

Santiago, siete de marzo de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 2.182-98, episodio “**José Barrera Barrera**”, de la Corte de Apelaciones de Santiago, sustanciada por el ministro de fuero de ese Tribunal don Joaquín Billard Acuña, por sentencia de trece de julio de dos mil siete, que rola de fojas 1.408 a 1.460, complementada por las de fechas diecinueve de julio de dos mil siete y quince de septiembre de dos mil ocho, escritas a fojas 1.461 y 1.526 respectivamente, el juez instructor dictó fallo de primer grado por el que rechazó las excepciones de amnistía y de prescripción deducidas por las defensas de los acusados Gerardo Alejandro Aravena Longa y Carlos Dionisio Figueroa Silva, (actualmente fallecido) condenándolos a cada uno, a las penas de **dieciséis años de presidio mayor en su grado máximo**, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del juicio, como autores de los **delitos de homicidio calificado de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera**, perpetrados el día 16 de septiembre de 1973, a excepción del último ilícito, cometido el 14 de marzo de 1974.

Por dicha sentencia se acogió, sin costas, la demanda civil deducida contra el Fisco de Chile por la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos) a favor del actor don Víctor Antonio Barrera Barrera, por concepto de daño moral y se rechazaron las restantes sumas impetradas.

Apelado que fue el fallo por las partes, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por veredicto de once de mayo de dos mil diez, que se lee a fojas. 1.566, **confirmó la sentencia impugnada**, con declaración que los procesados Gerardo Alejandro Aravena Longa y Carlos Dionisio Figueroa Silva, quedan condenados cada uno, a sufrir las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con las accesorias legales correspondientes, como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez y Jorge Yáñez; y, de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera; sanciones que deberán cumplirse efectivamente, en el orden impuesto en la sentencia de alzada y sucesivamente, siendo ambos encartados condenados por partes iguales al pago de las costas de la causa. Lo anterior, con el voto en contra del ministro señor Cornelio Villarroel, quien estuvo por revocar la sentencia de primer grado en cuanto desestimó las excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía y prescripción y condenó a los procesados y fue de parecer de absolver a los acusados de dichos cargos.

En su capítulo civil, el laudo revocó la sentencia de primer grado en cuanto hizo lugar a la demanda civil deducida por don Víctor Antonio Barrera Barrera y en su lugar declaró que se acoge la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile, omitiendo pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión civil. En su caso, el ministro señor Villarroel, estimó improcedente la acción civil deducida, siendo de parecer de revocar el fallo impugnado en cuanto condena al Fisco de Chile al pago de la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos) a favor del actor don Víctor Antonio Barrera Barrera, por concepto de daño moral.

En contra del fallo de segundo grado formalizaron sendos recursos de casación en el fondo, las defensas letradas de los acusados Carlos Dionisio Figueroa Silva y Gerardo Alejandro

Aravena Longa; y, el abogado de la querellante y demandante civil representada por don Víctor Antonio Barrera Barrera, quien dedujo casación en el fondo en el aspecto civil de la sentencia.

A fojas 1.626, se trajeron los autos en relación para conocer de los recursos.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado señor Mauricio Unda Merino en representación del condenado Gerardo Alejandro Aravena Longa, se ampara en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con los artículos 11 N° 9 y 103 en relación con el artículo 68 del Código Penal y artículo 214 del Código de Justicia Militar.

Estima como primera norma quebrantada, la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, que considera como circunstancia minorante de responsabilidad criminal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, atendido que, en el proceso fue posible obtener la ubicación del coacusado, a la sazón, jefe de la patrulla militar que retiró a los detenidos desde la Tenencia de Carabineros de Curacaví, como consecuencia directa de la amplia confesión prestada por el encartado Aravena Longa, sin la cual no habría sido posible establecer la verdad del hecho delictivo, demostrando éste una permanentemente actitud de cooperación que el veredicto impugnado desconoció.

Como segunda norma infringida, el recurrente menciona el artículo 214 del Código de Justicia Militar, que se limita a transcribir, agregando someramente que el inciso segundo de la norma se sitúa precisamente en la hipótesis de que la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito sin que haya sido representada, situación que corresponde a lo ocurrido en este caso y que fue desestimada por el fallo de alzada.

El tercer yerro, se ampara en lo dispuesto en los artículos 103 en relación con el artículo 68, ambos del Código Penal, ya que si bien el tribunal de segundo grado reconoció la minorante de prescripción gradual de la acción penal, el fallo impugnado adolece de error al no expresar en su motivo séptimo las razones que lo llevaron a tal conclusión para su aplicación, rebaja efectuada y quantum de la pena impuesta.

Estima que frente a esta situación objetiva y teniendo en consideración el contexto político social imperante en el país en los días de los hechos y con anterioridad al 11 de septiembre de 1973, resulta justo aplicar el máximo de la rebaja que permiten las disposiciones legales citadas, es decir, tres grados para cada delito aumentándose en un grado por la reiteración, señalando en apoyo de dicha petición, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos invocada a favor del encartado.

En mérito de estos planteamientos, el compareciente promueve la invalidación de la sentencia de alzada a fin que, en su reemplazo, se declare que el procesado queda condenado a las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor de homicidio calificado reiterado; y, a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, por el delito reiterado de secuestro calificado, pudiendo acogerse a los beneficios de la Ley 18.216.

Segundo: Que la parte querellante y demandante civil por intermedio de su abogado señor Nelson Caucoto Pereira, formalizó recurso de casación en el fondo contra el veredicto de segundo grado en su capítulo civil, por estimar que al acogerse la incompetencia del tribunal planteada por el Fisco de Chile e inhibirse de fallar la demanda civil interpuesta por su parte se incurrió en error de derecho, el que solicita subsanar acogiendo la pretensión civil deducida, previa invalidación del fallo recurrido.

Tercero: Que, sin perjuicio de lo ya reseñado, en el curso del proceso de estudio de esta causa, se advirtió la existencia del vicio procesal de invalidación formal, consultado en el

numeral noveno del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal, no resultando consecuentemente posible invitar a los señores abogados que concurrieron a estrados para que efectuaren alegaciones al respecto, - sin perjuicio de la alusión a un “error involuntario” en la aplicación de la pena, que consignó la defensa del encartado Aravena Longa en su escrito de casación -, siendo aplicable en la especie el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil en razón de lo preceptuado en el artículo 535 de su homónimo Penal, que autoriza a este tribunal para que, conociendo por vía de apelación, consulta, casación o en alguna incidencia, invalide de oficio la sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, como ocurre en el caso que se revisa.

Cuarto: Que en este orden de ideas, la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas. Únicamente de esta manera se puede estimar cumplidas las exigencias del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Quinto: Que esta Corte, en reiteradas decisiones, ha resuelto que la causal de nulidad contenida en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 del mismo Estatuto, concurre cuando la sentencia objetada carece totalmente de las consideraciones relativas a los extremos señalados en los numerales 4° y 5° de dicho precepto, es decir, tiene por objeto evitar que no se desarrollen las razones que justifican la decisión, sea porque existe ausencia total de éstas o porque se ha discurrido sobre antecedentes fácticos y jurídicos del todo ajenos a lo propuesto lo que, por cierto, importa un defecto que permite la anulación del fallo.

Sexto: Que, en concordancia con lo razonado, la sentencia en estudio señala en su basamento sexto, que por tratarse de dos órdenes de delitos reiterados de una misma especie, (de una parte, homicidios calificados y de otras, secuestros calificados) sin perjuicio de castigarse separadamente conforme lo dispone el artículo 74 del Estatuto Penal, corresponde sancionar a ambos encartados dando aplicación a la regla del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal respecto de todas las infracciones de la misma especie, de manera que resolvió elevar la sanción en un grado y, enseguida, en el motivo séptimo, dispuso la rebaja en dos, conforme autoriza el artículo 103 del Código Penal.

Séptimo: Que de ello se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos basamentos que, en forma concreta y determinada, comprendan los motivos en los cuales se sustenta entonces la decisión de imponer a los condenados una pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado mínimo (sic) pues de seguirse el razonamiento de los jueces, el castigo no pudo extenderse más allá de los diez años tratándose de los tres delitos de homicidio calificado.

Octavo: Que, por lo expuesto, el dictamen de alzada queda claramente incurso en la motivación contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código del ramo, pues no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la invalidación de la sentencia que la contiene, por lo que esta Corte, actuando de oficio, procederá a anularla, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

Noveno: Que, como la existencia del vicio denunciado llevará a esta Corte a la invalidación de oficio de la sentencia dictada en alzada, se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo promovidos en lo principal de fojas 1.593 y 1.600, por los letrados Mauricio Unda Merino y Nelson Gmo. Caucoto Pereira contra la misma sentencia; omitiéndose, por inoficioso, pronunciamiento respecto del recurso de casación interpuesto por la Defensa del

acusado Carlos Dionisio Figueroa Silva, atendido el sobreseimiento parcial y definitivo dictado a su favor con fecha tres de agosto de dos mil once, que se lee a fojas 1.722 de estos antecedentes.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 500 N° 4°, 500 N° 5, 535, 541 N° 9° y 547 del Código de Procedimiento Penal; y, 764, 765 y 775, del de Procedimiento Civil, **se invalida, de oficio**, la sentencia de once de mayo de dos mil diez, escrita de fojas 1.566 a 1.576, la que, en consecuencia, es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, pero sin nueva vista.

Regístrese.

Redacción del Abogado Integrante señor Domingo Hernández Emparanza.

Rol N° 5720-10

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P, Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura y el abogado integrante Sr. Hernández., no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y ausente el segundo.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de marzo de dos mil doce, 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, siete de marzo de dos mil doce.

En cumplimiento de lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 del de Procedimiento Civil; y lo resuelto por el fallo que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada y sus complementos, con las siguientes modificaciones:

En la parte final del considerando décimoquinto se reemplaza la fecha “13 de marzo de 1974” por “14 de marzo de 1974”.

En la letra a) del fundamento decimoséptimo, se elimina la palabra “Que” con la cual se inicia el apartado; se suprime el punto y coma que precede a la oración “y resultaron heridos de

gravedad Enrique Patricio Venegas Santibáñez”, que también se elimina y se agrega un punto aparte. En su letra b), se suprime la voz “Que” con la cual comienza; se reemplaza la voz “dispara” por “dispararle”; y, se elimina el acápite c) del referido fundamento.

En el motivo vigésimoprimer, a continuación de la palabra “sobreviviente”, se suprime el punto y coma; se elimina la expresión “y como acto final, para lograr la impunidad del su actuar delictivo, dar muerte a uno de los sobrevivientes del fusilamiento”; y, se agrega un punto final.

En el basamento vigésimoctavo, se reemplaza la frase “las defensas de los acusados” por “la defensa del acusado Aravena Longa”.

En el párrafo segundo del considerando cuadragésimo segundo, se sustituye la referencia a “los acusados” incluida entre las preposiciones “del” y “en”, que se reemplaza por la expresión “acusado Gerardo Aravena Longa”; y, se elimina el párrafo final de dicha motivación.

Se eliminan los fundamentos primero, segundo, tercero, sexto, séptimo, décimo, undécimo, duodécimo, vigésimo cuarto, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo noveno, trigésimo, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto y trigésimo quinto.

En las citas legales, se prescinde de la referencia a la Ley 18.216; y a los artículos 2, 17, 18, 20, 23 y 24 de la Ley 19.123; 10 N° 10 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar.

Asimismo, del veredicto de segunda instancia, que fue previamente invalidado, se reproduce el motivo cuarto.

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

Primero: Que los hechos de la causa que han quedado definitivamente establecidos en el razonamiento decimoséptimo de la sentencia de primer grado, son los siguientes:

a) El día 16 de septiembre de 1973, en horas de la noche y durante la vigencia del toque de queda, una patrulla integrada por personal de Ejército y Carabineros, procedió a sacar desde la Tenencia de Carabineros de Curacaví, a los detenidos Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres, Enrique Patricio Venegas Santibáñez y José Guillermo Barrera Barrera, para ser trasladados supuestamente al Estadio Nacional ubicado en la ciudad de Santiago; no obstante, al llegar al sector denominado Cuesta Barriga, se ordenó que los detenidos bajaran del vehículo en el cual eran transportados, siendo alineados frente a las ruinas de una casa abandonada y acto seguido, previa conformación de un pelotón de fusilamiento integrado por personal de Carabineros, se dio orden de disparar en contra de los detenidos (Fusiles SIG), a consecuencia de lo cual perdieron la vida Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez y Segundo Nicolás Gárate Torres.

b) Seis meses después, el día 13 de marzo de 1974, uno de los sobrevivientes del fusilamiento José Guillermo Barrera Barrera, con la promesa de las autoridades de la época que su integridad física no corría peligro; regresa a la ciudad de Curacaví, sin embargo al día siguiente (14 de marzo de 1974) y en horas de la noche, durante la vigencia del toque de queda, es sacado desde su domicilio por un teniente de Ejército, quien en compañía del teniente de Carabineros de dicha localidad, trasladan a la víctima al sector denominado de Las Achiras; lugar en el cual el efectivo militar procede a dispararle con su arma de servicio, impactando en la cabeza de José Guillermo Barrera Barrera.

Segundo: Que, acertadamente los hechos se estimaron como constitutivos de los delitos de homicidio calificado en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, cuatro de ellos acontecidos el 16 de septiembre de 1973 en el sector de Cuesta Barriga, y el

quinto cometido el 14 de marzo de 1974, en un lugar denominado Las Achiras; ilícitos que se encuentran previstos y sancionados en el artículo 391, N° 1°, circunstancias primera y quinta, del Código Penal, esto es, cometidos con alevosía y premeditación conocida, por cuanto tal como resolvió el juez a quo, sus muertes fueron causadas en situación de absoluta indefensión provocada por la acción de terceros, los que procuraron obrar sin riesgo y sobre seguro y persistiendo en el tiempo, la decisión fría de su autor de perpetrarlos, circunstancias suficientemente acreditadas con los elementos de juicio que el mismo veredicto contiene en sus motivos vigésimo y vigesimoprimeros.

Tercero: Que se comparte la recalificación de los hechos, puesto que, como lo reconoce el juez a quo en el considerando décimonoveno de la sentencia que se revisa, ello ocurrió en el momento procesal en el cual el juzgador teniendo a la vista todos los elementos de prueba procede a la tipificación final del hecho delictivo. En efecto, constituyen para el Derecho Interno Nacional los delitos reiterados de homicidio calificado en las personas de las mencionadas víctimas, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, concurriendo las circunstancias calificadas de la alevosía y de la premeditación conocida, atendido que en momento alguno los ofendidos tuvieron la más mínima posibilidad de repeler la agresión, habiendo los agentes militares obrado sobre seguro, lo que refleja asimismo no sólo el ánimo de matar, sino que también el de procurar evitarse todo riesgo para lograr dicho propósito, y no dar oportunidad alguna a las víctimas de poder eludir la acción o de repeler la agresión en contra de sus vidas, la forma y circunstancias como se produjeron las muertes encuadran con absoluta facilidad en el concepto de alevosía, entendida ésta como la muerte dada ocultamente a otro, asegurando su ejecución por evitación de todo riesgo o peligro e imposibilitando intencionalmente la defensa de la víctima.

Se comprobó, asimismo en este caso, además de la preparación inherente a la perpetración de todo delito, la gestación cuidadosa y calculada del ilícito, que se refleja en el traslado de noche de las víctimas, fuertemente custodiadas, a un lugar previamente establecido, siendo ostensible el proceso de elaboración que condujo a los actos delictivos proyectados, su muerte. Los agentes reflexionaron, meditaron y decidieron perpetrar los ilícitos, imaginando su forma de comisión, es decir, trazaron un plan de acción para realizar su designio criminal, persistiendo fría y tranquilamente en su ánimo la voluntad homicida.

Cuarto: Que si bien la acusación de oficio y las adhesiones calificaron dos de las acciones delictivas, en relación con los ofendidos antes singularizados, como constitutivas de dos delitos de secuestro calificado, en su caso; en definitiva, al coordinar los hechos con los tipos legales de ilicitud señalados en la ley, no es menos cierto, que la acusación hizo una determinación general sobre tales hechos, en cuanto éstos afectaban a tales desgraciadas personas, procediendo enseguida a hacer cargos sobre el tipo penal a aplicar.

Quinto: Que hay certeza de la muerte de las víctimas provocada por la acción de terceros que procuraron un obrar sin riesgo y sobre seguro, luego de diseñar un plan de acción homicida, en el cual persistieron fríamente, todo lo cual está suficientemente acreditado con los elementos de juicio analizados en dicho veredicto.

Sexto: Que, a la luz del tipo penal en cuestión, no se advierte la inconveniencia ni menos la impertinencia de una motivación sustentada en que no sólo la recuperación física e identificación de los cuerpos de las víctimas, el dictamen pericial médico legal, los instrumentos públicos del protocolo de autopsia, examen de restos óseos, actas y certificados de defunción, sean los únicos medios probatorios para demostrar la existencia de los delitos, por cuanto también lo permite el cúmulo de los otros diversos medios probatorios que son idóneos para ello;

como las declaraciones de los testigos, los instrumentos públicos y privados agregados a los autos y las graves, precisas y múltiples presunciones e indicios que fluyen de los antecedentes, elementos todos ya analizados pormenorizadamente en esa sentencia al referirse a los hechos punibles.

Séptimo: Que, en este orden de razonamientos, cabe tener presente, que se encuentran irrefutablemente probadas las muertes causadas a Jorge Manuel Toro Toro y Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, conforme además, a los protocolos de autopsia de fojas 388 a 397 y certificados de defunción de fojas 200 y 201, todos del Tomo II de estos autos, que así lo refrendan y que consignan como causa de sus decesos, herida de bala tóraco abdominal complicada y herida de bala cráneo encefálica, respectivamente; antecedentes que permiten lógicamente concluir como se ha hecho en los motivos anteriores, acerca de la existencia de los delitos de homicidio calificado en las personas de Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres, y José Guillermo Barrera Barrera, las que ocurrieron, en el caso de Yáñez y Garate, también como consecuencia del fusilamiento que tuvo lugar el día 16 de septiembre de 1973, en el sector Cuesta Barriga y al cual sobrevivieron José Guillermo Barrera Barrera y Enrique Patricio Venegas Santibáñez, quien prestando testimonio a fojas 54 y 117 del Tomo I y 197 del Tomo II, esclareció lo acaecido con Jorge Yáñez y Segundo Gárate, cuyo cuerpo dijo, cayó sin vida sobre él, pudiendo comprobar momentos más tarde, que a excepción suya y de José Barrera, todo el resto de los detenidos estaban muertos; versión que se encuentra corroborada con los relatos de diversos testigos de oídas, entre los cuales, cabe mencionar a Juan Antonio Barrera Barrera, de fojas 5 y 58 del Tomo I, Emilia Elisa Barrera Millán, de fojas 120 del Tomo I y Adriana Ofelia Rojas Soto, de fojas 6 del Tomo I y 223 del Tomo II, padre, madre y cónyuge de José Guillermo Barrera Barrera, a quienes éste les manifestó lo ocurrido esa noche del 16 de septiembre de 1973; sargento primero de Carabineros ® César Valenzuela Sepúlveda, quien dio cuenta de la detención de las víctimas en la Tenencia de Curacaví donde prestaba servicios a la época, y señaló haber tomado conocimiento que a esos detenidos los habían fusilado en la Cuesta Barriga; sargento primero ® Manuel Arturo Iepe Barraza de fojas 183, 278 y 301 del Tomo II y suboficial de Carabineros ® Ciro Del Carmen González Hernández, quienes reconocieron haber formado parte del pelotón de fusilamiento que disparó en contra de las víctimas.

Asimismo, los antecedentes analizados en el motivo décimosexto del fallo de primer grado, algunos de los cuales han sido precisados en el párrafo anterior, y especialmente, el atestado del sargento primero de Carabineros ® Héctor Antonio Muñoz Figueroa, de fojas 265 del Tomo II, a quien el encartado Aravena Longa, le comentó en la oportunidad “se fue Barrera”, dando a entender que estaba muerto, constituyen un cúmulo de antecedentes que permiten lógicamente inferir que el día 14 de marzo de 1974, en el sector Las Achiras, se perpetró el delito de homicidio calificado en la persona de José Guillermo Barrera Barrera.

Octavo: Que atendida la naturaleza de los sucesos investigados, se coincide con la conclusión de que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad, compartiendo las reflexiones contenidas en el fundamento cuarto de la decisión de alzada, que para estos efectos se ha tenido por reproducida, en orden a desestimar la amnistía, como circunstancia extintiva de la responsabilidad penal.

Efectivamente, los presentes ilícitos fueron efectuados en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la

época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

Noveno: Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De modo tal, que para la configuración de estos ilícitos existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Décimo: Que en ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar los delitos que se cometan y estén sometidos a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, no puede sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de este modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados Convenios, que mediante su suscripción y ratificación, adquirieron efectos plenamente vinculantes. Queda, por tanto, excluido el incumplimiento de las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos, resultando inadmisibles que contraídas tales obligaciones de persecución penal y juzgamiento, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley N° 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de auto exoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos - entre ellas, el homicidio en todas sus formas - puesto que se dictó con posterioridad al compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa auto exoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa citada.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de

responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa a invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

El legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y, si bien podría dictar una ley en tal sentido, prescribiendo disposiciones contrarias a ese compromiso o que hiciesen imposible su cumplimiento, tal acto del órgano legislativo importaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto a los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bilaterales o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados Partes sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el sólo hecho de ser persona, constituyendo este reconocimiento una autolimitación de la soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, Nos. 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre 1993, p. 887).

Undécimo: Que, a partir de la consideración de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional contrae la obligación de juzgar y castigar a sus responsables, en tanto agresores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, por su incompatibilidad con instrumentos internacionales que obstan a la dictación de una normativa que pretenda impedir la investigación de violación a los derechos humanos fundamentales y la sanción de los responsables de tales ilícitos, textos legales como el Decreto Ley 2.191 carecen de efectos jurídicos. (Entre otros fallos, SCS, 13.08.2009, Rol N° 921-09; SCS, 24.09.2009, Rol N° 8113-08; SCS, 29.09.2009, Rol N° 3378-09; SCS, 20.02.2010, Rol N° 1369-09; SCS, 14.04.2009, Rol N° 5279-09).

Duodécimo: Que en lo que guarda relación con el otro rubro de alegaciones planteado por la defensa del acusado Aravena Longa, como es, la prescripción de la acción penal, pues los hechos pesquisados en los autos acaecieron el 16 de septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974, por lo que podría estimarse que la responsabilidad del encartado derivada de los homicidios de los ofendidos, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos, debe tenerse en consideración que, según se determinó con antelación, en el motivo noveno del fallo de primer grado y cuarto del veredicto impugnado, que se tuvo por reproducido, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

Decimo tercero: Que estas consideraciones permiten concluir que el sentenciador de primer grado ha resuelto acertadamente al no acceder al requerimiento de la defensa del

encartado Aravena Longa, para que se le reconozca la procedencia de la prescripción de la acción penal propuesta en sus descargos, comenzando por la solicitud de favorecerle la eximente de responsabilidad penal de la prescripción de la acción penal, invocada en primer término como excepción de previo y especial pronunciamiento y, posteriormente, como alegación de fondo.

Decimo cuarto: Que, establecidos los delitos y la participación criminal que correspondió al culpable, y a pesar de lo razonado en el motivo anterior del presente veredicto, consistente en la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta - consagrada en el artículo 103 del Código del ramo - que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho Punitivo. Así, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla, por impedirlo el Derecho Internacional Humanitario, no existe razón que se oponga a considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en razones vinculadas a la necesidad de mantener la paz social, en tanto la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción.

Decimo quinto: Que el referido artículo, en su inciso primero, prescribe: "Si el inculpado 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". Por su parte, el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en "el día en que se hubiere cometido el delito".

Decimo sexto: Que, razonando en torno de la institución consistente en "*la media prescripción*", conocida también como "*prescripción gradual*", a los efectos de determinar su acogimiento, como por esta vía lo pretende el recurrente, es menester tener presente que, tanto la prescripción propiamente tal, como la media prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código Punitivo, cual lo es el V de su Libro I, el cual ha consagrado el legislador para tratar "De la extinción de la responsabilidad penal"; y también, el hecho que ambas se acunan *en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo*.

Decimo séptimo: Que, sin embargo, cabe advertir que ambas - prescripción o prescripción completa y media prescripción - persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que *es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal*, lo que no ocurre con la *media prescripción, cuya teleología, por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la antedicha responsabilidad*, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las *circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en*

especificidad, a la estirpe de las atenuantes, denominadas también minorantes de dicha responsabilidad.

Decimo octavo: Que, según se ha visto, la ubicación de la media prescripción en el Título V del Libro I del Código Punitivo, no desnaturaliza su finalidad, teniendo presente para ello que ésta no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Esta situación, por lo demás, no es única en el Código Penal, si se observa, v.gr., que no resulta posible interpretar los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código citado, como atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual - así se denomina el Título VII - sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana, y más particularmente en contra de la vida humana dependiente. Tampoco es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII, del Libro II, como atentados en contra de “las personas”, como lo denomina el Código Punitivo, porque “las personas” son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objeto de protección, cuales lo son la vida humana, la salud individual o la integridad corporal, la vida humana y la salud individual o integridad corporal y el honor.

Decimo noveno: Que, a esta altura, resulta necesario concatenar la raíz de las instituciones de la prescripción completa y de la media prescripción, resaltando que la ontología de aquélla, se advierte, según el estudioso y destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia, Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981), pág. 1.238 y 1.239, en torno de la teoría mixta, “que considera la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo...Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la *necesidad de pena*, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos ordenamientos jurídicos extranjeros permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total. También desempeñan un papel la idea del ejercicio de *derecho de gracia*, de la *equidad* y la necesidad de *autolimitación del Estado* frente al factor tiempo y el cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no sólo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas.”

Vigésimo: Que los hechos sublite, respecto de los cuales el recurrente invoca el haber alegado en su beneficio la media prescripción o prescripción gradual, la que no le fuera reconocida en el fallo objeto del presente arbitrio, han acaecido en el curso del mes de septiembre de 1973 y marzo de 1974, esto es, hace más de treinta y siete años, y aun cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que, en aras de la justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, subjure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron - en la especie, como se ha señalado, no con la finalidad de

tener por extinguida la responsabilidad penal - a fin de evaluar el reproche que en definitiva emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

Vigésimo primero: Que, en el caso que nos convoca, se encuentran acreditadas la fechas de ejecución de los delitos de homicidio calificado investigados y dado que la prescripción gradual como se ha anotado, acorde a su naturaleza, es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva, concebida como *atenuante calificada de la responsabilidad penal*, disminuyendo la pena, sin que su aplicación se vea afectada por la normativa internacional, es menester examinar en cada caso su procedencia y su eventual aplicación.

Sin embargo, nada obsta a determinar, en favor del encausado Aravena Longa, la concesión del beneficio de la media prescripción, toda vez que lo que no puede ocurrir por aplicación de los tratados internacionales es aplicar la prescripción completa, cuyo no es el caso.

Vigésimo segundo: Que, es pertinente tener en consideración que esta Corte, en relación con figuras de homicidio acaecidas en el mismo contexto de grave alteración o convulsión social, con motivo de los hechos del 11 de Septiembre de 1.973, reconociendo la imprescriptibilidad de la figura que interesa por aplicación de los tratados internacionales, ha aplicado, como circunstancia de atenuación de la responsabilidad punitiva - no de extinción - la institución de la media prescripción - así, v.gr., en causa rol 6.525-06 - a cuyos efectos, y a fin de determinar el plazo requerido por el artículo 103 del Código de punición, ha recurrido al cómputo de prescripción contemplado en su artículo 94, estableciendo un reconocimiento expreso a la atenuación de la responsabilidad penal por aplicación de la prescripción gradual, en relación con la afectación del mismo bien jurídico - la vida humana - comprometido en estos autos.

Vigésimo tercero: Que, por lo dicho precedentemente, debe recogerse expresamente, para fines de aplicación de la pena, la morigerante consistente en la *media prescripción* del artículo 103 del texto punitivo, desde que existe fecha cierta y determinada para las muertes causadas a Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera las que acaecieron en el caso de los cuatro primeramente nombrados, el 16 de septiembre de 1973; y tratándose de José Guillermo Barrera Barrera, el 14 de marzo de 1974, a partir de las cuales comienza el cómputo de la media prescripción de la acción penal.

Vigésimo cuarto: Que el tiempo transcurrido desde el 16 de septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974, - fecha de inicio de la prescripción, acorde a nuestra normativa ordinaria - hasta la data de la querrela criminal de 5 de julio de 2000, que rola a fojas 2 y siguientes del Tomo II, interpuesta por Víctor Antonio Barrera Barrera, o al 16 de enero de 2003, según aparece de fojas 305 del Tomo II, en que se somete a proceso a Gerardo Aravena Longa, como autor de los delitos de homicidio calificado de Jorge Toro Toro, Justo Mendoza Santibáñez y Jorge Yáñez y de secuestro calificado de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, media un decurso, en cualquiera de estos supuestos, de casi treinta años, más que suficiente para determinar la procedencia de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, de siete años y medio. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal señalado si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional, en los inicios de 1990.

Vigésimo quinto: Que el homicidio calificado se encuentra sancionado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, de modo que, en lo que dice relación con el acusado Aravena Longa, la pena base es la de presidio mayor en su grado medio, toda vez que su participación criminal en los hechos investigados fue catalogada en la presente investigación

como de autor, del artículo 15 N° 1 del Código Penal, lo que implica - de conformidad al artículo 50 del mismo texto – que debe imponérsele la pena señalada por la ley para el crimen o simple delito. Y en consideración a la concurrencia de la media prescripción, según lo dispone el artículo 103 del Código Penal, a lo que se suma la del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, consistente en su irreprochable conducta anterior, corresponde reducir la pena aplicable, en la forma que se indicará.

Vigésimo sexto: Que, para los efectos de regular la pena, ha de considerarse que resulta más beneficioso imponer el castigo de acuerdo con el sistema contemplado en el artículo 509 del Código Adjetivo Penal, de suerte que, concurriendo en favor del convicto la situación aludida en la consideración antes precedente, estos sentenciadores están facultados para considerar el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas, por lo que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que les confiere la ley, rebajarán la pena en dos grados al sentenciado, de conformidad a lo que dispone el artículo 68 del mismo código, ello a partir del mínimo fijado por la ley, quedando así en presidio menor en su grado máximo. Enseguida, se aumentará en otro, en virtud de la reiteración y así se obtiene la pena de presidio mayor en su grado mínimo, procedente en definitiva.

Vigésimo séptimo: Que, en atención a lo expresado en las consideraciones precedentes, se disiente parcialmente de la opinión de la señora Fiscal Judicial, emitida a fojas 1.503, 1.560 y 1.564, quien fue del parecer de confirmar la sentencia de primer grado, previa recalificación jurídica de los delitos de que fueron objeto Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, en los términos planteados en la acusación judicial; disintiendo además, en lo tocante al quantum de la pena, acorde lo razonado.

Vigésimo octavo: Que no se emitirá pronunciamiento respecto de las peticiones y pretensiones invocadas por el acusado Carlos Dionisio Figueroa Silva, actualmente fallecido, en atención a que su responsabilidad criminal se encuentra extinguida de acuerdo al sobreseimiento definitivo dictado con fecha tres de agosto de dos mil once, que se lee a fojas 1.722, aprobado el nueve de enero de dos mil doce, según consta a fojas 1.752 de estos antecedentes.

En cuanto a la acción civil:

Vigésimo noveno: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal –de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Trigésimo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

Trigésimo primero: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas

acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Trigésimo segundo: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Trigésimo tercero: Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en concepto de los disidentes, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada de los delitos que se han tenido por acreditados.

Trigésimo cuarto: Que tratándose de delitos de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente tampoco entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta procedente acoger la demanda deducida en autos.

Trigésimo quinto: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Así, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Trigésimo sexto: Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquella precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Trigésimo séptimo: Que, del modo que se ha venido razonando, procede el rechazo de la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, pues en su concepto el

tribunal en lo penal sí es competente para conocer de la acción civil deducida; y respecto de las demás excepciones opuestas a la demanda, también corresponde desecharlas, por las mismas razones y en igual forma que lo hiciera el señor juez de primera instancia en los motivos trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo primero y cuadragésimo segundo del fallo que se revisa.

Trigésimo octavo: Que, respecto del monto de la indemnización reclamada, se estima que corresponde regularlo en la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos), determinada por el a quo, la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, **se declara:**

En lo Penal:

I.- Se confirma la sentencia apelada de trece de julio de dos mil siete, escrita de fojas 1.408 a 1.460, ambas inclusive y su rectificación y complemento de fechas diecinueve de julio de dos mil siete y quince de septiembre de dos mil ocho, escritas a fojas 1.461 y 1.526 respectivamente, **con declaración que Gerardo Alejandro Aravena Longa**, queda condenado a la pena **de siete años de presidio mayor en su grado mínimo**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más las costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, materia de la indagación.

Atendida la extensión de la condena impuesta, no se concede al sentenciado Gerardo Aravena Longa, beneficio alguno, debiendo cumplir la pena efectivamente, la que se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, entre el 14 de enero y 25 de abril, ambos de 2003, según consta de fojas 273 y 440 de estos antecedentes.

II.- Se confirman los sobreseimientos parciales definitivos dictados con fechas catorce y dieciséis de enero de dos mil dos, a favor de Ciro del Carmen González Hernández y Manuel Arturo Lepe Barraza, que se leen a fojas 291 y 302, del Tomo I.

III.- Se confirma, asimismo, el fallo impugnado, en cuanto acoge la demanda interpuesta por Víctor Antonio Barrera Barrera en contra del Fisco de Chile y lo condena al pago de la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos), por concepto de daño moral, la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora; todo lo anterior es sin costas, por estimarse que tuvo motivo plausible para litigar.

IV.- Se confirma, en lo demás apelado, la antes aludida sentencia.

Acordada la condena penal del acusado Aravena Longa contra el voto del Ministro señor Segura, quien estuvo por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por su defensa y declarar, por ello, la absolución del acusado Gerardo Alejandro Aravena Longa, teniendo presente, para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1.- 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. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o 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 éstos, 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, como ha quedado acreditado en autos, los hechos punibles ocurren los días dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres y catorce de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal del encartado se presentó el cinco de julio de dos mil, según consta a fojas 2 del Tomo II, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de quince años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el homicidio calificado.

4.- Que en tales condiciones, en concepto del disidente se verifica a favor del encausado la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93, N° 6, del Código Penal, esto es la prescripción de la acción penal.

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en

ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

“Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 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 la 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 del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 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 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 D. L. N° 5, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve 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, pues 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 3º 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 16 de Septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974, 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 precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 16 de septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974 existía un conflicto armado no internacional’, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos 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 la 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 de 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” (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 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 5º. 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 Pisagüa 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 5º de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. 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° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8.- Que finalmente los principios generales de Derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

Acordado, en su parte civil, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Rodríguez, quienes estuvieron por revocar la sentencia en alzada en cuanto acogió la acción civil interpuesta, y en su lugar, fueron de parecer de declarar la incompetencia absoluta del tribunal planteada por el Fisco de Chile, teniendo para ello presente los siguientes razonamientos:

Primero: Que, en lo que respecta a la acción civil intentada en la especie, debe señalarse que la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria contra terceros civilmente responsables, aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que, en tanto norma de carácter excepcional, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, debe ser interpretado en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

Tercero: Que, en correspondencia con lo expuesto, la norma del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal - también modificado por la Ley N° 18.857 - ha de entenderse en el carácter de complementaria del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo el primero, la inclusión de la acción civil en sede penal, y el segundo, que precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden entablarse dichas acciones, mantiene en forma inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Por lo demás, tal ha sido el criterio recogido por la reforma procesal penal, donde claramente se limita la acción civil, concediéndola exclusivamente a la víctima en sede penal, aquélla que tiene por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y de terceros civilmente responsables, entregando el juzgamiento de tales pretensiones al Tribunal civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general - y

con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente. Su tenor literal es el siguiente:

“La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

“Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

“Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

“Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

Cuarto: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

Quinto: Que, en tal escenario corresponde examinar la naturaleza de la acción civil deducida, para luego verificar su correspondencia con los supuestos señalados por el ya citado artículo 10.

Sexto: Que, la pretensión civil presentada en sede penal por el hermano de una de las víctimas de los hechos investigados, se dirige únicamente en contra del Estado de Chile, argumentando que fueron agentes al servicio de ese Estado los que infirieron el daño cuya reparación se solicita, afirmando “que la responsabilidad por los actos hechos – acciones u omisiones- antijurídicos, que causan daño a una persona, realizados materialmente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es directamente imputable al órgano al cual dicho funcionario está adscrito”, demandando así la responsabilidad extracontractual del Estado, citando, en síntesis, como fundamentos de tal responsabilidad el inciso 4º, del artículo 1º, de la Constitución Política de la República, en relación al encabezamiento del artículo 19 Nº 5º, incisos 2º, 6º y 7º del mismo texto, artículo 4º de la Ley de Bases de la Administración del Estado, normas complementadas por el artículo 19 en sus numerales 20 y 24 de la Carta fundamental, Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, mencionado entre otros el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana de Derechos Humanos y refiriendo finalmente el Derecho de Gentes o Derecho Internacional Consuetudinario.

Séptimo: Que, en el contexto reseñado, los supuestos fácticos de la acción intentada en sede penal en el libelo de fojas 707 y siguientes por Víctor Anthonio Barrera Barrera, hermano de la víctima José Guillermo Barrera Barrera, escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del daño experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo, entonces, en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal.

Octavo: Que conviene aclarar, además, tal como ha sido sostenido por esta Corte, que “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto

organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho.” A lo anterior se ha añadido, “que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general, una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, sólo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad” (Corte Suprema, Rol N° 428-03.-).

Noveno: Que, de acuerdo con lo anterior, los disidentes estuvieron por acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal del escrito de fojas 728 y siguientes, estimando improcedente emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas del Fisco formuladas en esa misma presentación.

Asimismo, el Abogado Integrante señor Hernández, estuvo por revocar la sentencia en alzada en cuanto acogió la demanda civil interpuesta, siendo de parecer de rechazarla, en consideración a los siguientes racionios.

1°.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional Consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de “ius cogens”. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2°.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad - categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos - son imprescriptibles, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3°.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos. En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil. A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

4°.- Que cabe desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que sólo

vino ser aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la **“indemnización compensatoria”** fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y **“el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”**, respectivamente.

5°.- La circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a la acción civil impetrada, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción, en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última.

Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, con sólo considerar que los ilícitos penales se cometieron el 16 de septiembre de 1.973 y el 14 de marzo de 1974, en tanto la querrela criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el 5 de marzo de 2.000, sin que, en el lapso intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción competente, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso. Como el referido término es de cuatro años “contados desde la perpetración del acto”, según reza el artículo 2.332 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 2.497 del mismo ordenamiento y constatado que el curso de la prescripción no se interrumpió mediante la interposición de una demanda judicial, en los términos del artículo 2.518, la premisa antes asentada no puede merecer dudas.

6°.- Que se ha dicho por esta misma Corte que la determinación estatal manifestada a través de la creación de la pensión de reparación y demás beneficios reconocidos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, individualizados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concretada en la Ley 19.123, de 8 de febrero de 1.992, que concedió una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, “importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas”, acto que “debe tenerse en cuenta para los efectos de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones que tienen por propósito se condene al Fisco a indemnizar el mismo perjuicio cuya reparación motivó la aprobación de aquel cuerpo legal” (SCS. Rol N° 4753/2.001, de 15.05.2.002, consids. 12° y 13°).

Pues bien, incluso atribuyendo a esa norma legal efecto interruptivo, la conclusión propuesta no puede variar, en cuanto aun desde la fecha de su publicación y hasta que el actor civil puso en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho –incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela esa virtualidad – el término extintivo que interesa se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

7°.- Que, desde luego, la normativa atinente, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concierne específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. Por su parte, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención

Americana - que obliga al Estado infractor al “pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (art. 68.2) – no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.

La inferencia lógica no puede ser sino que, constituyendo la prescriptibilidad de todas las obligaciones civiles la regla general, cualquiera excepción debería ser establecida explícitamente, sin que las mentadas disposiciones ni ninguna otra de las comprendidas en los pactos internacionales reseñados, contenga una alusión expresa e inequívoca al instituto de la imprescriptibilidad, como sí ocurre respecto de la acción penal, en el Derecho Internacional.

8°.- Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor “constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más” (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).

En similar sentido, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, de 5.02.01, consid. 99, se resolvió que la sentencia misma constituía per se “una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas”, excluyendo otra indemnización que el reintegro de los gastos acreditados por las víctimas. Igual planteamiento se formula en “Claude Reyes y otros vs. Chile”, de 19.09.2006, consid. 156.

9°.- Que, a juicio de este disidente, la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país. En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: “Reconociendo que **es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal**”. De su tenor se extrae que la norma convencional se limita a “**afirmar**” tan relevante principio, con el claro objetivo de “**asegurar**” su aplicación a todas las naciones, independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: “Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la

Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”.

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad: "El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen" (art. 6°). La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados comportamientos.

10°.- Que el artículo IV de la aludida Convención - “ que en este punto se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido”, según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2.006 - introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que “la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo”, no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

11°.- Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

12°.- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, “no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo” (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

13°.- Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en la reflexión precedente, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y, además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

14°.- Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar - más que la justicia- la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, en el vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance a sólo este último aspecto.

15°.- Que, confirmando esta deducción, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los **“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”**.

En lo atinente a la cuestión estudiada, la resolución reza: **“7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”** El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de “las acciones civiles” y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la “víctima” demanda contra el “autor” del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya “recursos efectivos” contra aquellas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: **“16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”**.

Conforme a esta regla, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados.

16°.- Que, si bien sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar el 11 de marzo de 1.990 - o aun la de publicación de la Ley N° 19.723, de 8 de febrero de 2.002, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa aludida en la reflexión 12ª precedente.

17°.- Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del artículo 2.332, por remisión del artículo 2.497, ambos del Código Civil,

resulta legítima y permite desestimar la de tal naturaleza interpuesta en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causal.

Se previene en lo penal, que el Ministro Sr. Rodríguez, si bien acepta el calificativo de lesa humanidad que se hace en el fallo, lo hace sólo a mayor abundamiento, ya que su fundamento principal para concurrir a la decisión de condena consiste en que los delitos se cometieron bajo estado de guerra que hace aplicable los Convenios de Ginebra, sobre el trato de prisioneros de guerra, de conformidad a los siguientes raciocinios:

Primero: Que como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumieron el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "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", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en esa ocasión en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo con el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que persistió por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Segundo: Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada era, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con "bandos" los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los indicados cuerpos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitarlos al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político, cuya

intromisión se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

Tercero: Que, a la vez, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, condición expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. Aquél, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, apoyado en el Libro I, Título III del aludido cuerpo de leyes, decretó que “la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia” (artículo único).

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifiesta su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”, que abarca a los prisioneros civiles (artículo 86, inciso segundo, del Código de Justicia Militar).

La peculiaridad de la oportunidad descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en tales circunstancias surgen y a proclamar la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Corroboró la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre dentro de la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras sentencias, las pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 – 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 – 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

Y todavía el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

Cuarto: Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objetivo únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la coyuntura de subversión existente, y para el sólo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: “... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando ‘de hecho ella existiere’. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho”. Luego continúa que: “el inciso primero del artículo 419

señala para considerar que una fuerza está ‘frente al enemigo’, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan ‘emprendido los servicios de seguridad’ en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho ‘enemigo’, a estar al ‘frente del enemigo’ implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...”.

“Por lo tanto, la existencia de un ‘enemigo interno’ es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (“Plan Lanceta”, “Plan Ariete”, “Plan Cobra”, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo “Lautaro”, “Plan Trueno”, etcétera). Y es más, el mismo ‘enemigo’ habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ‘Vanguardia Organizada del Pueblo’ (VOP), ‘Brigada Ramona Parra’, ‘Brigada Elmo Catalán’, ‘Frente de Trabajadores Revolucionarios’ (FTR) y ‘Movimiento Obrero Campesino’ (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del ‘enemigo interno’ señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...”.

“Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile” (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: “Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra”, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 – 73) concluyó que “... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación- por el artículo 418 del Código de Justicia Militar” (Colegio de Abogados de Chile: “La Justicia Militar en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

Quinto: Que, por lo demás, las autoridades a la sazón reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno, General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta (“Antecedentes Históricos – Jurídicos: años 1972 – 1973”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: “sólo por eso, la guerra civil revolucionaria

pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso”. “Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados”. “Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

En definitiva, razona que en cuanto a la “Legalidad el estado de guerra”, “la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe”.

Por su parte, la Armada de Chile en su respectiva réplica al indicado Informe, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, asegura en su acápite C “Estado de guerra interna y tribunales en tiempo de guerra” que la promulgación del Decreto Ley N° 5 se hizo indispensable desde que: “la acción de los grupos subversivos y terroristas organizados en cuadros paramilitares y dotados de armamentos y explosivos, gran cantidad de los cuales eran de origen extranjero, continuaban su acción sediciosa y antinacional en todo el país, especial gravedad tenía el hecho público y notorio, que la subversión contaba en su lucha revolucionaria con el debido apoyo de potencias extranjeras, lo que le daba, además, las características de un ataque foráneo a la integridad de nuestra patria y de sus instituciones fundamentales”. Para luego explicar que “la guerra en general, de acuerdo con las definiciones usuales, es la desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más naciones; es la lucha armada entre dos o más Estados o entre bandos de una misma nación. Cuando grupos paramilitares organizados, aplican la violencia armada como instrumento de acción política para alcanzar el poder, se configura una situación de guerra interna, de naturaleza irregular. El caso de Chile, en los años que siguieron al pronunciamiento del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, constituyó un ejemplo típico de un estado de guerra interna, en el que la Junta de Gobierno estaba permanentemente enfrentada a la enconada acción revolucionaria de grupos violentistas organizados, cuyo objetivo final era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la libertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad”. Concluye que “En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan”.

Sexto: Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su era, toda vez que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el 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” y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas

organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6º, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Además, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad más alta propia de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, en otras palabras, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse los injustos materia del actual sumario.

Séptimo: Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, 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 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3º común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3º de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición de la noción de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las modalidades que debía tener la perturbación para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante idea, 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 órdenes 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.

Para en seguida puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no esta subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a inflingir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

Octavo: Que, por lo demás, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la aludida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible después de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración e imprescriptibilidad respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regula las conflagraciones bélicas en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctimas de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

Noveno: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, torna competentes los tribunales militares en tiempo de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una alteración de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

La indicada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

Décimo: Que en tales condiciones este previniente sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se

encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente 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, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

Undécimo: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables a los ilícitos cometidos en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: "a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y 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 previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de perpetrar, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellas, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

Duodécimo: Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedan vedadas los recaudos tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renuncia a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, tiene particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

Asimismo, se previene que el Ministro Sr. Rodríguez, comparte la opinión de la señora Fiscal Judicial, en orden a mantener el criterio jurídico expresado en el auto de cargos de fojas 672; estimando que, los hechos que se tuvieron por acreditados respecto de Gárate Torres, en el motivo decimo octavo y en relación a Barrera Barrera, en el fundamento decimo noveno del fallo en alzada, son constitutivos de dos delitos de secuestro calificado, previstos en el inciso 1° con relación al inciso 3°, ambos del artículo 141 del Código Penal y cuya calificación se configura en razón del tiempo durante el cual se ha prolongado la acción típica, evento para el cual, el citado inciso tercero, en su redacción vigente a la época del comienzo de la ejecución de los delitos, disponía que tales delitos se sancionaban con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, causal primera de agravación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Segundo Nicolás Gárate Torres y de José Guillermo Barrera Barrera, quienes fueron detenidos en forma ilegal, en el caso del primero, el 16 de septiembre de 1973 y, en el caso del segundo, el 14 de marzo de 1974.

Que, de igual modo, en otro orden de ideas, concurre a la aceptación de la morigerante de la media prescripción o prescripción gradual, en atención a las elucubraciones que pasa a exponer:

1°).- En lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consume, pero el encierro o la detención (el resultado) empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

2°).- Que la cesación de ese estado antijurídico, a la inversa, puede o no depender del arbitrio del delincuente: así ocurre cuando devuelve al ofendido, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal). Empero, también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados “cursos salvadores”, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga de la propia víctima o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevivientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior inimputabilidad (enfermedad o ineptitud mental), o su incapacidad para levantar la prórroga del estado antijurídico, o la muerte de la víctima, conjetura esta última igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

3°).- Que bajo este prisma es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace tiempo los imputados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha imposibilidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto.

4°).- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro del secuestrado, y en que los secuestradores perdieron el dominio de los hechos, más como la última reapertura del sumario respecto de la investigación de la desaparición de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera

Barrera, se presentó recién el cinco de julio de dos mil, como se desprende de fojas 2 del Tomo II, entre ambas fechas han corrido más de veinticinco años, lo que significa bastante más de la mitad del mismo lapso fijado a este propósito por el artículo 94, inciso tercero, del Código Sancionatorio.

Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los inculcados, aunque no impide considerarlos como la minorante consagrada en el artículo 103 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 141 inciso 1° con relación al inciso 3°, del Código Penal vigente a la época de los sucesos, el Ministro que previene fue de parecer, de confirmar el veredicto de primer grado, con declaración que el **encartado Gerardo Alejandro Aravena Longa** queda condenado a la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, con las accesorias legales correspondientes, como **autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez y Jorge Yáñez**; y a la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con las respectivas accesorias legales, como autor de los delitos de secuestro calificado de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera**, perpetrados el 16 de septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974, respectivamente.

Se deja constancia que para resolver como se hizo en la fracción civil, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

No existiendo mayoría legal en el sentido de acoger o rechazar la acción civil deducida por la demandante, se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales y se discutió sobre su procedencia, no existiendo acuerdo entre los jueces en atención a que dos de ellos estuvieron por hacer lugar a la pretensión indemnizatoria, en tanto que otros dos, por acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal y un quinto juez, por rechazar la demanda civil por encontrarse prescrita la acción para deducirla, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviera mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del abogado integrante señor Hernández, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Dolmestch y Künsemüller mantuvieron su postura relativa a dar lugar a la demanda civil en los términos resueltos en el fallo de primer grado y los ministros señores Segura y Rodríguez, su posición de declarar la incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la misma. En tal evento, el abogado señor Hernández, quien rechaza la indemnización por encontrarse prescrita la acción civil, optó por la opinión más favorable al demandante y accedió a la pretensión compensatoria, para lo cual se funda en la circunstancia de que si bien él estuvo por rechazar la reparación pecuniaria, fue solamente por estimar prescrita la acción, pero en ningún caso le resta competencia al tribunal del crimen para su conocimiento y resolución; de modo que, resulta del todo consecuente, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del actor a la reparación civil, sancionando al Fisco de Chile como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redactó el abogado integrante señor Domingo Hernández Emparanza y las disidencias y las prevenciones, sus respectivos autores.

Rol N° 5.720-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P, Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura y el abogado integrante Sr. Hernández., no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y ausente el segundo.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de marzo de dos mil doce, 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.