

Santiago, veintiocho de junio de dos mil siete.

VISTOS:

Disintiendo de la opinión del Ministerio Público Judicial, vertida en su informe de fojas 685, **se confirma** la sentencia de veinte de noviembre de dos mil seis, escrita de fojas 632 a 652.

Se previene que el Ministro señor Mera concurre a la confirmatoria pero sin compartir lo razonado en el motivo tercero del fallo en alzada, en cuanto desecha la alegación de amnistía hecha por el encausado. Tuvo presente para ello:

1º) Que luego de la comisión del delito de homicidio calificado de José Alfonso Constanzo Vera, hecho ocurrido el 21 de septiembre de 1973 en la ciudad de Talcahuano, se dictó el Decreto Ley 2.191, de 19 de abril de 1978, que concede la amnistía a las personas que indica por los delitos que señala, norma que se encuentra vigente y su génesis obedece a lo prescrito en el artículo 44 N° 14 de la Constitución Política de la República de 1925, vigente a la sazón, que establece que sólo en virtud de una ley se puede conceder la amnistía. Dicho texto legal señala:

“Artículo 1º.- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante de la vigencia de la situación de estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2º.- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia de este decreto ley se encuentren condenadas por Tribunales Militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Artículo 3º.- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1º, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, incendios y otros estragos, violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el Decreto Ley N° 280 de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4º.- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1º las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autor, cómplice o encubridores, de los hechos de los hechos que se investigan en el proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5º.- Las personas favorecidas por el presente decreto ley que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Ley N° 81, de 1973, para reingresar al país”.

2º) Que el delito de homicidio calificado configurado en autos, se encuentra comprendido entre

los delitos amnistiables a que se refiere el artículo 1° del Decreto Ley 2191 y fue cometido el 21 de septiembre de 1973, vale decir dentro del plazo de vigencia del Decreto Ley de amnistía, que corre entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Y a la fecha de dictación de la ley de amnistía -19 de abril de 1978- no se había sometido a proceso al encausado, hecho que se produjo el día 16 de septiembre de 2004, según consta de la resolución de esa fecha, escrita a fojas 275.

3°) Que de lo expresado precedentemente se concluye que, en la especie, concurren todos los requisitos exigidos por la ley nacional para reconocer a favor del procesado el beneficio de la amnistía, el cual extingue la responsabilidad penal, la pena y todos sus efectos, según lo dispone el N° 3 del artículo 93 del Código Penal.

4°) Que, según se ha encargado de consignar la doctrina de los autores, el Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinadas a ser aplicadas durante los conflictos armados internacionales y no internacionales, cuyo objeto es la protección de las víctimas de los conflictos armados y la limitación de los medios y métodos de conducción de las hostilidades. Sus características son: a) que sus normas sólo se aplican en situación de un conflicto armado; b) que estos conflictos pueden ser de carácter internacional o no internacional; y c) que las normas de protección son distintas cuando se trata de un conflicto de carácter internacional y no internacional.

5°) Que los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional denominados I Convenio para Mejorar la Suerte de los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, II Convenio para Mejorar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar, III Convenio sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, y IV Convenio sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, fueron ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 732 de 5 de diciembre de 1950 y publicados sucesivamente en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 23 de abril de 1951. Estos instrumentos establecen un conjunto de disposiciones aplicables a los conflictos armados internacionales y sólo excepcionalmente se refiere al caso de conflicto armado sin carácter internacional, en su Artículo 3° común a los cuatro Convenios.

6°) Que el Artículo 3° común a los cuatro Convenios previene que: “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.”

7º) Que el Artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949, es considerado como una Convención independiente, que posee un ámbito de aplicación propio, toda vez que se argumenta que si se aplica el artículo 3º -relativo a los conflictos armados sin carácter internacional- no se aplica el resto de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, que se refieren sólo a los conflictos armados internacionales y que, a su vez, si se aplican los Convenios, no se aplica el Artículo 3º.

8º) Que por otra parte, el alcance del artículo 3º se encuentra precisado en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Protocolo publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, el cual en su Título I, sobre el ámbito de aplicación material del Protocolo, en su artículo 1º, establece:

”1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) 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 presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

9º) Que, luego, es posible concluir que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, que surge 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 operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del Derecho Humanitario.

10º) Que de acuerdo a la jurisprudencia internacional, por una parte, la aplicabilidad del artículo 3º surge de la existencia de situaciones objetivas, de elementos fácticos, que califican una situación de violencia interna como conflicto armado sin carácter internacional, y no de

elementos subjetivos como lo es el mero reconocimiento o declaración de las partes en conflicto; y, por otra, que esta situación excepcional es de aplicación automática, ya que rige en cuanto surge un conflicto armado interno sin carácter internacional.

11°) Que de contrario se sustenta que en Chile hubo una guerra interna, afirmación que se funda en la existencia del Decreto 11°) Que de contrario se sustenta que en Chile hubo una guerra interna, afirmación que se funda en la existencia del Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial el día 18 de septiembre de 1973, que dispuso en su artículo único: “Declárase a partir de esta fecha, estado de sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operaran en la emergencia”; también en el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, publicado en el Diario oficial de 22 de septiembre de 1973, en el cual la Junta de Gobierno, teniendo en consideración: a) la situación de conmoción interna en que se encuentra el país; b) la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general; c) la conveniencia de dotar en las actuales circunstancias de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la ley 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión; y d) la necesidad de prevenir y sancionar vigorosamente y con la mayor celeridad los delitos que atentan contra la seguridad interior, el orden público y la normalidad de las actividades nacionales, acordó: “Declárase, interpretado 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.” Por su parte, el artículo 418 del Código de Justicia Militar dispone que “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o 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”.

12°) Que las normas mencionadas en el numeral que antecede, no sirven para demostrar la existencia de un estado de guerra interna, según lo que debe entenderse por ésta y conforme lo razonado en el considerando 9° de esta prevención, puesto que de los reproducidos motivos de la dictación del Decreto Ley N° 5 se infiere que se interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurren los presupuestos de un conflicto bélico armado no internacional en los términos consignados en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949.

13°) Que, desde luego, los hechos ocurridos en Chile luego de los sucesos del 11 de septiembre de 1973, no configuran un “conflicto armado no internacional”, como se ha expresado, pues no puede sostenerse que los opositores al nuevo gobierno se hayan organizado como fuerzas armadas y que hubiesen dado curso a hostilidades abiertas, y ello porque no se produjo ninguna división entre los cuerpos armados de la época, los que desde un comienzo, en su integridad, se mantuvieron bajo el mando de la Junta de Gobierno.

14°) Que, en consecuencia, no cabe aplicar en la especie los Convenios de Ginebra aludidos, y

por ello no hay obstáculo para hacer efectiva la ley de amnistía. Tanto así es que, tratándose de los “conflictos armados sin carácter internacional”, la amnistía es contemplada expresamente en el Protocolo Adicional II, en el N° 5 del artículo 6°, en cuanto previene que a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivo relacionado con el conflicto armado.

**Regístrese y devuélvase, con su tomo.
N° 1.064-2007.**

Dictada por **la Sexta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Sonia Araneda Briones e integrada, además, por el Ministro don Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga. No firma la Ministro señora Araneda, por encontrarse en comisión de servicio