

Santiago, seis de mayo de dos mil nueve.-

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

A: Se eliminan los considerandos Duodécimo, Vigésimo Quinto, Vigésimo Séptimo, Vigésimo Noveno, Trigésimo, Trigésimo Quinto, Trigésimo Sexto y Trigésimo Octavo;

B: En el basamento Vigésimo Tercero se suprime la frase “por las defensas de los acusados”

C: En el racioinio Vigésimo Octavo se suprime la indicación “ y Jeldres Rodríguez;”;

D: En el motivo Trigésimo Primero se eliminan los dos últimos apartado.

E: En las citas legales se suprimen las de los artículos 30, 52 del Código Penal y 211 del de Justicia Militar, y se las adiciona con las de los artículos 28 y 103 del Estatuto Penal; 509 del de Procedimiento Penal y 1698 del Código Civil.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1°.- Que los elementos de convicción reunidos en la causa para establecer la existencia de los delitos investigados y la participación de los encartados, consignados en los basamentos octavo y siguientes del fallo en alzada, legalmente apreciados, resultan insuficientes para concluir de ellos que al procesado Jeldres Rodríguez le haya correspondido alguna forma de participación criminal que lo haga merecedor de sanción penal, la que de acuerdo a lo expresado en el fallo de primer grado (considerando duodécimo, eliminado por esta sentencia) habría consistido en que este encartado no habría realizado “gestión alguna tendiente a prestar asistencia médica a las víctimas, ni ninguna diligencia destinada a esclarecer lo ocurrido y las responsabilidades en ellos.” Sin embargo, dada la forma como ocurrieron los hechos, establecidos en el raciocinio noveno del fallo, y el relato del acusado (fundamento undécimo) no aparecen evidencias que éste haya estado siquiera en situación de prestar algún tipo de asistencia a las víctimas, y de otra parte, la circunstancia de no haber desplegado con posterioridad alguna conducta tendiente a esclarecer los hechos tampoco permite desprender participación criminal de su parte, pues no se encuentra tal hipótesis en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 17 del Código Penal.

2°.- Que, en consecuencia, acogiéndose la petición de la defensa de este procesado, se procederá a absolverlo de la acusación que le ha sido formulada en este proceso, y en atención a ello, se omitirá, por ser improcedente, el análisis de las alegaciones subsidiarias formuladas en su escrito de descargos.

3°.- Que, por otra parte, en relación a la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, que fuera reconocida en favor del reo Gajardo Arenas, cabe tener presente que la misma corresponde a un caso de obediencia debida, siendo su tenor el siguiente:

”Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico...”

Luego, para la concurrencia de la minorante es preciso que concurren los siguientes requisitos:

1. Existencia de una orden impartida por un superior;
2. Que dicha orden sea relativa al servicio y, según el artículo 421 del mismo Estatuto, se entiende por **“acto de servicio” todo “el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas”**;
3. Que sea dada en uso de atribuciones legítimas y
4. Que si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito se le ha representado por el inferior e insistida por el superior.

Requisitos todos que no se presentan en el caso sub lite, puesto que el procesado era precisamente el oficial al mando del contingente que concurrió al lugar donde se cometieron los delitos pesquisados, y, si se atiende a su indagatoria, él tampoco recibió orden alguna para cometer estos deleznable crímenes.

En todo caso, es necesario tener presente que no puede estimarse como una orden del servicio el matar a personas que se encontraban indefensas a su merced.

4°.- Que esta Corte no comparte el parecer de la Fiscalía Judicial que en su informe de fs.1.224 estima que concurre en la especie la agravante de responsabilidad contemplada en el numeral once del artículo 12 del Estatuto Penal, puesto que la misma exige para su establecimiento que el delito sea cometido valiéndose del apoyo de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, no siendo ninguna de estas hipótesis la de estos crímenes, ya que en ellos intervino exclusiva y directamente un contingente policial sin apoyo de terceros.

5°.- Que corresponde estimar en favor del procesado Gajardo la circunstancia especial de atenuación de pena contemplada en el artículo 103 del Código Penal, la cual, conforme a al texto legal constituye un supuesto de atenuante muy calificada de responsabilidad criminal, que autoriza rebajar la pena fijada por la ley en uno, dos o tres grados, correspondiendo advertir que si bien se le denomina “prescripción gradual” no se trata en el hecho de una norma sustantiva de prescripción, sino de una especial de atenuación, que incide en la intensidad del reproche penal, pero no lo excluye.

6°.- Que no existen otras circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que analizar en esta causa.

Por tratarse de delitos reiterados de la misma especie y siendo más beneficioso para el encartado se le impondrá una pena única, conforme a la regla establecida en el artículo 509 del Estatuto Procesal, para lo cual se elevará la sanción en un grado en atención a la reiteración de delitos, procediéndose a continuación a rebajarla en dos grados, conforme autoriza el artículo 103 del Código Penal, anteriormente expresado, resultando así a aplicar la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

7°.- Que, finalmente, en lo penal, se rechaza la concesión de alguno de los beneficios a que se refiere la ley N°18.216, porque la extensión de la pena que se impondrá a Gajardo Arenas impide su otorgamiento.

8°.- Que con lo razonado esta Corte se ha hecho cargo del parecer de la Fiscalía Judicial contenida en el informe de fs.1.224.

9°.- Que en el orden civil, haciéndose cargo este tribunal de la excepción de incompetencia absoluta del juez penal para conocer de la demanda civil interpuesta en la causa, planteada por el Consejo de Defensa del Estado, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 10 del Código Penal, en su texto actual, luego de la modificación introducida al mismo por la Ley N° 18.857 de 6 de diciembre de 1989, el que preceptúa:

“ Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.”

10°.- Que esta materia ha sido ya objeto de análisis por la Excma. Corte Suprema, la que ha razonado al efecto, en síntesis, del siguiente modo:

Que de conformidad con el tenor actual del precepto se puede colegir que las condiciones en que debe deducirse la acción civil dentro del proceso penal aparecen limitadas en cuanto a su amplitud y extensión, si se compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos, del texto anterior.

Es así como sólo podrá accionarse civilmente ante el juez del crimen en cuanto se fundamente la demanda en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las conductas de los procesados, o bien, que sean consecuencias próximas o directas de dichas conductas.

Por ende, la acción civil no puede extenderse a extremos ajenos a las conductas que constituyen el hecho punible.

Así las cosas, no procede sino concluir que el juez del crimen está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que proceden de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad.

En el caso en estudio, se fundan las acciones deducidas en la responsabilidad objetiva y directa del Estado; esto es, en circunstancias ajenas al comportamiento de los autores de los ilícitos que se persiguen, excediendo, por ende, la limitación impuesta por el legislador en el texto del citado artículo 10, correspondiéndole, en estricto derecho su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

11°.- Que los fundamentos anteriormente expresados son motivo suficiente para acoger la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, siendo improcedente el análisis de los restantes motivos invocados por éste para desestimar la acción entablada.

Atendida esta conclusión y por la misma razón la Corte no emitirá pronunciamiento respecto al fondo de esta demanda.

12°.- Que, seguidamente en relación a la excepción de prescripción extintiva civil opuesta por el procesado Gajardo Arenas, la cual corresponde a la de cuatro años establecida en el artículo 2332 del Código Civil, y en subsidio, la de cinco años contenida en el artículo 2515 del mismo cuerpo legal, ésta debe ser desestimada, en virtud de las consideraciones que se contienen en el basamento tercero del fallo que se revisa.

En efecto, es preciso tener presente que el delito de homicidio calificado cometido en contra de personas que tenían en común la calidad de ser opositores al régimen militar de facto instalado en Chile en 1973, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos, ratificados y vigentes en nuestro país, constituyen en el hecho ejecuciones llevadas a cabo en forma extrajudicial, al margen de la juridicidad, y por ende, se trata de crímenes internacionales imprescriptibles.

13°.- Que sobre la materia la Excma. Corte Suprema igualmente ha emitido numerosas decisiones, resolviendo al respecto del siguiente modo:

A: Sentencia de 26 de octubre de 1995: *“Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos para aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente”*.

B: Sentencia dictada el 30 de enero de 1996: *“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 sea desconocidos”*.

C: Sentencia dictada el 9 de septiembre de 1998: *“El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio 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. Y en cuanto al Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido”*.

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso 2°, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”;

14°.- Que sin perjuicio de lo hasta ahora razonado, debe advertirse que la actora no ha estado exenta en el orden civil de su obligación legal de rendir prueba

suficiente para justificar la existencia del daño moral alegado y la consiguiente evaluación del perjuicio pretendido, como lo manda el artículo 1698 del Código Civil, máxime si se tiene en consideración que no existen en este caso lazos consanguíneos entre la demandante y las víctimas, pues se trata de la nuera y cuñada de éstas, ignorando este Tribunal la cercanía y afecto que pudo existir entre ellos y consiguientemente, el dolor que por su pérdida pudo padecer la actora.

Lo anteriormente reflexionado conduce necesariamente al rechazo de la demanda civil intentada, lo cual se hará sin costas, tal como ha sido resuelto por el a quo.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 510, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de trece agosto dos mil ocho, escrita a fs.1124 y siguientes, en cuanto por ella se condena al procesado Patricio Enrique Jeldres Rodríguez como encubridor de los delitos de homicidio calificados de Ricardo Raúl Lagos Reyes, Alba Sonia Ojeda Grandón y Carlos Eduardo Lagos Salinas, y en su lugar se declara que **se le absuelve** de dichos cargos.

Se revoca asimismo el fallo apelado en cuanto acoge la demanda civil interpuesta, y en su lugar se resuelve que **se acoge la excepción de incompetencia absoluta** formulada por el Fisco de Chile, y **se rechaza** la demanda civil interpuesta por Patricia Violeta Paredes Parra en contra de Luis Gajardo Arenas y Patricio Jeldres Rodríguez.

Se confirma en lo demás apelado, y se aprueba en lo consultado la antedicha sentencia, con declaración que se eleva la pena que por ella se impone al procesado **Luis Guillermo Gajardo Arenas** como autor de los expresados delitos de homicidio calificado a **doce años** de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y pago de las costas de la causa.

Atendida la extensión de la pena impuesta se deja sin efecto el beneficio alternativo otorgado a este procesado, debiendo cumplir efectivamente la sanción impuesta, lo que hará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el lapso de privación de libertad que el fallo de primer grado señala.

El juez a quo reabrirá la investigación con el objeto de establecer la participación y consiguiente responsabilidad criminal de Juan Guillermo Toro Dávila en los delitos objeto de este proceso.

Finalmente, **se aprueba el sobreseimiento parcial y definitivo** de fecha doce de agosto de dos mil ocho, escrito a fs. 1123, por muerte de Marquez Rodolfo Riquelme Echeverría.

Se previene que el Ministro señor Mera concurre a la revocatoria y a la consiguiente absolucón de Patricio Enrique Jeldres Rodríguez pero teniendo además presente que cualquier responsabilidad penal que pudiera afectarle se encuentra extinguida por la prescripción y cubierta por la amnistía concedida por el D.L. 2.191, según se explicará a propósito de la disidencia que sigue.

Acordada, en la confirmatoria, contra el voto del Ministro señor Mera, quien estuvo por absolver a Luis Guillermo Gajardo Arenas de la acusación formulada en su contra como autor de los delitos de homicidio calificado en perjuicio de Ricardo Raúl

Lagos Reyes, Alba Sonia Ojeda Grandón y Carlos Eduardo Lagos Salinas, cometidos en Chillán el 16 de septiembre de 1973. Tuvo presente para ello:

A) Que los ilícitos de autos efectivamente constituyen tres delitos de homicidios calificados en las personas antes mencionadas, en los que cabe responsabilidad como autor a Luis Guillermo Gajardo Arenas, ilícitos que por tratarse de crímenes a los que la ley asigna la pena de presidio perpetuo, conforme al artículo 391 N° 1° del Código Penal, prescriben en quince años desde la fecha de su comisión, conforme lo señala el artículo 94 del mismo cuerpo legal, en su inciso primero.

B) Que los referidos ilícitos fueron cometidos todos el 16 de septiembre de 1973, iniciándose la presente causa el 22 de agosto de 1990, como consta de fojas 2 del Tomo I-A, razón por la cual debe concluirse que ha transcurrido el plazo fijado por la ley para la prescripción de dichos delitos, lo que importa la absolución del acusado ya dicho.

C) Que se ha pretendido en la especie aplicar el Derecho Internacional Humanitario a los hechos investigados en esta causa, para así soslayar la prescripción de los delitos de autos. Empero, aún aplicando dicha normativa, debe concluirse lo ya razonado, esto es, que los delitos que se conocen en estos autos están prescritos.

D) Que, en efecto, 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 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. Estos convenios establecen un conjunto de disposiciones aplicables a los conflictos armados internacionales y sólo excepcionalmente se refieren al caso de conflicto armado sin carácter internacional, en su Artículo 3° común a los cuatro Convenios.

E) 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:

“1. Las personas que no participan 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.”

F) Que, 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°.

G) Que, entonces, no se establece en ninguna parte de estos convenios la imprescriptibilidad de los delitos cometidos en situación de conflicto armado interno.

H) Que 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, en sus artículos 7 y 8 define los “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. Y sabido es 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. Por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

I) Que, además, 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 cierto que la referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha. En consecuencia, no resulta aplicable en la especie y, por lo tanto, al igual que en el caso anterior, no ha tenido la virtud de modificar, ni tácita ni expresamente, el Código Punitivo.

J) Que, de otro lado, 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 -no menciona a un grupo político-, 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 en la actualidad pendiente ante el Parlamento un proyecto de ley nacional sobre el genocidio, el que no ha logrado su objetivo, de modo que a la época de los hechos no era posible configurar el delito de genocidio y ante tal situación sólo corresponde

sancionar los hechos establecidos en esta sentencia de acuerdo al tipo penal de homicidio calificado, de conformidad a la legislación interna del país.

K) Que, consecuentemente, procede la absolución del encausado Gajardo Arenas, a pesar de encontrarse probados tanto la existencia de los delitos referidos como su participación en éstos como autor, por estar las respectivas acciones penales extinguidas por la prescripción.

L) Que, además, luego de la comisión de los delitos de homicidio calificado de Ricardo Raúl Lagos Reyes, Alba Sonia Ojeda Grandón y Carlos Eduardo Lagos Salinas, hechos ocurridos el 16 de septiembre de 1973, 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 establecía que sólo en virtud de una ley se puede conceder la amnistía. Dicho texto legal señala:

“Artículo 1°.- 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 2°.- 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 3°.- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, 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 4°.- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1° 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 5°.- 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 3° del Decreto Ley N° 81, de 1973, para reingresar al país”.

M) Que los delitos de homicidio configurados en autos, se encuentran comprendidos entre los delitos amnistiables a que se refiere el artículo 1° del Decreto Ley 2191 y fueron cometidos, como se dijo, el 16 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 a los encausados, hecho que se produjo recién el 11 de marzo de 2003, según consta de la resolución de esa fecha, escritas a fojas 299 del Tomo II.

N) Que de lo expresado precedentemente se concluye que, en la especie, concurren todos los requisitos exigidos por la ley nacional para reconocer a favor de los procesados 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.

Ñ) Que, como se ha expuesto, y 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.

O) 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, como ya se dijo, 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 y ya transcrito, el que es considerado -como también se señaló- una Convención independiente, que posee un ámbito de aplicación propio.

P) Que por otra parte, 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, 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.”

Q) 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.

R) Que de acuerdo a la jurisprudencia internacional, por una parte, la aplicabilidad del artículo 3° 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.

S) Que algunos sustentan que en Chile hubo una guerra interna, afirmación que la fundan en la existencia del Decreto Ley N° 3 de 11 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 operarán en la emergencia”; y, sobre todo, 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.”

T) 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 Q de esta disidencia, 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.

U) 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.

V) 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. E incluso, aún

sosteniéndose su aplicación, 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 sus cuadernos

Redacción del acuerdo, la Ministro Dobra Lusic y de las prevenciones y del voto de minoría, su autor.

No firma el Abogado señor Asenjo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

N° 4.359-2.008.

Dictada por la Quinta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro don Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante don Rodrigo Asenjo Zegers.