

Santiago, seis de noviembre del año dos mil ocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes excepciones:

a) Se eliminan los acápites segundo y tercero del considerando Décimo Noveno;

b) Asimismo, se suprime el motivo Vigésimo Primero.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1º) Que no cabe en el presente caso estimar como muy calificada la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de ser irreprochable la conducta anterior de los dos sentenciados, habida cuenta de que para que ello pudiere considerarse, deberían concurrir circunstancias de excepción en lo tocante al modo de conducirse en los diversos ámbitos en que se desarrollaron antes de la perpetración de los ilícitos que se les atribuye, esto es, en sus respectivos medios social, laboral y familiar, además de no tener anotaciones penales previas en sus respectivos prontuarios, lo cual no está probado. Por lo tanto, la conclusión es que la minorante en cuestión es la corriente a que hace referencia el artículo 11 del Código Penal, en su número 6;

2º) Que, en esas condiciones, al no concurrir sino una circunstancia atenuante de responsabilidad penal en favor de los sancionados Ceballos Jones y Cáceres Jorquera, sin que les perjudique alguna agravante, la pena que corresponde aplicarse debe serlo en su rango mínimo, esto es, presidio menor en su grado máximo;

3º) Que, por otro lado, debe consignarse que en la especie concurren, en relación con los referidos sentenciados, los requisitos que exige el artículo 15 de la Ley Nº18.216, y por lo tanto se hace procedente otorgarles el beneficio de libertad vigilada. En efecto, la pena privativa de libertad que les corresponde es superior a dos años, y no excede de cinco; los reos no han sido condenados pre viamente por crimen o simple delito, y finalmente, los antecedentes del proceso, así como su conducta anterior y posterior al hecho punible y muy especialmente la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectivamente readaptación y resocialización de los beneficiados.

Consecuencialmente, se les concede, como se indicó, tal modalidad de cumplimiento alternativo de la sanción privativa de libertad, y se establecerá un plazo de tratamiento y observación por la unidad correspondiente de Gendarmería de Chile, por el término de cuatro años para cada uno de ellos;

4º) Que, por las razones expuestas, esta Corte no comparte la opinión del Sr. Fiscal Judicial, contenidas en su dictamen de fs.3561, en cuanto es de parecer de confirmar sin modificaciones el fallo en alzada;

5º) Que, finalmente, y en cuanto a la sección civil, y tocante al instituto jurídico de prescripción de la acción civil, cabe precisar que en conformidad con el artículo 2493 del Código Civil, “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.

Dicha circunstancia fue hecha notar en el fallo de primera instancia por el Sr. Ministro en Visita a cuyo cargo estuvo la tramitación del presente proceso;

6°) Que lo anterior, sin lugar a dudas, alude a una presentación formal de aquel que quiera aprovecharse de la prescripción de las acciones, en el presente caso, la acción civil que fuera entablada en relación con el sentenciado Ceballos Jones. Como se trata de una excepción y de naturaleza civil, ella debe opuesta de modo formal e incidental, y ha de dársele entonces la tramitación de aquellas cuestiones que son accesorias en todo juicio.

En efecto, dicha persona no ha alegado formalmente la prescripción de la acción civil, y solamente vino a plantearse dicha materia a raíz de la apelación entablada contra la sentencia definitiva, lo cual no puede entenderse como una alegación formal, puesto que su interposición debe dar lugar a una tramitación incidental, como se anticipó, esto es, debe escucharse a la contraparte, por tratarse de la prescripción de una acción civil y no penal, del tal suerte que esta Corte la tiene por no alegada en forma, y por ello mantiene la decisión que al respecto se adoptó en primer grado.

Por estas consideraciones y en virtud, asimismo, de lo que disponen los artículos 510, 514 y 527 del Código Penal, **se confirma** la sentencia apelada, de treinta del mes de abril del año dos mil siete, escrita a fs.3393 y siguientes, con declaración que **Edgar Benjamín Cevallos Jones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera** quedan condenados, cada uno de ellos, a sufrir la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del proceso, como coautores de los delitos por los que se les acusó, descritos en el fallo de primer grado.

Concurriendo los requisitos del artículo 15 de la Ley N°18.216, se concede a ambos sentenciados el beneficio de libertad vigilada, estableciéndose un tratamiento y observación por la unidad correspondiente de Gendarmería de Chile por el término de cuatro años, debiendo además ambos penados cumplir con todas y cada una de las exigencias del artículo 17 de la Ley N°18.216, sin excepción alguna.

Para el caso de que los sentenciados debieren cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad impuesta a cada uno de ellos, se les computará el abono que se les reconoce en el fallo de primera instancia.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Montiglio, quien estuvo por absolver a los encausados Edgar Benjamín Cevallos Yones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera de los cargos que les fueron formulados en la acusación de autos y además, consecuentemente, por rechazar las demandas civiles interpuestas en su contra, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°) Que, el disidente comparte las conclusiones del juez a quo en cuanto a la existencia de los hechos punibles investigados, su calificación jurídica y a la participación y responsabilidad de coautores atribuida a los procesados Edgar Benjamín Cevallos Yones y Ramón Pedro Cáceres

Jorquera, la que a su juicio se encuentra suficientemente acreditada, como se consigna en la sentencia de primera instancia.

2°) Que, las defensas de los procesados Edgar Benjamín Cevallos Yones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera al contestar las respectivas acusaciones deducidas en contra de éstos, opusieron, por vía principal, la excepción de prescripción de la acción penal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 94 y 95 del Código Penal, fundada en que habría transcurrido con creces el plazo de 5 años que se exige para que prescriba la acción penal para simples delitos, término que cabría contar desde la fecha de comisión del último delito que se les atribuye a sus defendidos - hecho que habría ocurrido en el mes de enero de 1975 - y hasta la fecha de iniciación de la presente causa, ocurrida el día 03 de abril de 2001.

3°) Que, la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación en nuestro país que tiene como fundamento inmediato el simple transcurso del tiempo y responde a objetivos de paz social y seguridad jurídica, eliminando de esta manera la incertidumbre de las relaciones judiciales penales entre el posible autor del delito y el Estado.

4°) Que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en los artículos 93 N° 6, 94, 95 y 96 del Código Penal, se dispone, en lo que a estos autos interesa, que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal, que el plazo de prescripción de los simples delitos es de cinco años, que el término de prescripción comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito y que la prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente un simple delito.

5°) Que del mérito del proceso se desprende que efectivamente ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal de los delitos investigados en autos, de conformidad a las alegaciones efectuadas por las defensas de los procesados y que se han consignado en el motivo segundo de esta disidencia, por lo que cabe concluir que se encuentra extinguida la responsabilidad penal que pudiera haber existido de parte de los encausados respecto de los hechos de la causa.

6°) Que, la conclusión referida en el considerando anterior no contraviene norma internacional convencional, consuetudinaria ni de *ius cogens*, ya que no existe norma alguna que haya derogado expresa o tácitamente lo dispuesto en las disposiciones de derecho interno mencionadas.

7°) Que, el disidente estima, contrariamente a lo sostenido por el juez a quo, que no son aplicables a los hechos investigados en esta causa los Convenios de Ginebra de 1949, por no haberse perpetrado y consumado éstos en estado de guerra interna, discrepando del alcance que se les confiere a lo previsto en el Decreto Ley N° 5 y Decreto Ley N° 641, y en especial lo dispuesto en los artículos 3°, 146 y 147 de La Convención Sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra.

Además a su juicio en dichos convenios no existe norma de las cuales pueda desprenderse la derogación de la prescripción de la acción penal en delitos de tormentos causando lesiones graves, como son los establecidos en autos, ya que no contienen prohibición alguna al respecto.

8°) Que, en efecto, los cuatro 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 de 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, 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,

9°) Que, el Artículo 3° común a los cuatro Convenios previene: 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: “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; y
- 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.”

10°) Que, 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 relativas a los conflictos armados internacionales.

11°) Que, además, el alcance del artículo 3° 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 1°, establece:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3° 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.”

12°) Que, de la interpretación de las disposiciones consignadas precedentemente, se infiere que para estos efectos “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.

13°) Que, la aplicabilidad del artículo 3° es automática, ya que rige en cuanto surge un conflicto armado interno sin carácter internacional y este se desprende de la concurrencia 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.

14°) Que, en orden a establecer la existencia del estado de guerra interna y que haría aplicable el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra a los hechos investigados en esta causa, habría que tener en consideración los siguientes antecedentes:

a) 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 atendida la situación de conmoción interior que vivía el país, la Junta de Gobierno de la República de Chile en artículo único dispuso:

“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.”

b) La existencia del 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 con 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:

“ARTÍCULO 1° 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.”

Para una mejor comprensión del alcance de las disposiciones invocadas resulta conveniente recordar que el artículo 418 del Código de Justicia Militar dispone:

“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”.

15°) Que, las disposiciones señaladas precedentemente son insuficientes para tener por acreditado en el proceso que en la época en que se cometieron los hechos investigados en esta causa, el país se encontraba en un estado de guerra interna, esto es, que hubiere existido en Chile una confrontación bélica entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados y que estuvieren bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio nacional, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, puesto que de la motivación misma de la dictación del Decreto Ley N° 5 ya citado, se infiere que dicha norma interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el solo efecto de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra, sin que en realidad concurran 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.

Las autoridades de la época recurrieron a ese arbitrio para enfrentar la situación de conmoción interna que en esos días se vivía en el país, mantener el orden público y la normalidad de las actividades nacionales, y además para reprimir y sancionar con mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país, declarando el estado de sitio, por la causal de guerra interna, entre otras razones para activar la jurisdicción militar en tiempo de guerra.

16°) Que, cabe tener presente que el tratadista Renato Astrosa al referirse al estado o tiempo de

guerra, en su libro Jurisdicción Penal Militar, sostiene que: “Estado o tiempo de guerra. El concepto de “estado o tiempo de guerra” se encuentra definido por el legislador en el artículo 418 del Código, y de acuerdo con él existe tal estado o tiempo: a) cuando se ha declarado oficialmente la guerra, lo que requiere una ley y un Decreto Supremo (art. 72 N° 15 de la Constitución Política); b) cuando se ha declarado oficialmente el estado de sitio, ya sea por ataque exterior (art. 72, N° 17 de la Constitución Política), pero debiendo entenderse en este caso que es necesario que existan fuerzas rebeldes o sediciosas militarmente organizadas (art. 419 inc. 2°); c) cuando de hecho existiere la guerra; y d) cuando se haya decretado la movilización para la guerra.”

17°) Que, la situación vivida por el país con posterioridad a los sucesos del 11 de septiembre de 1973, en caso alguno configura un “conflicto armado no internacional”, como se ha expresado, ya que la verdad histórica es que 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, puesto que desde un comienzo las Fuerzas Armadas y de Orden, en su integridad, se mantuvieron bajo el mando de la Junta de Gobierno.

18°) Que, no encontrándose probado en este proceso que los delitos investigados en autos se hayan cometido durante un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional, puesto que los hechos delictuosos se produjeron en circunstancias que el país se encontraba en una situación de tensión grave que originó que el Estado declarara el estado de sitio y utilizara la fuerza armada para mantener el nuevo orden, con la consiguiente suspensión de las garantías judiciales fundamentales, lo que produjo un elevado número de detenciones, no cabe aplicar en la especie, como se ha señalado, los Convenios de Ginebra, ni el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, complementado por el Protocolo Adicional II, que rige para los casos de “conflicto armado no internacional”.

Por otra parte, aún en el caso de que se estimara aplicable el artículo 3° común, forzoso es consignar que éste no contiene elemento incriminatorio alguno específico de las violaciones a las normas en ellos dictadas, como sí ocurre en el resto de las normas de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, aplicables a casos de “conflicto armado internacional”, al consignar las infracciones graves y que se consideran crímenes de guerra”, conforme al artículo 85, párrafos 2 y 5 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y de acuerdo con las normas sobre represión de dichas infracciones, contenidas en los artículos 49 y siguientes, 50 y siguientes, 129 y siguientes, y 146 y siguientes de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra, respectivamente, y Protocolo Adicional I, que sólo para el caso de existir conflicto armado internacional, consagran los principios de responsabilidad personal individual, de la responsabilidad internacional del Estado y los principios de perseguir judicialmente al culpable y de juzgarlo, según se desprende de lo consignado en dichas normas, cuyo tenor es el siguiente:

“I. Generalidades.-

“Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o

den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves del presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

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

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

“Los inculpados gozarán en toda circunstancia de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra.

”II. Infracciones Graves.-

”Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio internacional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción o apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

”RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES CONTRATANTES

”Ninguna Parte contratante podrá exonerarse así misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante, respecto de las infracciones previstas en el artículo anterior.”

19°) Que, en consecuencia, preciso es concluir que el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a los “conflictos armados sin carácter internacional”, no contiene elemento incriminatorio alguno de las violaciones a las normas en él dictadas, ya que no contemplan expresamente las bases para la criminalización internacional de las conductas, ni la jurisdicción universal sobre los individuos responsables, como sí ocurre por el contrario, como se ha señalado, en el régimen jurídico establecido en los Convenios de Ginebra para los conflictos armados internacionales, en los que se establece el concepto de “infracciones graves” equiparadas al concepto de “crímenes de guerra”, establecido en el artículo 85 del Protocolo I de 1977 -no vigente a la época de los hechos-, caracterizado por dar lugar a los principios de la responsabilidad penal individual, de la responsabilidad internacional del Estado y de perseguir judicialmente al culpable.

20°) Que, no impide la aplicación de la prescripción de la acción penal a los hechos investigados en esta causa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa

Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, puesto que en dichos Tratados no existe ninguna norma prohibitiva de aplicar la prescripción.

Además, dichos Tratados no se encontraban vigentes a la fecha de la perpetración de los hechos investigados, puesto que sólo entraron a regir en el país una vez publicados en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, 29 de abril de 1989 y 26 de noviembre de 1988, respectivamente. Darle aplicación importaría contrariar el principio de la irretroactividad de la ley penal, consagrado en el artículo 19, número 3, inciso 7° de la Carta Fundamental y en el artículo 18 del Código Penal, y en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, publicada en el Diario Oficial de 22 de julio de 1981.

21°) Que tampoco es obstáculo para la aplicación de la prescripción de la acción penal en el caso de autos, la modificación introducida al artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980, en el sentido de que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la constitución así como los tratados internacional es ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, puesto que dicha modificación fue introducida el 17 de agosto de 1989, con posterioridad a la comisión de los delitos investigados.

Dar aplicación a los tratados y convenciones internacionales, con efecto retroactivo, en perjuicio de los imputados, vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el artículo 19, número 3, inciso 7° de la Carta Fundamental y ratificado por el artículo 18 del Código Penal.

22°) Que, si bien 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, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° las definiciones de “crímenes de guerra” y “crímenes de lesa humanidad” y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se haya cometido, no es menos efectivo que la referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable en la especie.

23°) Que, igualmente, aún cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma 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 de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de “crímenes de lesa humanidad” y “crímenes de guerra”, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, no es menos efectivo también que 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.

24°) Que, tampoco es posible sostener que a la época de ocurridos los hechos investigados en autos, los ilícitos señalados tendrían la calidad de imprescriptibles, en virtud de que tal carácter sería atribuible en mérito de la costumbre internacional existente en la época, por constituir una

práctica general de la comunidad internacional con la convicción de que ella responde a una obligación jurídica, ya que tal conclusión se encuentra desvirtuada por la circunstancia de que la Convención Sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, ya referida, sólo ha sido ratificada por un grupo menor de Estados a la fecha de ocurrencia de los hechos de autos, y la realidad es que a tal fecha, las legislaciones de los países varían en materia de prescripción, algunas carecen completamente de ella, otras la aplican a todos los delitos, mientras que otras prevén excepciones a las normas de prescripción con respecto a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad.

Atenta contra los principios fundamentales del Estado de Derecho que la figura de crimen contra la humanidad tenga el carácter de un crimen internacional en virtud de norma de derecho internacional consuetudinario, puesto que ello contraría el principio de legalidad, conforme al cual no sólo la circunstancias de la conducta punible han de estar determinadas por la ley, sino que también la clase de pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho.

25°) Que, finalmente, si bien en derecho internacional se acepta que sea fuente del mismo el *ius cogens*, es decir, normas imperativas de derecho internacional general, que limita el principio de autonomía de los estados, no es posible calificar de imprescriptibles los delitos contra la humanidad a la época de los hechos, y concluir que su penalización es obligatoria de conformidad con el derecho penal internacional, puesto que como se ha visto, la imprescriptibilidad no es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados de 1969, la que por lo demás entró en vigencia en Chile con posterioridad a la ocurrencia de los hechos investigados.

26°) Que, nadie puede ser condenado por delito sino cuando el juez que lo juzga haya adquirido, por los medios de prueba legal la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.

27°) Que, en cuanto a las acciones civiles interpuestas en contra de los demandados Edgar Benjamín Cevallos Yones y Ramón Pedro Cáceres Jorquera, no teniendo los encausados responsabilidad penal en los hechos investigados carecen de responsabilidad civil ya que ésta última es sólo consecuencia de la anterior, de conformidad a lo prevenido en el artículo 2.314 del Código Civil.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos .
Redacción del Ministro Mario D. Rojas González y del voto disidente su autor.

Rol N° 5174-2007.

No firma el abogado integrante señor González, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y al acuerdo del fallo, por ausencia.

Pronunciada por la **Novena Sala** de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Víctor Montiglio Rezzio e integrada por el ministro señor Mario Rojas González y el abogado integrante señor Patricio González Marín.