

Santiago, catorce de noviembre de dos mil ocho.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia enalzada con excepción de sus fundamentos Décimo Séptimo, Vigésimo, Vigésimo Primero, Vigésimo Segundo, Vigésimo Tercero, y Vigésimo Cuarto, que se eliminan; además, del Décimo se excluyen el primer párrafo y el párrafo final de ese considerando, del Duodécimo se elimina el acápite final, quedando como punto (.) final del razonamiento el que sigue a la palabra “imprescriptibles”, del Décimo Tercero, se elimina el acápite final, quedando como punto (.) final de ese fundamento el que sigue al vocablo “ello”, del Décimo Quinto, el párrafo final de ese considerando, quedando como punto (.) final del basamento el que sigue a la palabra “sentenciado”.

**Y teniendo en su lugar y además presente:**

Situación del acusado José Rafael Aguirre Aguirre.

1° Que tanto en su declaración indagatoria como en los careos el encausado José Rafael Aguirre Aguirre, (fojas 369) sostuvo que no tuvo ninguna intervención en las ejecuciones y muertes de los detenidos Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, producidas en Porvenir en la noche del 29 de octubre de 1973, ni conocimiento o haber recibido una orden en ese sentido del Comandante Augusto Reijer Rago del Regimiento “Caupolicán” de Porvenir al que pertenecía con el grado de subteniente. Explicó que se enteró de las muertes de esas personas detenidas mientras se encontraba en la ciudad de Punta Arenas, adonde se había dirigido a conseguir provisiones, ampliar la cuota de combustible y comprar repuestos en el comercio.

2° Que los antecedentes que en contra de José Rafael Aguirre Aguirre existen en el proceso para atribuirle intervención como autor de los delitos de homicidio calificado de las víctimas, son los que se mencionan en las letras a), b) c), d, y e) del considerando Décimo ( modificado) de la sentencia en alzada.

3° Que, sin embargo, es preciso formular, en lo que se refiere a dichos cargos, las siguientes observaciones:

a) En cuanto en su declaración indagatoria reconoce que se desempeñaba en el Regimiento Caupolicán de Porvenir con el grado de Teniente, con la especialidad de material de guerra, no puede desprenderse ningún indicio de culpabilidad en los delitos, desde que, enseguida, manifiesta que sólo supo de las muertes de los detenidos mientras se encontraba en la ciudad de Punta Arenas.

b) Su Hoja de Vida de fojas 548 a 550, se limita en lo pertinente a la anotación de 30/ XI / 73 de conducta que hace el Comandante del Regimiento Coronel Augusto Reijer Rago, y nada agrega sobre los delitos indagados, la cual expresa que “durante los hechos del 11 de septiembre

de de 1973, le cupo ser destacado en Cerro Sombrero, para custodiar las instalaciones de la ENAP. Apenas recibió la orden, obedeció de inmediato, demostrando total fe en sus superiores y una obediencia y disciplina íntegra y sin vacilaciones. El celo y acuciosidad en el desempeño de sus misiones, como la prontitud, oportunidad y rapidez con que las cumplió demuestran que es un oficial absolutamente confiable en todo sentido. La iniciativa desplegada, a pesar de las escasas fuerzas colocadas a su disposición, permitió evitar acciones extremistas funestas en las instalaciones del petróleo. Nota 650 (seis cincuenta) en el concepto antes mencionado.

c) En los careos del encartado José Rafael Aguirre Aguirre con el actualmente fallecido Luis Alberto Arata Campodónico, y los encausados Miguel Pablo Muñoz Uribe y Juan Antonio Ortiz Toledo, de fojas 432, 434 y 436, respectivamente, mencionan al acusado José Rafael Aguirre Aguirre como la persona que, según los dos primeros, luego de reunirse alrededor de las 23.00 horas, en la oficina del coronel Reijer; y el tercero, el acusado Ortiz Toledo, luego que alrededor de las 19.50 horas, el Coronel Reijer le notificara que debía estar operativo para una misión que debían cumplir a la madrugada siguiente, se les ordenó sacar del Regimiento y ejecutar a tres prisioneros políticos que se encontraban detenidos, los que fueron trasladados en un vehículo de la unidad hasta un lugar que los dos últimos denominan "Las Mercedes", y luego de bajarlos, según Arata y el acusado Ortiz, mediando la orden del teniente Aguirre se les dispara, enterrando enseguida los cuerpos, para volver a dar cuenta al Regimiento del cumplimiento de lo ordenado.

Sin embargo, en dichas declaraciones Arata y el encausado Muñoz Uribe, no están contestes en una circunstancia relevante que habría sucedido, según el dicho del segundo, esto es, en el hecho que al momento de la reunión que mencionan, en la que habría estado el teniente Aguirre Aguirre, en la oficina del comandante Reijer, donde reciben la orden de éste de dar muerte a los prisioneros, en tanto Muñoz Uribe indica que el comandante y el Segundo del Regimiento asistente también la reunión, discutieron al parecer con motivo de la orden de dar muerte a los detenidos, retirándose este último de la cita, en cambio, el hoy fallecido Arata solo señala que en la referida reunión se les ordenó ejecutar a tres prisioneros políticos, sin mencionar el hecho de la discusión entre los dos más altos oficiales superiores, supuestamente por el destino ordenado por el comandante; reunión en la cual, según Muñoz Uribe, Arata había estado también presente. Discordancia que, sin duda, determina cuestionar la absoluta verosimilitud de las declaraciones en cuanto implican al encausado José Rafael Aguirre Aguirre.

4° Que para determinar si el encausado José Rafael Aguirre Aguirre, tuvo responsabilidad en calidad de autor en los delitos de homicidio calificado establecidos en el proceso, es preciso tener además en consideración los elementos de juicio que no se contienen en la sentencia recurrida, y que constituyen consideraciones para valorar, al efecto de acuerdo a la prueba rendida en el plenario por la defensa, en la que testigos legalmente interrogados, sin tacha, y que dan explicación de sus dichos, aseveran:

a) Jaime Elías Telgie Sadi, a fojas 822, indica que en el mes de octubre de 1973 residía en la ciudad de Punta Arenas y se desempeñaba como Comandante de la Compañía de Material de Guerra de la V División del Ejército de Chile; que el 29 de octubre de 1973 se encontraba en la ciudad de Punta Arenas, y ese día efectivamente lo acompañó el subteniente Aguirre, en horarios normales de trabajo, el que, por la actividad que desarrollaba concurría periódicamente a las

instalaciones en las cuales se encontraba, lo que puede precisar pues recuerda que en esa oportunidad había un oficial de apellido Rojas que estaba de cumpleaños y se juntaron ambos a invitarlo para participar en el cumpleaños;

b) Francisco Javier Sánchez Mulatti, a fojas 823, quien expresa que en la época residía en la ciudad de Punta Arenas, se desempeñaba como funcionario del Banco del Estado, donde ejercía su profesión; que el día 29 de octubre de 1973, el señor Aguirre gestionaba un crédito en el Banco, por lo cual dentro del horario de funcionamiento a público de la sucursal recuerda haberlo visto, lo que recuerda porque días antes él se encontraba en comisión de servicio en Santiago, y en la fecha señalada había regresado a retomar sus funciones en el Banco en la ciudad de Punta Arenas.

c) Patricio Efraín Ismael Rojas Sáenz, a fojas 826, quién asevera que a la época residía en la ciudad de Punta Arenas, desempeñándose como oficial de Ejército, ayudante del Comandante de Batallón de Telecomunicaciones N° 5 de la “Patagonia”, con el grado de subteniente. Que el día 29 de octubre de 1973 se encontraba en Punta Arenas. Efectivamente, ese día el subteniente José Aguirre lo acompañó, encontrándose a partir de las 20:00 horas en el casino de Guarnición, lugar al cual concurrían todos los oficiales solteros, para celebrar la víspera de su cumpleaños. Recuerda dicha situación, por tratarse de su último cumpleaños como soltero.

d) Luis Alberto Zúñiga Figueroa, a fojas 828, manifiesta que en ese período residía en la ciudad de Punta Arenas, desempeñándose como oficial de Ejército, Comandante de sección de soldados conscriptos regimiento “Patagonia”. El día 29 de octubre de 1973 se encontraba en la ciudad de Punta Arenas.

Que, efectivamente, acompañó al subteniente Aguirre a una actividad social entre las 20:00 a 02:00 horas del día siguiente, consistente en la celebración del cumpleaños de un oficial. Recuerda este hecho, pues siempre que el oficial Aguirre venía en comisión de servicio desde la ciudad de Porvenir, alojaba en su pieza.

e) José Agustín Soto Silva, a fojas 829, el que señala que en ese tiempo residía en la ciudad de Punta Arenas, desempeñándose como oficial de Ejército, con el grado de Subteniente del Batallón de Telecomunicaciones N° 5, “Patagonia”; que el día 29 de octubre de 1973, se reunieron en horas de la tarde en el casino de la Guarnición para celebrar el cumpleaños de un oficial de la Unidad; que efectivamente el subteniente Aguirre participó de la reunión, aproximadamente desde la 20:00 a 20:30 horas: se trataba de una cena de camaradería, en la cual esperaban las 12:00 de la noche para celebrar el cumpleaños del festejado. Por ser el oficial menos antiguo de la unidad, asevera el testigo, le correspondió organizar la celebración y recuerda que se preparó la cena, en la que participó el subteniente Aguirre.

f) Ciro Nahuel Jofré Niño de Zepeda, a fojas 832, quien además de ratificar sus declaraciones de fojas 244 y 547 de autos, precisa que lo por él declarado en relación con los hechos de este proceso, fue consignado en su oportunidad mediante una declaración que hizo al abogado Raúl Vivar Uribe en el año 1985, donde señaló que la orden de dar muerte a las víctimas fue del comandante Reijer y los ejecutores materiales fueron los ya señalados. En lo atinente, en

su declaración de fojas 245, asevera que el día 30 de octubre de 1973, al llegar en la mañana al regimiento “Caupolicán” de Porvenir, del que era de segundo comandante interino, después de rendir cuenta al comandante del regimiento coronel Reijer, éste le señaló que si sabía lo que había pasado en la noche, explicándole que no sabía nada y que le contara, respondiéndole el coronel que se habían arrancado del regimiento tres detenidos, a los que por no obedecer la orden de alto le habían dado muerte, lo que había ocurrido alrededor del Cordón Baquedano y que esa misma información oficial se había enviado a Punta Arenas, manifestándole que los muertos eran Ramón González Ortega, Germán Cárcamo Carrasco y Carlos Biagorri Hernández, respectivamente; que al preguntar él por sus cuerpos, el coronel le respondió que habían quedado allá en el mismo Cordón Baquedano; que expresó su molestia por lo sucedido al coronel, ya que, además, las familias iban a consultar porqué se les dejó en ese lugar y la forma en que murieron, que no era lógico que se les dejara en dicho lugar, respondiéndole su superior: “bueno usted encárguese de eso”; que llamó a las personas que estaban involucradas en este hecho los que eran “un sargento Arata, un cabo Ortiz y un tal Muñoz”, pero no está seguro si ese era su apellido, y un cuarto, del cual solo se recuerda en forma física no más -.

Indica el testigo Jofré Niño de Zepeda que se encontraba a cargo de los detenidos el sargento Arata que dependía directamente del coronel Augusto Reijer. Que recuerda al subteniente Aguirre como integrante del Regimiento, el que no se encontraba en Porvenir sino Punta Arenas el día de los hechos, esto es, el 29 de octubre de 1973, lo que le consta por haber sido en la época el segundo comandante administrativo, y el subteniente Aguirre el oficial administrativo que fue enviado en comisión de servicio a la ciudad de Punta Arenas en busca de material; además, como segundo comandante él recibía cuentas todas las mañanas del personal que se encontraba en la unidad, para dar cuenta de ello al comandante, por lo que le consta que no se encontraba ni ese día ni el anterior, ya que había partido el fin de semana.

Agrega que en esa fecha él personalmente se preocupó que los ejecutores, que fueron Arata, Muñoz y Ortiz, fueran a buscar los cadáveres, para ingresarlos a la morgue, realizar la autopsia por el médico para su sepultación, lo que estuvo bajo la supervisión del coronel Reijer. Añade que su superior era el comandante Reijer, y al tomar conocimiento por parte de él, en la mañana, al ingresar al servicio, mantuvieron una fuerte discusión tanto en el patio como al interior de su oficina, donde le hizo ver que no era lógico y razonable su intención de mantener bajo la fuerza a la población del sector y abusar del poder de la forma en la cual lo estaba haciendo. Respecto del superior jerárquico del coronel Reijer, el general Torres, asevera que llegó a la unidad al día siguiente de ocurridos los hechos y tomó conocimiento de lo acontecido.

En lo pertinente sostiene que él era el jefe directo del subteniente Aguirre como segundo comandante del Regimiento, sin que aquél tuviera relación con los detenidos, debido a que por un hecho acontecido con uno de ellos en Cullen, el propio coronel Reijer le ordenó no tener más contacto con los prisioneros; por último indica que eventualmente Aguirre podría haber estado de guardia, pero que la custodia le correspondía al sargento Arata, al sargento Ortiz y al cabo Muñoz, además de un sargento primero cuyo nombre no recuerda; y el atestado de,

g) Raúl Eduardo Rosas Echenique, fojas 834, quien refiere que el funcionario que estaba a cargo de los detenidos era un suboficial, podría ser el suboficial Leal y en lo atinente expresa que no le consta que el subteniente Aguirre haya tenido una relación directa con los prisioneros o que

hubiese estado a cargo de ellos, además que por su función de oficial de material de guerra tenía otras actividades.

5° Que tales declaraciones judiciales constituyen un notorio debilitamiento del mérito probatorio de la prueba de cargo señalada por el juez de primera instancia en el considerando Décimo de la sentencia apelada, y deriva del atento examen de las declaraciones de los testigos que depusieron en el plenario, prueba que la sentencia del “ a quo” no consideró, en cuanto a la posible presencia del acusado José Rafael Aguirre Aguirre en Porvenir, entre los otros tres ejecutores de las víctimas; puesto que con tales declaraciones de testigos contestes hay antecedentes indiciarios de que pudo haberse encontrado el acusado Aguirre el día y hora del traslado desde el Regimiento Caupolicán hasta el lugar de la ejecución de los homicidios de las víctimas, en un lugar determinado de la ciudad de Punta Arenas, esto es, al otro lado del Estrecho de Magallanes que separa esta ciudad de la de Porvenir en la isla de Tierra del Fuego, todo lo cual constituye una suma de antecedentes probatorios opuestos con las imputaciones de los demás acusados, conjunto de elementos de prueba todos los cuales si bien no conducen a la certeza de una total inocencia de José Rafael Aguirre Aguirre, son de tal entidad e impone dudas tan razonables y graves, que impide a la Corte formarse aquél juicio de convicción que exige la ley como necesario para poder condenar.

En consecuencia, el acusado José Rafael Aguirre Aguirre deberá ser absuelto de la acusación que contra él se ha pronunciado en la causa.

En cuanto a las penas a aplicar a los acusados Juan Antonio Ortiz Toledo y Miguel Pablo Muñoz Uribe.

6° Que a los acusados Juan Antonio Ortiz Toledo y Miguel Pablo Muñoz Uribe, por la reiteración de los delitos de homicidio calificado de los cuales son responsables, les es más favorable la aplicación del precepto del artículo 509 inciso primero del Código Procesal Penal, esto es, imponerles la pena privativa de libertad correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en un grado, considerando desde luego lo dispuesto en el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, por ser más de dos las circunstancias atenuantes que les favorece y no haber agravantes que los perjudiquen, puesto que así les resulta una pena menor que si se les castigara de acuerdo al sistema que señala el artículo 74 de ese Código.

7° Que en razón de lo expuesto esta Corte discrepa del parecer del Fiscal Judicial que ha pedido a fojas 977 que se confirme esta sentencia sin modificaciones.

#### **En cuanto a lo civil.**

8° Que para una adecuada resolución de las alegaciones opuestas por el demandado Fisco de Chile, debe tenerse especialmente presente que se ha ejercido por los querellantes y demandantes civiles de autos don Dieter Franz Jesús Baigorri Kuvacic y María Gregoria Hernández Ponce, la acción civil de indemnización de perjuicios, que le permite constituirse como parte civil en el proceso penal, al haber el delito de homicidio calificado de Carlos Raúl Baigorri Hernández producido el daño moral que reclaman, lo que lleva a determinar el sistema

jurídico que les ofrece - como directamente ofendidos - poder participar en el mismo dentro del propio proceso penal.

9° Que, lo anterior y para los efectos de resolver acerca de los hechos investigados y las normas atinentes a ellos, llevará al sentenciador a razonar más adelante la entidad que se le ha atribuido al delito, fuente del perjuicio cuya indemnización se solicita por el hijo y la madre de la víctima, tal como esto se acredita con los certificados de defunción y de nacimiento acompañados a fojas 423 y 424 de la ampliación de fojas 425, de la querrela de autos

10° Que, así, el primer aspecto que se debe considerar, es la razón de justicia material que permite la intervención de los querellantes y demandantes civiles, tanto en la investigación penal como en la civil que ahora se analiza.

11° Que tal justicia material fluye de manera clara al considerar que gracias a la intervención en lo civil dentro del proceso penal, hace que la demanda indemnizatoria siga la suerte de lo penal, por integrarse dentro del propio proceso lo penal determinante; y, en consecuencia, significa que, por un primer orden de cosas, el acopio de pruebas del proceso penal deben recibir una valoración en la parte civil y, en segundo término, la integración permite resolver ambos aspectos de responsabilidad involucrados.

12° Que, además, la razón de justicia material resuelve el trato a la víctima que, como sujeto de derechos les deben éstos ser reconocidos, conforme a la entidad con que han sido conculcados por los agentes del delito.

Que no está demás recordar que la reparación a la víctima y a sus familiares de los perjuicios sufridos por ellos, forma parte de una institución de vasto alcance jurídico, cuyas disposiciones forman parte de todo el sistema de Derecho.

Desde luego, por un primer aspecto, es la más íntegra sanción de orden civil en contra de los hechos contrarios a la sana convivencia jurídica; y, por un segundo orden de cosas, es una efectiva medida aseguradora en contra de la contingencia en el orden patrimonial.

Por el primer aspecto - como sanción - además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, también está instituida implícitamente al hablarse de responsabilidad, y es precisamente en esta clase de hechos ilícitos donde mejor se expresa el carácter de sanción.

13° Que, enseguida, la conclusión precedentemente referida determina que si el perjudicado por el delito ha recurrido a la alternativa de integrar su demanda civil dentro del propio proceso penal, debe recibir del sistema jurídico todo el marco de derechos, con sus efectos o consecuencias, que se encuentren estrechamente relacionados y sean atinentes al desarrollo de la investigación y juzgamiento penal.

14° Que, así las cosas, teniendo en consideración, como ha quedado sentado en esta sentencia, el carácter de delito de lesa humanidad el sufrido por Carlos Raúl Baigorri Hernández, ello determina que los daños causados, la posibilidad de restablecimiento de los derechos, y, en suma los móviles de la indemnización reparatoria, no se limiten simplemente al

análisis de ésta en si, sino que se extiende hasta el descubrimiento de la verdad determinante del ilícito, provocándose de esta forma la realización de la justicia material que se ha pedido al tribunal.

15° Que, en consecuencia, la categoría de crimen de lesa humanidad del delito de homicidio calificado sufrido por el señor Baigorri Hernández establecido en este proceso, en cuanto a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también - en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para “conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001, citada anteriormente), - los convenios o tratados internacionales “que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional y de buena fe (*bonna fide*), (*pacta sunt servanda*), regla de derecho internacional que se considera *Ius Cogens*, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país, desde el 27 de enero de 1980, la cual establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas...; página 231).

16° Que, de esta forma, el derecho de las víctimas y de sus familiares de recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno chileno, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

17° Que el artículo 6° de la misma Carta Fundamental, la cual forma parte, al igual que la disposición constitucional antes referida, de las “Bases de la Institucionalidad” - por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la Jurisdicción - ordena que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, e indica el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución.

18° Que, además, el mismo artículo 6° enseña que “los preceptos de esta Constitución Obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Y concluye señalando que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

19° Que, en consecuencia, no conformándose las disposiciones invocadas por el Fisco de Chile, para eximirse de responsabilidad, a la batería normativa internacional que se ha analizado con ocasión del crimen de lesa humanidad, cometido en contra de la víctima plenamente aplicables por este aspecto y siendo ellas prevalentes sobre el Derecho Interno, se rechaza la excepción de incompetencia absoluta formulada por el Fisco de Chile, por resultar inatente en la especie y por este aspecto la disposición del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, como se ha razonado en razón de la categoría internacional que tiene el delito.

20° Que, del mismo modo, resultan inatinentes las normas del Derecho Interno previstas en el Código Civil, sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente las víctimas y familiares de éstas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.

21° Que, enseguida, corresponde resolver la alegación por parte del demandado civil Fisco de Chile, de la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado, en los términos expuestos en la demanda civil, al invocar el demandante, dice el Fisco de Chile, un conjunto de normas constitucionales y legales, otorgándoles un sentido y alcance que nunca tuvo presente el legislador, las que además carecerían de fundamento lógico, negándole aplicación a las normas del Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, por el carácter público de dicha responsabilidad.

22° Que, a fin resolver adecuadamente dicha alegación planteada por el Fisco de Chile, a juicio de este sentenciador, se deben analizar dos aspectos que son básicos; primero, determinar la fuente de la obligación indemnizatoria que se demanda, y, en segundo término, si existe fundamento para concluir que el Estado de Chile debe soportar el cumplimiento de reparar los daños ocasionados.

Por el primer aspecto, como se sabe, las fuentes de las obligaciones civiles son el contrato o acuerdo de voluntades tendiente a crear actos jurídicos, el cuasi contrato, el delito, el cuasidelito, o la ley.

Sin duda, en la actualidad, hasta el más convencido positivista del Derecho Internacional Público reconoce la existencia del delito de lesa humanidad, no tan sólo como Principio Internacional, sino como norma del Derecho Internacional Público y la noción de crimen de lesa humanidad produce, como consecuencia de ello, en el ámbito del ordenamiento jurídico, la obligación para el Estado de respetar los tratados sobre la materia, de acuerdo al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, lo que significa el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado.

En consecuencia, la responsabilidad que pesa sobre el Estado en esta materia proviene en efecto, de la ley.

Pero tal obligación de responsabilidad indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de violación de los Derechos Humanos, no sólo en cualquier ley, sino en una de rango mayor como lo es la Constitución Política de la República; y no solamente deriva de ésta, sino de los Principios Generales de Derecho Humanitario y de los tratados como expresión concreta de los mismos.

Enseguida, en estos casos el Estado se encuentra obligado a soportar el pago de la indemnización reparatoria en forma directa, en virtud a la relación de derecho público entre él y la víctima y los familiares de ésta, deber que se centra en la reparación de los daños producidos



por la violación en materia penal de los Derechos Humanos, pues, no se puede alcanzar en esto una comprensión precisamente humana e integral, sin tener presente en este aspecto a la víctima y su familia.

Que, en efecto el “corpus iuris” referido ha establecido la responsabilidad del Estado en materia de violación de los Derechos Humanos en forma directa, es decir, sin que sea dependiente de la responsabilidad de los agentes de éste; o bien, al concepto dado por el derecho administrativo de falta de servicio, es decir, establecer “ una mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración” (Pedro Pierre Arrau, “La responsabilidad Extracontractual del Estado”, Revista del Consejo del Estado, año I, julio de 2000 N° 1, página 13).

23° Que, también debe desecharse lo alegado por el Fisco de Chile, de que solamente cabe aplicar las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, porque la Constitución de 1980, como la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Ley 18.575, son de fecha posterior a los hechos.

En efecto, además de lo razonado anteriormente, de lo que se concluye que las normas del derecho común interno se aplican sólo si no están en contradicción con la fuente de la obligación del Estado de reparar a las víctimas y a sus familiares de las graves violaciones a los derechos humanos, obligación estatal que proviene de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario, también bajo la Carta de 1925, Chile era un Estado Constitucional de Derecho, al igual que bajo el imperio de la Constitución de 1980, y le era también exigible la congruencia de aquélla con los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho Internacional; así Chile era, desde antes de los hechos de autos, signatario de la Carta de las Naciones Unidas “ y se encontraba vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios”. Y, “junto a todos los demás Estados suscribieron la DECLARACION DE TEHERAN de 1968, a través de la cual auto vincularon para ser efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: “Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertados fundamentales”. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. (Humberto Nogueira Alcalá – Las Constituciones Latinoamericanas,...Anuario de Derecho Constitucional, Edición 2000, Editorial CIEDLA, página 183).

El fundamento anterior, además de permitir el rechazo de la alegación que por este aspecto hace el Fisco de Chile, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los Derechos Humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de la persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, que consagran la responsabilidad del Estado, las que al tener tal carácter priman por sobre otra disposición. Preceptos a los cuales el tribunal se encuentra sujeto al decidir lo sometido a su conocimiento y resolución, pues en su función éste debe conformarse

primero a la batería normativa constitucional e internacional aceptada por Chile en esta materia, la cual establece claramente la responsabilidad estatal.

24° Que, en relación con el daño moral sufrido por el hijo y la madre de la víctima Carlos Raúl Baigorri Hernández, esto es, los demandantes civiles señor Dieter Franz de Jesús Baigorri Kuvacic y la señora María Gregoria Hernández Ponce, es un hecho evidente que al haber sufrido el primero la muerte de su padre cuando solamente tenía cuatro años de edad, quedando sólo junto con su madre, la cual debió afrontar su cuidado y mantención, sin poder éstos, como también la madre de la víctima recurrir al derecho básico de exigir el oportuno esclarecimiento del crimen a la justicia, permite constatar la existencia del daño moral que se reclama de su parte, y, apreciando el tribunal prudencialmente su monto se determina el mismo en la cantidad de \$ 50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para cada uno de los demandantes civiles, más reajustes desde la fecha de la demanda e intereses desde la fecha en que el presente fallo se encuentre ejecutoriado.

Y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve:

#### **En cuanto a lo penal:**

**I. Se revoca** la sentencia apelada de fecha dieciocho de enero de dos mil ocho, escrita a fojas 905 y siguientes en cuanto por su decisión 2 condena a José Rafael Aguirre Aguirre, como autor de los delitos de homicidio calificado de Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, perpetrados en la ciudad de Porvenir, Tierra del Fuego, el día 29 de octubre de 1973, y se declara que queda absuelto de la acusación formulada en su contra.

**II. Se confirma** en lo demás apelado en la parte penal apelada el mismo fallo, con las siguientes declaraciones:

**A.** Se eleva a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargo y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa la pena a Juan Antonio Ortiz Toledo, sanción que se le impone como autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, perpetrados en la ciudad de Porvenir, Tierra del Fuego, el día 29 de octubre de 1973.

**B.** Se eleva a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargo y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa la pena a Manuel Pablo Muñoz Uribe, sanción que se le impone como autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Ramón Domingo González Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, perpetrados en la ciudad de Porvenir, Tierra del Fuego, el día 29 de octubre de 1973.

C. Que atendido el monto de la pena privativa de libertad impuesta a los sentenciados Juan Antonio Ortiz Toledo y Miguel Pablo Muñoz Uribe, éstas deberán cumplirla efectivamente y se les contará desde que se presenten a cumplirlas o sean habidos, sirviéndoles de abono el reconocido en la sentencia de primera instancia.

**En cuanto a lo civil:**

Que **se revoca** en su parte civil esta misma sentencia y se resuelve que se hace lugar, con costas, a la demanda civil del primer otrosí de fojas de autos, solo en cuanto se condena al demandado Fisco de Chile, representado en estos autos por el Consejo de Defensa del Estado, a título de indemnización por concepto de indemnización de daños morales, las siguientes sumas de dinero:

\$50.000.000 (cincuenta millones de pesos), para Dieter Franz de Jesús Baigorri Kuvacic;

\$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para María Gregoria Hernández Ponce.

Las sumas antes señaladas en cada caso se pagarán debidamente reajustadas desde la fecha de las respectivas demandas, hasta el mes anterior al del pago efectivo, más intereses desde la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada hasta la fecha del pago efectivo.

Acordada la decisión de absolución del acusado José Rafael Aguirre Aguirre, con el voto en contra de la Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik, quien fue de parecer de confirmar en esa parte el fallo condenatorio de primera instancia en virtud de lo propios fundamentos de la sentencia en alzada.

Acordadas las decisiones de condena con el voto en contra de la ministro señora Maggi, quien estuvo por absolver a los procesados Juan Antonio Ortiz Toledo y Miguel Pablo Muñoz Uribe de los cargos formulados en su contra, como autores de los delitos de homicidios calificados de Ramón Domingo Gonzalez Ortega, Germán Simón Cárcamo Carrasco y Carlos Raúl Baigorri Hernández, y, consecuencialmente, desestimar las acciones civiles intentadas, porque en su opinión, pese a encontrarse acreditada la existencia de esos dos delitos y la participación de aquéllos, las respectivas acciones penales se han extinguido por prescripción.

Tiene para ello en consideración:

a) Que los ilícitos de que se acusa a las personas nombradas constituyen efectivamente delitos de homicidios calificados a los que al artículo 391 N° 1° del Código Penal asigna la pena de presidio perpetuo, y que según el artículo 94 del mismo cuerpo legal, prescriben en quince años desde la fecha de su perpetración.

b) Que el plazo de prescripción de la acción penal comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. En este caso, se ha logrado establecer con certeza, durante el curso de la investigación, que los homicidios de que se trata fueron cometidos el día 29 de octubre de 1973, de manera que a la época en que la acción penal pública se dirigió en contra de los procesados, el treinta de mayo de 2005, en que se presentó la primera querrela deducida en su contra, había transcurrido ya un plazo superior a quince años, sin que existan antecedentes que

permitan suponer que los acusados hubieran cometido un nuevo delito que pueda haber interrumpido la prescripción, ni que otro procedimiento se hubiera dirigido en su contra con el mismo objeto, la hubiese suspendido.

c) Que, en esta situación, cabe concluir que ha operado a favor de ambos encausados la causal de extinción de responsabilidad penal prevista en el número 6° del artículo 93 el Código Penal, norma que no ha sido modificada ni derogada por ningún tratado internacional que Chile haya aprobado con anterioridad a la comisión de los ilícitos investigados en esta causa, ni durante el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal.

d) Que, en efecto, en ninguna parte de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Internacional, de 12 de agosto de 1949, 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, se establece la imprescriptibilidad de los delitos cometidos en situación de conflicto armado interno.

Dichos convenios establecen un conjunto de disposiciones aplicables a los conflictos armados internacionales y excepcionalmente se refieren al caso de conflicto armado sin carácter internacional, en su Artículo 3° común a los cuatro Convenios, que dispone lo 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.”*

Además, el Artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949, es considerado como una suerte de Convención independiente, que posee un ámbito de aplicación propio, puesto que se sostiene que si se aplica el artículo 3° -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 3°.

e) Que el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el Acta de Rectificación del Estatuto Original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre del mismo año, en su artículo 29, establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre ellos los crímenes de guerra y de lesa humanidad, son imprescriptibles. Pero este Estatuto no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos

investigados, ni lo es ahora, por no haber sido aprobado por Chile, de manera que no puede estimarse modificatorio de las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, ni menos puede aplicarse con efecto retroactivo.

f) Que 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° 2.391, de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, tampoco ha sido suscrita ni aprobada por Chile, por lo que no pudo alterar tácita ni expresamente, la citada norma del Código Penal.

g) Que, por último, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1953, vigente a la fecha de perpetración de los homicidios investigados en esta causa, si bien en su artículo 2° expresa que se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados, entre ellos, la matanza de miembros de un grupo, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su artículo 4° expresa, que las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la convención y especialmente establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio.

El Estado de Chile no ha dado aún cumplimiento a este compromiso internacional, encontrándose pendiente en el Congreso Nacional un proyecto de ley nacional sobre el genocidio, por lo que en virtud de los principios de reserva, tipicidad e irretroactividad que informan el Derecho Penal, solo es posible sancionar los hechos establecidos en esta sentencia de acuerdo al tipo penal de homicidio calificado, de acuerdo a la legislación vigente en el país.

**Se aprueba** el sobreseimiento definitivo consultado a fojas 813 de autos.

Regístrese y devuélvase.

Rol Corte N° 1.772-2.008.

Redacción del Ministro, señor Jorge Zepeda Arancibia y de las disidencias sus autoras.

Pronunciada por la **Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, integrada por los Ministros señora Rosa María Maggi Ducommun, señor Jorge Zepeda Arancibia y Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik.