

## **Sentencia caso Mario Superby Jeldres y Hugo Vásquez Martínez Corte Suprema**

Santiago, 13 de diciembre de 2006.

Vistos:

En estos autos Rol N° 23.375, del Juzgado del Crimen de Mariquina, por sentencia de primera instancia de siete de agosto de dos mil tres, que se lee a fojas 571 y siguientes, se declaró:

I.- Que la noche del 23 de diciembre de 1.973, en el fundo Molco de Choshuenco, comuna de Panguipulli, los Carabineros Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo intervinieron en calidad de autores en el homicidio premeditado de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, (M.I.R.), **Hugo Rivil Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres**, colaborando en actos posteriores y en calidad de encubridor, el Carabinero Hernán Salas Alarcón.

II.- Que se declara prescrita la acción penal para perseguir el delito de homicidio premeditado antes mencionado y, en consecuencia, se absuelve a Paulino Flores Rivas, Rufino Rodríguez Carrillo y a Hernán Salas Alarcón de los cargos formulados en su contra en la acusación fiscal que sirve de sustento a esta sentencia.

Apelado dicho fallo, previo informe de la fiscal judicial señora Maria Heliana Del Río Tapia, quien fue de opinión de confirmar la sentencia en alzada, la Corte de Apelaciones de Valdivia, por resolución de siete de enero de dos mil cuatro, que corre a partir de fojas 646, la revocó, en cuanto declaró prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de Hernán Salas Alarcón y declaró, en cambio, que se lo absuelve de la acusación de ser encubridor de los homicidios de Hugo Rivil Vásquez Martínez y de Mario Edmundo Superby Jeldres. A su turno, confirmó, en lo demás, la referida sentencia, sin costas del recurso.

En contra de esta última resolución, los abogados Vivian Sáez García y Vladimir Alberto Rioseco Bahamondes, en representación de los querellantes, dedujeron a fojas 652 recurso de casación en el fondo, asentados en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Declarado admisible el mencionado recurso, se trajeron los autos en relación.  
CONSIDERANDO:

1°.- Que el recurrente ha planteado un recurso de casación en el fondo invocando la causal indicada en el numeral quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se incurrió en error de derecho al admitir la excepción indicada en el número 7° del artículo 433 del

mismo cuerpo legal, esto es la prescripción de la acción penal, en cuya virtud se absolvió a los encausados.

2°.- Que, el recurso de casación se basa en que el fallo atacado, aceptando como efectivos los hechos investigados, ha declarado prescrita la acción penal ejercida, no obstante encontrarse en la especie frente a un crimen de guerra que, según ha establecido la doctrina y los principios de derecho internacional general, es un crimen de carácter imprescriptible e inamnistiable. Señala que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia, han declarado la efectividad que el día 23 de diciembre de 1.973, alrededor de las 22:00 horas, fallecen en el sector Molco de la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli, los jóvenes militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (M.I.R.) Hugo Ríbol Vázquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, de 21 y 23 años de edad respectivamente, producto de múltiples heridas a bala provocadas por sendas ráfagas de fusil SIG, disparadas por el ex cabo de Carabineros Rufino Rodríguez Carrillo y el Carabinero Hernán Jara (actualmente fallecido), tras ser emboscados al interior de una vivienda ubicada dentro del predio antes indicado, previa planificación realizada por el Sargento en retiro de Carabineros Paulino Flores Rivas, con el apoyo de un funcionario del Ejército de Chile no identificado en la causa. Agrega que los jóvenes asesinados, junto a otras personas, se encontraban ocultos en las montañas del sector, a fin de resistir al régimen de facto instalado desde el 11 de septiembre de 1.973. Argumenta el recurrente que el homicidio descrito puede ser definido como una ejecución sumaria de militantes desarmados de una fuerza insurgente, capturados por una fuerza armada perteneciente al régimen de facto instalado en el país. La situación reseñada, agrega, constituye una infracción a lo establecido en los Convenios de Ginebra Sobre el Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a Las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, publicados en el Diario Oficial el 18 de abril de 1.951 y el 12 de agosto de 1.950, respectivamente. Señala, asimismo, que la aplicación de los Convenios de Ginebra obedece a múltiples actuaciones y manifestaciones expresas y tácitas de la Junta Nacional de Gobierno, altos mandos militares de la época y personeros civiles de dicho régimen de facto, quienes se encuentran contestes en que entre septiembre de 1.973 y 1.976 existía en Chile una situación de guerra interna. Por lo indicado, sostiene que la ejecución sumaria que se investigó en la causa es un crimen de guerra. Agrega que la Asamblea General de la O.N.U. aprobó, en 1.968, una Convención sobre Sanciones de los Crímenes contra la Humanidad, declarando que es irrelevante para el orden internacional que exista una legislación en contrario; por otro lado, en 1.968, se suscribe la Convención que establece la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, ratificada, el año 1.973, por la Resolución N° 3.074 de la misma entidad, disposiciones todas vinculantes para Chile, atendido su carácter de integrante de la Organización de las Naciones Unidas. Lo anterior se refuerza de manera especial a partir de 1.989, con la reforma a la Constitución Política de la República en su artículo 5° introducido por la Ley N° 18.825, que incorpora como fuente de limitación a la soberanía del Estado, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Señala entonces que las normas contenidas en los artículos 97 N° 6 y siguientes del Código Penal, sucumben ante las normas y principios de derecho internacional citados, por lo que el crimen investigado en autos resulta imprescriptible e inamnistiable.

3°.- Que, para decidir acerca de lo planteado, resulta del todo relevante señalar que en la instancia se dio por establecido como hecho de la causa - según se lee del motivo segundo

del fallo en alzada, hecho suyo por el de segundo grado- que, en la noche del 23 de septiembre de 1.973, funcionarios del Retén de Carabineros de Choshuenco, previamente concertados, participaron en forma planificada, directa e inmediata en la muerte de dos jóvenes pertenecientes al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, M.I.R., identificados como Hugo Rivol Vásquez Martínez (nombre político "Eusebio") y Mario Edmundo Superby Jeldres (nombre político "El Braulio"), hecho perpetrado al interior de la casa de la familia Arias Rizzo, ubicada en el fundo Molco, y para lo cual se utilizó fusiles SIG, calibre 7,62 x 51 M.M., armamento automático de grueso calibre y gran capacidad de fuego. El hecho antes descrito tuvo lugar en la cocina de la casa ya mencionada, en momentos en que las víctimas se encontraban sentadas frente a una mesa emplazada en dicho lugar. En tales circunstancias, Hugo Rivol Vásquez Martínez falleció en forma instantánea, y Mario Edmundo Superby Jeldres resultó herido en sus extremidades inferiores, falleciendo horas más tarde en el trayecto de Choshuenco a Panguipulli, mientras era trasladado en una barcaza junto al cadáver del mencionado Hugo Vásquez Martínez, agregándose que ese hecho constituye el delito de homicidio premeditado descrito y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancia quinta, del Código Penal.

4°.- Que, según dispone el artículo 93 N° 6 del Código Penal, la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal. De acuerdo a lo que ordena el artículo 94 del mismo cuerpo legal, tratándose de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, la acción penal prescribe en quince años, y en diez, respecto de los demás crímenes.

5°.- Que el Derecho Internacional Humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, dispensando protección a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra.

Esta rama del Derecho Internacional está integrada por acuerdos firmados entre Estados denominados Esta rama del Derecho Internacional está integrada por acuerdos firmados entre Estados -denominados tratados o convenios- y por el derecho consuetudinario internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho.

Aunque algunas de sus normas son similares, el Derecho Internacional Humanitario se ha desarrollado históricamente en forma separada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que no es obstáculo para que puedan aplicarse en ocasiones en forma simultánea, a través de un proceso de convergencia progresiva, tanto normativa como hermenéutica.

6°.- Que el Derecho Internacional Humanitario se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, ratificados por Chile en decreto supremo N° 732, y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1.951, en la actualidad

ratificados por prácticamente todos los países del mundo.

7°.- Que los referidos Convenios, incorporados a nuestro derecho interno en virtud de su ratificación y publicación ya con más de dos décadas de antelación a los sucesos investigados en el proceso criminal de autos, contienen varios preceptos cuyo contenido y aplicación al caso que interesa ameritan ser analizados, por haber sido referidos en el recurso de casación: Tales disposiciones son:

a) El artículo 1°, según el cual "Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente convenio en toda circunstancia?;

b) El artículo 3°, común a todos los Convenios, que es del tenor siguiente:

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 las 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 o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en todo tiempo y lugar respecto de las personas arriba mencionadas:

a. Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los 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 juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados?.

c) El artículo 147, que incluye entre las "Infracciones graves", para efectos de los Convenios, al "homicidio intencional", y

d) El artículo 148, conforme al cual "Ninguna Alta Parte Contratante tendrá facultad para exonerarse 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".

8°.- Que la naturaleza y alcance de la situación de crisis institucional por la que atravesó nuestra nación a partir del pronunciamiento militar del 11.09.1.973, y, en particular, al 23.12.1.973, época de comisión de los ilícitos que se imputa a los involucrados, corresponde a las situaciones que la dogmática constitucional identifica como de ruptura o anormalidad constitucional, pero que se hace necesario identificar, en su naturaleza específica, para fines de determinar si el país vivía, a la sazón, una situación asimilable al evento de conflicto armado, sin carácter internacional, que hace aplicable, en lo pertinente, las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario.

9°.- Que la Carta Política de 1.925, vigente a la época de quiebre institucional producido en 1.973 consagraba, en su artículo 4°, un principio que es consustancial al constitucionalismo democrático, expresado ya en idénticos términos por el constituyente de 1.833 y que, prosiguiendo una línea invariable, recoge también el inciso 2° del artículo 7° del actual Estatuto Fundamental. Conforme a esta regla, denominada principio de legalidad, ninguna persona o magistratura puede atribuirse -ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias-, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Luego, entonces, ni aun en situaciones excepcionales, incluso si pusieren en peligro la vida de la nación, podrían las autoridades públicas ejercer potestades que no tengan su origen en la ley, con mayor razón si bajo el imperio del ordenamiento constitucional aplicable en la especie -el aprobado en 1.925- no existía un estatuto tan restrictivo como el plasmado posteriormente bajo el epígrafe "Estados de excepción constitucional", en los artículos 39 a 41 originales de la Ley Fundamental de 1.980.

En efecto, fuera de las hipótesis de los estados de asamblea y de sitio, en el artículo 72, N° 17, o de las restricciones autorizadas por la ley de facultades especiales, conforme al artículo 44, N° 13, ninguna ley podía suspender o restringir los derechos o libertades asegurados constitucionalmente, quedando por cierto vedado, a todos los órganos estatales, ejercer otras medidas que la autorizadas, las que, en estado de sitio, sólo habilitaban al Presidente de la República para trasladar personas de un departamento a otro o arrestarlas en lugares que no fueren cárceles, según expreso mandato del artículo 72, N° 17, inciso 3°, citado.

10°.- Que, en la época que interesa, se encontraba vigente en Chile el decreto ley número 5, de 12.09.1.973, el que, fundado en la situación de conmoción interna en que se encontraba el país y en la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se estaban cometiendo contra la integridad física del personal de las fuerzas armadas, de Carabineros y de la población en general declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 de 18.09.1.973, debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo, contenida en el referido Código y demás

leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Dispuso al efecto el citado decreto ley:

ARTICULO 1° Declárase, 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, en general, para los demás efectos de dicha legislación.

Ciertamente, los Convenios de Ginebra, de 1.949, vigentes a la sazón, formaban parte de esa "legislación" adicional, aplicable en estado o tiempo de guerra e incluso en conflictos armados sin carácter internacional, y , entre otros, imponían a los Estados obligados el deber de otorgar un trato humanitario a las personas involucradas, prohibiéndose -en cualquier tiempo y lugar- entre otros, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, además de la tortura o tratos inhumanos, considerados "infracciones graves" a esa normativa internacional, en su artículo 50. 11.- Que la aplicabilidad de estos Convenios ha sido reconocida por esta Corte, entre otros, en su sentencia de 9 de septiembre de 1.998, donde se manifestó que el Estado de Chile se impuso, en los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio. quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, para concluir que la omisión de aplicar las disposiciones de los Convenios importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos (S.C.S. de 09.09.1.998, Rol N° 469, consid. 10°).

Este planteamiento es el mismo formulado por esta Corte en su pronunciamiento de 17.11.2.004, en proceso por secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, donde se enfatiza que los Convenios de Ginebra -indudablemente se encontraban vigentes, como hoy- a la época de los hechos allí investigados, acaecidos a la sazón como un conflicto armado sin carácter de internacional, ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de 1.975, quedando prohibido para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal (S.C.S. citada, Rol N° 517-2.004).

12°.- Que el Derecho Internacional Convencional, advirtiéndole que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los Estados, relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues puede impedir el enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos crímenes, estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio

de imprescriptibilidad de esa categoría de crímenes nefastos, a través de la denominada "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 2.391 (XXIII), de 26.11.1.968, en vigor desde el 11.11.1.970, pero no ratificada por Chile.

Entre los crímenes declarados imprescriptibles, la Convención cita, en su artículo I, las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra, anteriormente aludida.

13°.- Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados -como elemento material de ésta- y la "opinio iuris" internacional.

14°.- Que, en orden al primero de estos elementos, cabe desde luego enfatizar que nuestro país no ha sido "objeto persistente" del principio de imprescriptibilidad, figura mediante la cual un Estado, por actos positivos e inequívocos, se opone no al nacimiento de la costumbre internacional, pero sí a su vinculación con esa norma. Chile no ha sido objeto persistente, sin que pueda calificarse como tal su renuencia a vincularse al tratado pertinente, actitud que lo desvincula del instrumento convencional, pero no de la costumbre internacional, en su caso. 15°.-15°.- Que la consagración de la norma convencional sobre imprescriptibilidad, adoptada en 1.968, se basó, entre otros motivos, en la inexistencia a la sazón de instrumentos que prescribieran limitaciones en el tiempo para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (consideración 3ª del Preámbulo), referencia demostrativa del grado de conciencia adquirido ya en esa época por la Asamblea General de Naciones Unidas acerca de la vital importancia asignada por la comunidad internacional al tema de la represión efectiva de estos hechos tan brutales y de la necesidad de prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos (consideración 5ª del Preámbulo) asegurando la "aplicación universal" del principio de imprescriptibilidad (consideración 7ª), que, evidentemente, formaba ya parte, en aquel tiempo, del acervo cultural del mundo civilizado.

16°.- Que la "universalidad" del principio de imprescriptibilidad, predicada en la Preámbulo de la Convención de 1.968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los crímenes de guerra (letra a) y de lesa humanidad (letra b) son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

En otras palabras, la Convención no se limitó a enunciar esta regla, sino que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella operaba ya a la fecha como derecho consuetudinario internacional. A sí, por lo demás, se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto en los Informes de la Comisión de Derecho

Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1.966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1.967. 17°.- Que, conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas, el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias.

El primero de estos efectos se genera cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado.

Es en virtud de esta eficacia declarativa que la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la que da cuenta de esa característica -que justificó por lo demás la condenación de abominables crímenes cometidos por los jerarcas nazis incluso antes de quedar definido, en 1.945, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg- representa una costumbre internacional vinculante, aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en este juicio, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma.

18°.- Que, en lo concerniente al elemento psicológico o espiritual de la costumbre internacional -*opinio iuris*- en necesaria confluencia con su componente material, ya descrito, es preciso que la práctica duradera en que ella consiste, se haya realizado con el convencimiento de conformarse a una obligación jurídica, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, emanada de la Corte Internacional de La Haya, que coinciden en señalar, como medios de prueba idóneos al efecto, las decisiones de tribunales nacionales, la práctica y las resoluciones de organizaciones internacionales y, por cierto, el saber especializado condensado en la doctrina. 19°.- Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88, Serie C N° 4); Godínez Cruz (sent. de 20.01.89, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88, Serie C N° 36), y muy especialmente, en la reciente "Almonacid Arellano y otros versus Chile", de 26.09.2.006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general (Consid. 99°).

20°.- Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el "Caso Barrios Altos", al puntualizar que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de 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 (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, N° 75, pár. 41).

21°.- Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes. 22°.- Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, 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 derechos 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? (S.C.S., 30.01.1.996).

23°.- Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias ¿Lauritzen con Fisco? o de los barcos daneses (R.D.J., T.52, II, 1ª, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional ¿priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado? (en: R.D.J., T. 56, II, 4ª, pág. 66); los casos Embajada de la República de China, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y Embajada de Cuba, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos - pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa - las sentencias de 26.10.95 (Rol N° 5.566), consid. 14° y 9.09.98 (Rol N° 469/98), consid. 10°, todas de esta Corte Suprema.

Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don Manuel E. Ballesteros, a fines del siglo XIX, sostenía que "con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él" (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571).

Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos ¿Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros- participan plenamente de esta posición.

24°.- Que ya desde los 60' una década antes del crimen materia de autos - autores como Verdross, Seerle, Séferiades y, en especial, Charles Rousseau, observaban que, en general, la doctrina hace prevalecer el criterio que otorga al tratado y a la costumbre, la misma fuerza legal (Rousseau, en Droit International Publique, Paris, 1.970, pág. 342, quien cita, en esa línea, a los anteriores).

25°.- Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1.973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un

crimen contra la humanidad, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional -homicidio- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26°.- Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando "un solo acto cometido por un perpetrador" en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa "numerosas ofensas para ser considerado responsable".

La prohibición de cometer estos crímenes "es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general" (consids. 96 y 99 de "Almonacid Arellano y otros versus Chile", cit.).

27°.- Que en cuanto la sentencia recurrida hace lugar a la petición de la defensa de los encausados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo en orden a declarar prescrita la acción penal para perseguir el delito de homicidio premeditado objeto de este proceso, en base a lo previsto en los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, por haber transcurrido más de 15 años entre las fechas de consumación del hecho punible -23 de diciembre de 1.973 - y la data de sus procesamientos -el 28 de enero de 2.002- sin que concurra ninguna de las hipótesis que autorizan modificar el mecanismo de cómputo del plazo, acorde con los artículos 96 y 100 del mismo cuerpo punitivo, pugna con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, disposición que se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente, de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria.

Contradice también la aplicación de esos preceptos de la legislación interna, los artículos 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional, prohibiendo a las partes contratantes autoexonerarse de responsabilidades incurridas a causa de infracciones a sus normas. 28°.- Que, igualmente, la exoneración de responsabilidades en virtud del instituto de la prescripción extintiva, con arreglo al Código Penal, contraviene -como lo plantea la recurrente de casación- la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22. 11.1.969, cuyo texto fue aprobado por decreto supremo N° 873, de 23.08.1.990, publicado en el Diario Oficial de 05.01.1.991, en particular su artículo 1°, que obliga a los Estados Partes a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, entre los cuales aquéllos ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter anteriores a su vigencia, según refiere el artículo 2°. El status de imprescriptibilidad del ilícito motivo de esta causa ya se encontraba consagrado con anterioridad a la Convención del modo descrito en la ponderación precedente, por lo cual su desconocimiento implica también

vulneración de esta última, que corresponde aplicar de modo preferente, por incidir en un tema propio del derecho internacional de los derechos humanos, sin que obste a ello la circunstancia de haber dejado el Gobierno de Chile constancia de que el reconocimiento de competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1.990 (Declaración signada iii), toda vez que tal declaración, no constitutiva de reserva, sólo importa una limitación temporal de la competencia *ratione temporis* de los órganos integrantes de la jurisdicción internacional y, ciertamente, no incide en la jurisdicción de los tribunales nacionales que, a contrario sensu, sí podrían conocer de esas situaciones, anteriores a la data especificada. En consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, en su relación con el artículo 433, N° 7° del Código de Procedimiento Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción de los artículos 1° y 2° de la citada Convención Americana, que excluyen la procedencia de la señalada causal excluyente de responsabilidad, y que debieron recibir aplicación preferente.

29°.- Que las infracciones reseñadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida, toda vez que, si hubiere resuelto por aplicación de las disposiciones de derecho internacional que correspondía, debió el sentenciador rechazar la excepción de prescripción alegada, basada en el Código Penal y, en consecuencia, condenar a los participantes involucrados como autores del delito de homicidio calificado por el cual fueron encausados.

Por estas consideraciones, y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, en su relación con el artículo 546, N° 5° del Código de Procedimiento Penal, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 652 por los abogados Vivian Sáez García y Vladimir Riesco Bahamondes, en representación de los querellantes, en contra de la sentencia definitiva de 7 de enero de 2.004, escrita a fojas 646 y siguientes, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación. Acordada contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quien fue del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido, por considerar, que en la especie, los sentenciadores de la mayoría del fallo de segundo grado, no han incurrido en error de derecho que amerite la invalidación solicitada, porque conforme con los antecedentes del proceso, resultaba procedente declarar la prescripción de la acción penal a favor de los procesados Rufino Rodríguez Carrillo y Paulino Flores Rivas, teniendo presente para así decidirlo los fundamentos siguientes:

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. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y 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 consta de los antecedentes, los hechos ocurren el día 23 de Diciembre del año 1973, en el sector de Molco, en la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli, en la Provincia de Valdivia, oportunidad en que pierden la vida a consecuencia de disparos por arma de fuego Hugo Rival Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, de 21 y 23 años de edad respectivamente, ambos se dice eran militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR, y fueron ultimados por los carabineros Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo, iniciándose la persecución penal el 10 de Mayo del año 2001, cuando habían transcurrido entre ambos sucesos, más de treinta años, período durante el cual los sentenciados, según el mérito de autos, permanecieron en el territorio nacional y no cometieron nuevo delito;

3°.- Que, en este caso, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, cuya pena es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen que la ley castiga con esa pena, el plazo de la prescripción es de quince años, término que en todo caso transcurrió en exceso como se evidencia de lo razonado en el motivo precedente;

4°.- Que, de esta forma ha operado la causal de extinción de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente: Art. 93. La responsabilidad penal se extingue: N° 6. Por 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 1973, 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, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados;

6°.- Que, como se ha expuesto en sentencias anteriores, y como lo hace la sentencia recurrida, se trata de establecer que aplicación en el caso concreto en examen tienen los Convenios de Ginebra de 1949, porque los hechos se habrían perpetrado y consumado,

presuntamente en estado de guerra interna, en virtud de lo previsto en el D. L. N° 5, de 12 de Septiembre de 1973, en especial de los artículos 3°, 146, 147 y 149 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, normativa que contiene la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las Partes Contratantes puedan haber incurrido respecto de graves infracciones, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, prohibición que alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal;

7°.- Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de Abril del mismo año, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, se aplican a conflictos armados que surjan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido (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.

El señor Jean Pictet, jurista internacional, a quien se considera uno de los autores principales de los Convenios de Ginebra, en comentario del Protocolo de 8 de Junio de 1977, adicional de los convenios de 12 de Agosto de 1949, citado por el voto de mayoría del fallo de esta Excma. Corte Suprema Rol N° 457-05, deja constancia que en lo concerniente a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II y el artículo 3° de esos convenios, reconocen 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 los que cabe destacar: a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión; y, d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes 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 Comité Internacional de la Cruz Roja 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 *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 Comité Internacional de la Cruz Roja 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" (cita en fallo de 4 de Agosto de 2005 en causa de esta Corte Suprema Rol N° 457-05);

8°.- El Protocolo II, Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de Octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1°, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1° del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los siguientes términos: "El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar"

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal

Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CICR, 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;

9°.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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 3° 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.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 5 de Octubre de 1973 existía un conflicto armado no internacional, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores no cometieron error de derecho al no aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

10º.- Que, la recurrente rechaza también la aplicación de la prescripción de la acción penal, lo que ratifican los sentenciadores de mayoría, invocando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de Febrero de 1972 y mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de Noviembre de 1976, realizándose su publicación en el Diario Oficial el 29 de Abril de 1989. Comenzó a regir entonces, el 23 de Marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma convención, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en la norma citada, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, a través de la publicación del correspondiente decreto promulgatorio en el Diario Oficial. Sostener lo contrario, significa crear e invocar otra forma de ficción jurídica, que se pretende se constituya en la creencia sin discusión en contrario, de la existencia y presencia de hechos y situaciones que no tienen sustento en la realidad, como si realmente lo fueran. El decreto ley en referencia no ha podido tener la virtud de producir esa transformación;

11º.- Que, los recurrentes sostienen, además, que en virtud de la aplicación del Pacto en referencia, los hechos investigados deben ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que por lo tanto son imprescriptibles conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Aducen, que la sentencia omite señalar cuales son los criterios que emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa no eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad;

12º.- Que, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución Nº 2391 (XXIII), de 26 de Noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo VIII.1, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, sin embargo, no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, y en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal;



13°.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, según el acta final de dicha conferencia y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de Noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7° y 8° las definiciones de crímenes de guerra y en su artículo 29 dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, no prescribirán. El estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, aplicadas por los sentenciadores de segundo grado;

14°.- Que, los hechos de la causa dicen relación con la realización de acciones que miradas imparcialmente, sin los extremos de las ideológicas, son ciertamente graves y reprochables, y desde luego merecen las sanciones que la ley nacional contempla, y aún de la ley internacional cuando ella haya sido admitida legal y constitucionalmente e incorporada al derecho nacional, pero sin que ello implique el quebrantamiento de los principios que informan y reglan la aplicación del Derecho Penal, entre ellos el de reserva o legalidad que garantiza que solamente la ley puede crear figuras delictivas y determinar sus penas, que los hechos imputados sólo pueden sancionarse como determinados delitos siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ocurren y que la ley penal al configurar y establecer delitos y penas, debe referirse a los hechos que los constituyen. Fluyen de estas reglas los principios de legalidad, irretroactividad y de tipicidad. Esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E. y de la disidencia, su autor.

Regístrese.

Rol N° 559-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Domingo Hernández E. No firman el Ministro Suplente Sr. Torres y el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido el período de su suplencia en esta Corte y por estar ausente, respectivamente.

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

Santiago, trece de diciembre de dos mil seis.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación, la siguiente sentencia de reemplazo:

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su fundamento noveno, que se suprime, al igual que los párrafos que se leen a continuación de la mención que se hace al Código de Justicia Militar, en los considerandos décimo y undécimo del fallo, hasta el final de éstos.

Asimismo, se reproducen los fundamentos primero y segundo de la sentencia anulada.

En las citas legales, se suprime las menciones a los artículos 52, 93 N° 6, 94 inciso 1, 95, 96 y 102 del Código Penal y 533 del Código de Procedimiento Penal.

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

**1°.-** Que, como quedó establecido en la sentencia de casación, los hechos se perpetraron y consumaron durante la vigencia del DL. N° 5, de 12 de septiembre de 1.973, vale decir, cuando el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna.

**2°.-** Que una de las consecuencias de este estado de guerra interna, es hacer aplicable la normativa del Derecho Internacional Humanitario, contenido fundamentalmente en los Convenios de Ginebra, de 1.949, ratificados por Chile mediante decreto supremo N° 732 (Relaciones Exteriores) y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1.951 y, por tanto, incorporados desde entonces a nuestro derecho interno.

El artículo 3°, común a todos los convenios, prohíbe -en el evento de ?conflicto armado sin carácter internacional?, que es el que vivía Chile a la época de comisión de los delitos investigado s en esta causa- ?en todo tiempo y lugar?, los atentados contra la vida y la integridad corporal ?especialmente el homicidio en todas sus formas?, considerado ?infracción grave? al tratado, en el artEl artículo 3°, común a todos los convenios, prohíbe -en el evento de ?conflicto armado sin carácter internacional?, que es el que vivía Chile a la época de comisión de los delitos investigado s en esta causa- ?en todo tiempo y lugar?, los atentados contra la vida y la integridad corporal ?especialmente el homicidio en todas sus formas?, considerado ?infracción grave? al tratado, en el artículo 147, quedando vedado a los contratantes autoexonerarse a sí mismos o a otras de las partes contratantes, a causa de tales infracciones.

**3°.-** Que la jurisprudencia de los tribunales con jurisdicción supranacional y en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimila a tales medidas de autoexoneración el instituto de la prescripción, en cuanto por su intermedio pueda producirse la impunidad de crímenes como los descritos en el contexto relacionado en la reflexión precedente.

**4°.-** Que, por otra parte, el Derecho Internacional ha elevado al carácter de principio la imprescriptibilidad de ciertas categorías de crímenes nefandos, entre los cuales las ?infracciones graves?, enumeradas en el artículo I de los Convenios de Ginebra,

declaración expresamente formulada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1.968 y en vigor desde 1.970, pero no ratificada por Chile.

**5°.-** Que el referido instrumento internacional, si bien no incorporado formalmente en nuestro derecho interno, da cuenta de un principio universalmente aceptado, que la aludida Convención se limita a declarar comportándose como simple expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, lo que confiere a la regla sobre imprescriptibilidad así consagrada, eficacia internacional, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que la contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado, como lo han resuelto la doctrina y la jurisprudencia especializadas, en la forma que se enuncia en las ponderaciones duodécima y siguientes de la sentencia invalidatoria recaída en la presente casación.

**6°.-** Que, sin perjuicio de lo que antecede, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantea la existencia de normas imperativas, reconocidas a nivel de derecho positivo, por primera vez, en el Convenio de Viena de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, conceptualizadas como aquéllas que la comunidad internacional en su conjunto reconocen como no susceptibles de acuerdo en contrario y que sólo son derogables por otra norma del mismo carácter (artículos 53 y 64). Esta Convención fue ratificada por Chile y se encuentra vigente desde el 9 de mayo de 1.981.

Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿la violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del Derecho Consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia? (Informe N° 62/02 de la citada Comisión, caso 12.285 ¿Michael Domínguez vs. Estados Unidos?, párrafo 49).

Pues bien, si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o ¿crímenes contra la humanidad?, categoría en la que cabe incluir el ilícito de autos, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**7°.-** Que la prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional, como sucede, verbigracia, con los crímenes internacionales declarados imprescriptibles en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma). Es así como en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión ¿crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados.

**8°.-** Que todo lo anterior conducirá al rechazo de la excepción de prescripción de la pena, hecha valer por la defensa de los procesados Flores y Rodríguez, con arreglo a los artículos 93 N° 6 y 94 del Código Penal, por pugnar su contenido con las normas y principios de derecho internacional, desarrollados en este fallo, que deben ser aplicados con preferencia.

**9°.-** Que, tampoco se acogerá la solicitud de la defensa de calificar los hechos que se han

dado por acreditados como constitutivos de homicidio simple, en atención a lo expuesto y razonado en los fundamentos 1° a 3° del fallo apelado y que esta Corte ha hecho suyos.

**10°.-** Que favorece a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo la circunstancia atenuante de irreproachable conducta anterior, la que se encuentra acreditada con el solo mérito de sus extractos de filiación y antecedentes exentos de anotaciones prontuariales, según consta de fojas 265 y 267.

No se prestará acogida a las restantes atenuantes invocadas por la defensa contenida en los numerales 5° y 10° del artículo 11 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar, por no encontrarse acreditado en autos sus fundamentos.

**11°.-** Que, sin embargo, aun cuando no haya sido alegada por la defensa, resulta procedente reconocer a los sentenciados la minorante de responsabilidad contemplada en el numeral noveno del artículo 11 del Código Penal, en su actual redacción, introducida por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2.002, habida consideración del expreso reconocimiento de los acusados acerca de la perpetración del hecho punible y las circunstancias que rodearon su comisión y participación en aquél, antecedentes que importan una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

**12°.-** Que respecto del acusado Hernán Salas Alarcón, atendido lo razonado en las motivaciones primera a tercera de la sentencia de alzada, incorporadas a ésta en virtud de lo prevenido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, resulta inoficioso hacerse cargo de las alegaciones formuladas por su defensa en el escrito de contestación, que corre a partir de fojas 531.

**13°.-** Que los dos acusados deben responder por sendos delitos de homicidio calificado, cometidos en concurso real y sancionados en el artículo 391, N° 1° del Código Penal con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, siéndoles aplicables a ambos la prescripción de acumulación material de penas de que da cuenta el inciso 1° del artículo 474 del mismo cuerpo legal.

Empero, por resultarles más beneficiosa, se aplicará a los condenados la regla del inciso 1° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de supuestos de reiteración de crímenes de la misma especie, lo que autoriza imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentadas en uno, dos o tres grados. Por concurrir en la especie dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, procede tener en cuenta en primer lugar, las normas de los artículos 62 y 68 del Código Punitivo, en lo pertinente y, en tal virtud, imponer la pena inferior en tres grados al mínimo de los señalados por la ley, atendido el número y entidad de dichas circunstancias, como para, a partir de esa apreciación y, considerando los hechos como un solo delito, aumentar la pena en un grado. En mérito de este mecanismo, la pena de presidio mayor en su grado medio queda transformada, por las minorantes que concurren en presidio menor en su grado medio, que, con el aumento en un grado previsto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, conduce a la penalidad que en definitiva se asignará a ambos acusados, esto es, cinco años de presidio menor en su grado máximo.

Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo que disponen los artículos 29 del Código Penal, 456 bis, 503, 504, 535, 547 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

**I.- Se revoca** la sentencia apelada de siete de agosto de dos mil tres, escrita a fojas 571 y siguientes, en cuanto declara prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de Hernán Salas Alarcón, individualizado en la causa, y se decide, en cambio, que **se lo absuelve** de la acusación formulada en su contra como encubridor de los homicidios de

Hugo Rivol Vásquez Martínez y de Mario Edmundo Superby Jeldres, perpetrado en la noche del 23 de septiembre de 1.973, en el interior del Fundo Molco, de la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

**II.- Se revoca**, asimismo, la referida sentencia, en cuanto absuelve a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo, individualizados en autos, y en su lugar se resuelve que **se condena** a cada uno de ellos a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, en calidad de autores de los delitos de homicidio calificado de Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, perpetrado en la noche del 23 de septiembre de 1.973, en el interior del Fundo Molco, de la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

**III.-** Que, atendido lo consignado en los informes de fojas 559 y 562, la conducta anterior y posterior a los hechos investigados por parte de los sentenciados, y por reunirse en la especie los presupuestos del artículo 17 de la Ley N° 18.216, se concede a los condenados el beneficio de la libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos al tratamiento y observación del delegado de Gendarmería, por el mismo tiempo de las condenas. En el evento de revocarse el beneficio concedido, deberán cumplir efectivamente la pena impuesta, para lo cual les servirá de abono el tiempo que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, entre el 4 y el 14 de febrero de 2.002, según consta de los partes policiales de fojas 179 y 181 y certificados de fojas 230 vuelta.

Acordada la decisión II con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros, quien estuvo por confirmar la sentencia absolutoria en virtud de sus fundamentos y de aquélla consignada en el voto de minoría de la sentencia de casación que precede.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. y de la disidencia, su autor.  
Rol N° 559-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Domingo Hernández E. No firman el Ministro Suplente Sr. Torres y el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido el período de su suplencia en esta Corte y por estar ausente, respectivamente