÉSIMO CUARTO: Que la defensa jurídica del inculpado Fernando Burgos Díaz ha planteado un recurso de casación en el fondo que descansa en el literal quinto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, “En que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434”.

Aduce que el veredicto cuestionado ha transgredido los artículos 93, N° 6º, 94, 95, 101 y 102 del Código Penal, toda vez que, en relación a las normas de derecho internacional aludidas en el fallo, precisa que la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su resolución 2391, de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, convino en dictar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, consignando en su preámbulo que la Asamblea advierte que la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los países relativa a la prescripción de los delitos “impide del enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”, vale decir, por expreso reconocimiento de la Asamblea General de la ONU, antes de la dictación del tratado de imprescriptibilidad todos los delitos eran susceptibles de declararse prescritos, según la legislación de cada país, cuestión que concuerda con la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados.

Añade que la prohibición establecida en el Convenio rige sólo respecto a los países que lo hayan ratificado, dentro de los cuales no se encuentra Chile, de lo que colige que no existe ningún ilícito tipificado en nuestra legislación interna o en los tratados vigentes en Chile, que sea imprescriptible. Además, el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, no limita la facultad soberana del Estado para perdonar atentados contra derechos esenciales de las personas por medio de la amnistía, indulto o prescripción.

Asevera que en la especie se aplicaron convenios internacionales que no están vigentes en nuestro país o no se aplican a la situación sub lite, como la mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y los Convenios de Ginebra, la Convención Americana sobre derechos Humanos y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, atentando, al mismo tiempo, contra los principios de legalidad y reserva, con lo que se vulnera el artículo 19, N° 3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental, pues en nuestro país no están tipificados ni penados delitos de lesa humanidad.

En la conclusión, insta por la invalidación de la sentencia cuestionada a fin que en su reemplazo se declare prescrito el delito pesquisado.

VIGÉSIMO QUINTO: Que estando este tribunal en concordancia con lo expresado por el de segundo grado en sus reflexiones 6º), 7º), 8º) y 9º), estima que es menester precisar que, en este tipo de delitos, la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 93, N° 6º, del Código Penal, cuya aplicación reclamó la defensa de Burgos Díaz en la contestación a la acusación, no es procedente, como lo ha concluido esta Corte en diversas oportunidades, pues a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa (diciembre de 1978) el territorio nacional se encontraba en estado de guerra, situación que resulta innegable, atendidas las disposiciones de los Decretos Leyes N°s. 3 y 5, cuyo tenor no necesita ser reproducido. Según lo dispuesto por el artículo 418 del Código de Justicia Militar, interpretado por el Decreto Ley N° 5, “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 existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”. Por tal razón, esta Corte, en diversas sentencias v .gr., en los autos rol 3.462-06 y rol 4.662-07, ha argumentado que “los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N°. 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse ‘en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea de forma abierta o en la clandestinidad’, único supuesto que para este caso admite el artículo 6., letra b) del Decreto Ley N° 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Además, el Decreto Ley No. 5., interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era ‘para todos los efectos de dicha legislación’ o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales”, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos”.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, el examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752/ 1951, llevan a concluir que su aplicación no se agota únicamente en lo que dice relación con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que -y como lo establece su artículo 3°- alcanza los casos de conflicto armado sin carácter de internacional, situación ésta última correspondiente a la de la especie, como lo ha interpretado en diversos fallos esta Corte.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, y como también lo ha decidido este Tribunal con antelación, una de las características que los Convenios antes citados y la aplicación del Derecho Penal Internacional asignan a este tipo de delitos, es su imprescriptibilidad. A este respecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, ratificados por Chile en 1951, integran el denominado Derecho Internacional Humanitario.

Este Tribunal ha reconocido el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, considerando entre otros motivos para ello su pertenencia al ámbito del ordenamiento penal universal, en el cual y en relación a esta clase de crímenes, el paso del tiempo no puede conducir a una exoneración de las responsabilidades penales, como ocurre, en general, en el Derecho Penal interno. A este respecto, es decidor el Convenio IV. de Ginebra, cuyo Título IV, denominado “Aplicación del Convenio”, desarrolla a través de los artículos 146, 147 y 148, el principio básico señalado.

Cabe tener en cuenta, además, el preámbulo de la Convención de 1968, cuyo artículo primero es muy claro en cuanto a que los crímenes de guerra y de lesa humanidad “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, nuestro Código Penal establece como causal extintiva de la responsabilidad penal la prescripción -tanto de la acción punible como de la pena- con

alcances y efectos generales respecto de los delitos, tal como lo consignan los artículos 93 y siguientes de dicho cuerpo de leyes.

Las razones histórico-políticas, jurídicas, humanitarias y otras que sirven de basamento a la institución, no requieren –por ser muy conocidas- mayor examen.

Tratándose de los delitos de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de estos ilícitos, que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, surge, como barrera a la impunidad, de las fuentes citadas en el considerando precedente.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por las razones anotadas cabe concluir que los sentenciadores, no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos del convicto para que se les reconozca la procedencia de la prescripción de la acción penal propuestas en sus descargos, por lo que el medio de impugnación entablado será rechazado.

EN CUANTO A LA CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA CIVIL

TRIGÉSIMO: Que, finalmente, la asistencia letrada de la parte querellante y demandante, Alicia Barrios Perelman, interpone un recurso de casación en el fondo contra la decisión civil del dictamen dubitado, conforme al cual manifiesta que los jueces de la alzada han errado de derecho al aplicar normas del derecho civil ignorando otras de carácter constitucional y algunas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile que regulan la responsabilidad estatal, como lo son el artículo 131 del Convenio de Ginebra sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra y los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Afirma que es incoherente la calificación del delito de exhumación ilegal como de lesa humanidad y declarar así que la acción penal es imprescriptible y, en cambio, las acciones civiles de ese delito las declara prescriptibles. El yerro que revela es dejar de aplicar la Constitución y la Ley de Bases Generales de la Administración en un caso de responsabilidad del Estado por el daño causado a sus administrados, por lo que persigue la nulidad del dictamen cuestionado para que se falle acogiendo la demanda interpuesta.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, conforme a lo señalado, el recurso de casación en el fondo dice relación con el tema de la prescriptibilidad de la acción deducida y de la aplicación para ello de los preceptos del derecho interno, específicamente, de aquellas contenidas en el Código Civil, dado que la sentencia impugnada estimó que correspondía resolver la controversia de acuerdo a dicha normativa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por lo pronto, en el presente caso se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentándose en nuestra Carta Magna de mil novecientos ochenta y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, N° 18.575, de diecisiete de noviembre de dos mil uno, las que adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, por lo que, no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, los cánones del Código Civil, conclusión 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.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en lo que dice relación a la vulneración de Tratados Internacionales a través de su errónea interpretación, cabe también desestimar dicho argumento por cuanto ninguno de los cuerpos normativos citados 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

Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades incurridas por ellas 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 alude 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 a 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.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que la vulneración de la Convención Americana, tampoco concurre, puesto que no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad esgrimida por el oponente. Por lo demás dicho ordenamiento fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873 y publicado en el Diario oficial en su edición de cinco de enero de mil novecientos noventa y uno, es decir, con posterioridad a los hechos que motivan este pleito.

No obstante lo anterior, es dable consignar que los artículos citados por el recurrente sólo consagran un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en la mentada Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna, e impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido, de suerte tal que ni el artículo 1.1 ni el 63.1, impide, respecto de la materia en controversia, aplicar el derecho propio de cada país.

TRIGÉSIMO QUINTO: 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. 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, dentro de las cuales destaca el artículo 2.497 del Código Civil que estatuye 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”.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, conforme lo expuesto, en el asunto sub judice, resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2.332 del mencionado cuerpo de leyes, de acuerdo al cual, las acciones consagradas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, o sea, desde el momento en que ocurre el hecho dañoso que se reprocha al demandado, vale decir, desde el acaecimiento del acto generador del perjuicio, sin que se divisen razones que permitan computarlo desde una fecha diversa de aquélla.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, de esta manera, y por no estar controvertido que los hechos que motivaron la demanda deducida en contra del Estado, acaecieron en diciembre de mil novecientos setenta y ocho y que la demanda impetrada fue notificada el cinco de agosto de dos mil cinco al Consejo de Defensa del Estado, según consta del estampado de fojas 685, surge como necesaria conclusión que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2.332 del Código Civil ha transcurrido en exceso.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que en lo concerniente al postulado del recurrente en orden a que por tratarse el injusto indagado en estos antecedentes de un delito de lesa humanidad, por consiguiente, imprescriptible penalmente, dicha calidad se debe extender a las acciones reparatorias que surgen de tal ilícito. Al respecto, cabe desechar tal predicamento, por cuanto como se dijo con antelación, la acción ejercida en autos es de contenido patrimonial, y como tal, sujeta a prescripción, a falta de norma especial en contrario.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, atendido lo expuesto, no resulta efectivo el reproche que se ha hecho en contra del veredicto impugnado, y por el contrario, los sentenciadores han efectuado una correcta aplicación del derecho que gobierna la presente litis, por lo que el presente recurso de casación debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 2.332 y 2.497, de Código Civil, 322 del Estatuto Penal; 418 del Código de Justicia Militar, 488, 500, N°s, 4° y 5°, 502, 535, 541, N° 9°, 546, N°s 3°, 5° y 7°, y 547 del de Instrucción Criminal y lo establecido en el Decreto Ley, N° 5° de 1973, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma entablado por la asistencia jurídica de José Jaime Fernando Darrigrandi Marques, en lo principal de fojas 1.095 a 1.101, y en el fondo, intentados por el abogado José Luis Sotomayor López en asistencia de Fernando Remigio Burgos Díaz y del mencionado Darrigrandi Marques, en lo principal de sus presentaciones de fojas 1.091 a 1.094 y, en el primer otrosí de 1.095 a 1.101, respectivamente; y el instaurado por la demandante civil María Alicia Barrios Perelman, representada por el letrado Nelson Caucoto Pereira, en su libelo de fojas 1.102 a 1.116, en contra de la resolución de diez de junio de dos mil ocho, escrita de fojas 1.064 a 1.077, la que, en conclusión, no es nula.

Acordada con el **voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes fueron del parecer de acoger el recurso de casación deducido por la defensa de Fernando Remigio Burgos Díaz, anular el fallo de segundo grado y confirmar la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil siete, escrita de fojas 938 a 955, absolviendo a los condenados de la acusación judicial de fojas 525 y siguientes como autores del delito exhumación ilegal, por haberse extinguido sus responsabilidades por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, teniendo, además, presente, las siguientes consideraciones:

1.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la

prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que , por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre en diciembre de mil novecientos setenta y ocho, el juicio se inició en abril de mil novecientos ochenta y siete, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de cinco años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto a los simples delitos a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación menores, como ocurre con la exhumación ilegal.

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

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

“Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ‘conflicto armado sin carácter de internacional’, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ‘conflicto armado no internacional’ ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...’.

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ‘conflicto armado sin carácter internacional’ es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, pues realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 16 de Octubre de 1973 existía un ‘conflicto armado no internacional’, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. ‘En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente’, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban” (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

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

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir

y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

Acordada, en su aspecto civil, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante y demandante doña Alicia Barrios Perelman, dejar sin efecto en esa parte el fallo que se revisa y dictar sentencia de reemplazo en que se hace lugar a la acción civil interpuesta porque, a su juicio y como lo afirma la recurrente en su libelo de nulidad, en este tipo de materias – delitos de lesa humanidad –, no son aplicables las reglas sobre prescripción contenidas en el Código Civil, desde que el derecho que asiste a los ofendidos para resarcirse de los perjuicios sigue la suerte de lo principal, esto es, el proceso penal, lo que equivale a decir que ellas son también imprescriptibles.

Los mismos disidentes previenen que, a su juicio, de los antecedentes de esta causa aparece que existiría una relación directa entre este delito de exhumación ilegal y el desaparecimiento forzado o secuestro calificado y permanente que afectó en su momento a los llamados “prisioneros de La Moneda”, por lo que el juez de la causa tendrá en cuenta, en su momento, el eventual grado de participación que en tales hechos pueda corresponder a estos acusados, haciendo efectiva allí su responsabilidad personal en ellos.

Regístrese y devuélvase con sus agregados y antecedentes traídos a la vista.

Redacción del Ministro señor Nibaldo Segura Peña y las disidencias, sus autores.

Rol N° 4087 - 08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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

En Santiago, a trece de agosto de dos mil nueve, 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.