

Santiago, nueve de junio de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 45.306-B, rol del ingreso criminal del Juzgado de Letras de Lautaro, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Fernando Carreño Ortega, de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, que se lee a fs. 813, se absolvió a los acusados Jaime Rowe Del Río y Luis Manuel Mario Javier Guerra Eissman, al primero como cómplice de los **delitos de homicidio calificado de Aníbal Burgos Sepúlveda y Julio Hadad Riquelme y, al segundo, como autor del delito de homicidio calificado de Eligen Ponce Arias**. En el mismo fallo se condenó a Jorge Nibaldo Del Río Del Río como autor de los delitos de homicidio calificado de Aníbal Burgos Sepúlveda, Julio Hadad Riquelme y Eligen Ponce Arias, cometidos el 27 de septiembre de 1973 en la comuna de Lautaro.

Impugnado dicho fallo por la vía del recurso de apelación, una de las Salas de la Corte de Temuco, por sentencia de cuatro de agosto de dos mil ocho, escrita a fs 890, lo confirmó en lo apelado y lo aprobó en lo consultado.

En contra de esta sentencia, el abogado Carlos Cortés Guzmán, por el acusado Jorge Nibaldo Del Río Del Río, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, el primero fundado en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y, el segundo, en las causales 1ª, 5ª y 7ª del artículo 546 del mismo cuerpo legal.

El recurso de nulidad formal fue declarado inadmisibile y el de casación en el fondo fue ordenado traer en relación por resolución de treinta de septiembre de dos mil ocho, escrita a fs. 1.023.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 775 del Código de Enjuiciamiento Civil, aplicable a la materia criminal por mandato del artículo 535 de su homónimo adjetivo penal, autoriza a los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

SEGUNDO: Que, durante el estado de estudio de la presente causa se advirtió la existencia de deficiencias que pudieran dar lugar a una casación de forma de oficio, razón por la cual no se invitó a alegar a los abogados que comparecieron a estrados en su oportunidad.

TERCERO: Que el dictamen recurrido, al confirmar pura y simplemente la sentencia de primera instancia, conservó las consideraciones que éste contiene, así como las penas impuestas al sentenciado recurrente.

CUARTO: Que, el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal contempla como causal de casación formal el que la sentencia no haya sido extendida en la forma dispuesta por la ley.

Por su parte, el artículo 500 del mismo código dispone que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: *“4° Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”*. Este requisito le es también obligatorio al pronunciamiento de segundo grado simplemente confirmatorio, con arreglo a lo que estatuye el artículo 527 del mismo cuerpo de leyes, cuando le impone al tribunal de alzada el deber de tomar en consideración las cuestiones de hecho, pertinentes y comprendidas en la litis, aunque no las incluya el fallo en revisión o, en todo caso, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al

caso, conforme lo previene el artículo 43 del de enjuiciamiento criminal, en cuya virtud le ordena al tribunal de segunda instancia, completar las sentencias apeladas, cuando éstas no reúnen todos o alguno de los requisitos indicados en dicha norma, uno de los cuales es precisamente la de contener las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento.

La observancia de tales imposiciones constituyen las necesarias reflexiones que deben servir de sustento al veredicto en todos sus extremos y que como requisitos indispensables que exige el legislador, tienden a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento, así como a proporcionar a los litigantes los elementos que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos a través de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos. (En este sentido, SCS N° 6251-05, de veintiocho de mayo de dos mil siete y SCS N° 2760-08, de treinta de septiembre de dos mil ocho).

QUINTO: Que, en la especie, el fundamento sexto del fallo de primera instancia, reproducido por el de segunda, al establecer los hechos constitutivos de la participación culpable del acusado Jorge Del Río Del Río, no explica de un modo claro cómo a través de los indicios que enuncia logra concluir los sucesos que describe en su acápite primero. En efecto, se omite el desarrollo del razonamiento lógico empleado para llegar a tal conclusión.

SEXTO: Que en estas condiciones, adolece el laudo criticado de un claro defecto que lo anula en lo formal, según el ordinal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, y en concordancia con lo consignado en la reflexión segunda de esta resolución, se procederá por esta Corte de oficio a invalidarlo.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 500, N° 4°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 764, 765, 775 y 808 del de Instrucción Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** el fallo de cuatro de agosto de dos mil ocho, que se lee a fojas 890, el que es nulo y se procederá a dictar, acto continuo, y sin nueva vista, pero separadamente la sentencia de reemplazo que se estima conforme a derecho.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido de fojas 991 a 1018, por el abogado Carlos Cortés Guzmán, en representación del sentenciado Jorge Nibaldo Del Río Del Río.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Ballesteros.

Rol N° 5232-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a nueve de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, nueve de junio de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo ordenado precedentemente y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce el laudo apelado de fojas 813 a 852, con excepción de sus motivos sexto, séptimo y vigésimo quinto.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR, Y ADEMÁS PRESENTE:

EN CUANTO A LA PARTICIPACION PUNIBLE.

PRIMERO: Que no obstante haber negado el acusado Del Río Del Río su participación en los delitos de homicidio de Aníbal Burgos Sepúlveda y Julio Hadad Riquelme, obran en su contra los siguientes elementos inculpatórios:

a).- Los dichos de Domingo Alfredo Tamborino Loayza, Teniente de Ejército a la época de los hechos, cuyos testimonios fueron extractados bajo el número 3), del fundamento segundo, del laudo en revisión, quien expone que la función de detención de personas en el Regimiento La Concepción de Lautaro estaba a cargo de Carabineros y de una batería de artillería bajo las órdenes del capitán Del Río y que éste y el capitán García salían constantemente en comisión de servicio bajo órdenes secretas del Coronel Ramírez.

b).- El atestado de Sófoles Javier Ruiz Amigo, cuya declaración fue extractada en el numeral 29) del considerando segundo de la sentencia de primera instancia, en cuanto afirma que durante su detención en la Comisaría de Carabineros de Lautaro, desde el 25 de septiembre de 1973 por 39 días, reconoció en la celda contigua a Aníbal Burgos y Julio Hadad, quienes fueron sacados desde la unidad policial por el Capitán de Ejército Jorge Del Río Del Río, enterándose posteriormente de sus muertes por un bando publicado en un diario.

c).- La imputación directa que efectúa el testigo Hernán Mardones Díaz, a la sazón segundo Comandante del Regimiento La Concepción de Lautaro, cuyas declaraciones fueron extractadas en el numeral 1), del motivo segundo, del fallo en alzada, en el sentido que a fines de septiembre de 1973, con motivo de la investigación de armas ocultas en la ladera de un cerro cercano a Lautaro, el Capitán Del Río al mando de una patrulla dio muerte a dos civiles que transportaba en calidad de detenidos y que habían intentado fugarse, que los cuerpos, en un primer momento, fueron dejados por dicho oficial en el sitio del suceso, pero posteriormente le ordenó su traslado al hospital para practicar la autopsia de rigor y, luego, entregárselo a sus familiares. Añadió que también dispuso que se inscribiera la defunción en el Servicio de Registro Civil de Lautaro.

d).- Lo expuesto por Hernán Jerónimo Ramírez Ramírez, a la época Comandante del Regimiento La Concepción, en declaración extractada bajo el numeral 12), del raciocinio segundo, de la sentencia en alzada, quien declaró haber tomado conocimiento de la muerte de dos civiles a manos de una patrulla militar de su regimiento, repeliendo un ataque de los primeros.

e).- Lo manifestado por Lidia del Carmen Torres Abarzúa, viuda del suboficial de ejército Nelson Medina Caro, cuyas declaraciones fueron extractadas en el número 14), del considerando segundo, del fallo en alzada, quien le comentó que los Capitanes Jorge Del Río y Rafael García participaron en el homicidio de Aníbal Burgos y Julio Hadad.

f).- Declaraciones de Oscar Mellado Torres, Francisco García Galleguillos y Carlos Ayala Baeza, en ese entonces funcionarios del Banco del Estado de Lautaro, quienes expresan que días más tarde de la detención y fallecimiento de Aníbal Burgos Sepúlveda, llegó a su lugar de trabajo el capitán Del Río y les ordenó no hablar más del tema bajo amenaza de represalias.

SEGUNDO: Que el cúmulo de antecedentes enunciados en el motivo anterior, unidos a aquellos extractados en el considerando segundo del fallo en alzada, constituyen indicios judiciales múltiples y graves, desde los cuales, en una apreciación conjunta, se puede colegir que el acusado Jorge Del Río del Río, Capitán de Ejército, a cargo de un contingente militar del regimiento La Concepción de Lautaro, retiró desde la Comisaría de esa ciudad a los detenidos Aníbal Burgos Sepúlveda y Julio Hadad Riquelme, autorizado por su superior con el fin de buscar armas ocultas en un cerro cercano. Al regresar le informó al segundo comandante del regimiento que los civiles habían intentado fugarse, razón por la cual la patrulla los dio de baja, dejando los cadáveres en el lugar.

Dicha participación es calificada de autoría en los términos previstos en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, por haber intervenido en el hecho de un modo directo e inmediato.

EN CUANTO A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS Y DETERMINACION DE LA PENA.

TERCERO: Que, además de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, reconocida en el motivo vigésimo segundo de la sentencia de primer grado, se apreciará a favor del sentenciado la atenuante especial contemplada en el artículo 103 del Código Penal, esto es, la prescripción gradual de la acción penal.

No obsta a la consideración precedente la calificación del ilícito como de lesa humanidad y, por ende, su carácter de imprescriptible, acorde a los parámetros del Derecho punitivo Internacional (como ya se ha resuelto en los ingresos roles N°s. 4.662-07, 4.961-07, 6212-07, 874-08, 983-08, 1013-08 y 2.422-08), toda vez que, en nuestra legislación, se permite ponderar por el sentenciador el decurso como una posibilidad facultativa y discrecional de morigeración del reproche, no con la finalidad de extinguir la responsabilidad punitiva, que es el objeto de la prohibición de Derecho Internacional, sino que, con la de atenuar, teniendo en cuenta entre otros aspectos, que el transcurso del tiempo como parámetro del juzgamiento en lo penal no tan sólo constituye un paradigma humanista acunado por el iluminismo, sino que a más, constituye una realidad objetiva según emana de la experiencia, en cuanto los hechos humanos precisamente acontecen dentro del tiempo, sin que resulte concebible que para los efectos por demás “discrecionales” de la determinación del quantum de la pena, deba considerarse que el tiempo ha quedado paralizado.

Así, cabe considerar que el inciso primero del artículo 103 del Código Penal, que estos sentenciadores reproducen textualmente a continuación, destacando en negrita, expresa a la letra: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, **deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas** y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Es decir, acreditado que ha transcurrido la mitad del tiempo que se exige para la prescripción, el tribunal, en consideración de esa sola circunstancia, debe considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas, ante lo cual y como ocurre en el caso de autos, por aplicación del artículo 68 del

Código Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 391, circunstancia primera del mismo cuerpo de ley, queda facultado para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley.

En el caso de autos, desde la comisión del delito – 27 de septiembre de 1973 – hasta que se puso en movimiento la acción penal – 5 de febrero de 2007 (fojas 1) - ha transcurrido con creces más de la mitad del tiempo que exige el artículo 94 del Código Penal para declarar la prescripción de la acción penal en un crimen, de modo que resulta procedente operar de la forma señalada en el artículo 103 del mismo cuerpo legal.

CUARTO: Que, en la especie, el acusado Jorge Del Río Del Río es autor de tres delitos de homicidio calificado, consumados, sancionados con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, concurriendo en su favor la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior y la prescripción gradual de la acción penal, sin que le perjudique agravante alguna.

Conforme lo dispone el artículo 103 en referencia, el tribunal debe considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar, en este caso, la regla del artículo 68, inciso 3°, del mismo cuerpo legal que faculta imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Como se trata de la apreciación de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, se ha optado por bajar la pena en abstracto en dos grados desde el mínimo, quedando ella radicada en el presidio menor en su grado máximo.

A continuación y como estamos en presencia de un concurso material o reiteración de delitos, se ha decidido aplicar una sola pena, en los términos previstos en el artículo 509 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, vale decir, la sanción resultante será ahora aumentada en un grado, quedando ella radicada en el presidio mayor en su grado mínimo, en su tramo inferior de acuerdo a los parámetros de proporcionalidad contenidos en el artículo 69 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Enjuiciamiento Penal, **SE DECLARA** que:

SE CONFIRMA, en lo apelado, y **SE APRUEBA**, en lo consultado, la sentencia de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, escrita de fojas 813 a 852, con declaración que se condena a **JORGE NIBALDO DEL RIO DEL RIO** a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, en su calidad de autor de los delitos de homicidio calificado de Aníbal Burgos Sepúlveda, Julio Hadad Riquelme y Eligen Ponce Arias.

Se previene que el Ministro señor **Dolmestch**, dando aplicación a la prescripción gradual de la acción penal, que favorece al sentenciado, estuvo por rebajar la pena en tres grados desde el mínimo señalado por la ley, quedando ésta radicada en presidio menor en su grado medio y, luego, subirla en un grado por la reiteración, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual la sanción podría haber quedado fijada en presidio menor en su grado máximo, pudiendo acceder de este modo el sentenciado al beneficio alternativo de libertad vigilada. Para ello ha tenido en cuenta el efecto que produce en el juzgamiento el transcurso del tiempo, en el caso de marras superior a treinta años, su convicción de que la prescripción gradual, por sus efectos, es diferente a la

prescripción de la acción penal – que conduce a la impunidad y pugna con las normas internacionales relativas a los delitos de lesa humanidad – por lo que resulta plenamente aplicable, y hace así más justa la pena, teniendo en consideración, además, que si bien la investigación, pese a los esfuerzos del tribunal a quo y las dificultades propias del transcurso del tiempo, no logró identificar más partícipes del delito, le parece difícil concebir que en los hechos el encausado haya actuado solo.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor **Ballesteros**, quien estuvo por acoger la prescripción de la acción penal y absolver al mencionado acusado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, el disidente ya ha rechazado tal predicamento en anteriores fallos consignando:

“Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto,

decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”.

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

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en

Chile a la data de los hechos existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio;

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (causa Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol N° 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (página 44)”.

3°.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado de los homicidios calificados objetos de este juzgamiento, y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Ballesteros.

Rol N° 5232-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a nueve de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.