

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil siete.

VISTOS:

En estos autos N° 2.182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio “Joan Alsina”, por sentencia de primera instancia dictada por el Ministro de Fuero señor Jorge Zepeda Arancibia el dieciocho de octubre de dos mil cinco, que se lee de fojas 723 a 794, se condenó a Donato Alejandro López Almarza a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más el pago de las costas del litigio, como autor del delito de homicidio calificado de Joan Alsina Hurtos, acaecido en horas de la noche del día diecinueve de septiembre de 1973.

Por su fracción civil, se rechazó la demanda interpuesta en el primer otrosí del escrito de fojas 573, por doña Fabiola Letelier del Solar, en representación de María Alsina Hurtos, en contra del condenado Donato Alejandro López Almarza y del Fisco de Chile.

Impugnado dicho veredicto por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, previo informe de la Fiscal Judicial señora Sylvia Pérez Pizarro, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintinueve de marzo de dos mil siete, que corre de fojas 901 a 904, en lo penal, desestimó el primero de tales arbitrios y confirmó la sentencia, con declaración que Donato Alejandro López Silva (sic) queda condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más las accesorias previstas por el artículo 28 del Código Penal. En lo civil, mantuvo el pronunciamiento de primer grado.

En contra de esta última decisión, el abogado Sergio G. Rodríguez Oro, en representación del encausado Donato Alejandro López Almarza, dedujo sendos recursos de casación en la forma, asilado en el N° 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, y en el fondo, por las causales N° 1 y 7 del artículo 546 del mismo ordenamiento.

Declarados admisibles tales arbitrios, se trajeron los autos en relación, según reza la resolución de fojas 943.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el compareciente, en primer término, ha planteado un recurso de casación en la forma fundado en la causal undécima del artículo 541 del Estatuto procesal penal, esto es, en que la sentencia ha sido dictada en oposición a otro fallo criminal pasado en autoridad de cosa juzgada. Sobre este capítulo, refiere que el fallo atacado contradice lo resuelto en la causa Rol N° 159.954-1 del Tercer Juzgado del Crimen. En este sentido, aduce que la persona del imputado no reviste trascendencia al

momento de analizar los supuestos de la cosa juzgada, ya que el principio de no persecución múltiple busca proteger al sujeto del riesgo de una nueva persecución, simultánea o sucesiva. Refiere que en el caso de autos, claramente se ha renovado una persecución penal, pues en los dos procesos hay completa identidad del hecho punible y en ambas causas fue y es imputado López Almarza. De este modo, el sobreseimiento de aquélla produce cosa juzgada erga omnes, pues, por sobre el tenor literal del artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, habrá que atenerse al motivo del sobreseimiento, en especial, si atiende a una cuestión objetiva. Aduce que la exigencia de un procesamiento anterior importa desconocer la unánime jurisprudencia de este Tribunal a propósito de la interpretación, por ejemplo, de los artículos 96 del Código Penal y 408 N° 7 del de Procedimiento Criminal.

SEGUNDO: Que por el recurso de casación en el fondo estima concurrentes las causales previstas en los ordinales primero y séptimo del artículo 546 de la compilación procesal penal, vale decir, para el caso en estudio, porque la sentencia, aunque califica el delito con arreglo a la ley, impone una pena más grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho al determinar la participación que ha cabido al condenado en el ilícito y al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad y, en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, con infracción substancial en lo dispositivo de la sentencia. Por este arbitrio, indica que el fallo condenó a su representado por haber tomado parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite, es decir, como autor ejecutor, cuando en realidad su conducta a lo sumo puede encuadrarse en actos de cooperación, desde que, sin concierto previo y sin tomar parte directa en la muerte, no arbitró todas las medidas necesarias para evitar el homicidio, es decir, incurrió en una omisión al dejar hacer a sus subalternos y no impedir sus actuaciones dolosas. De este modo, denuncia que el dictamen de marras no aplicó el artículo 51 del Código Penal en lo concerniente a la complicidad en un delito consumado y se le condenó finalmente como autor, conforme al del artículo 15 N° 1 de la indicada normativa, siendo que su actuar únicamente puede dar lugar a la participación que regula el artículo 16 de la misma compilación. Enseguida, argumenta que se incurre en error de derecho por los sentenciadores al no estimar concurrente la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, circunstancia en virtud de la cual, y por aplicación del artículo 68 del mismo cuerpo legal, es permitido rebajar la sanción en uno, dos o tres grados al mínimo de la pena. También denuncia que los basamentos décimo séptimo, décimo octavo, vigésimo séptimo y vigésimo octavo del veredicto de primer grado, reproducidos por el de alzada, yerran en cuanto a tener por acreditados los supuestos de la autoría del artículo 15 N° 1, del Código Punitivo, pues el primero de ellos, relativo a la autoría de quien toma parte en la ejecución del hecho, se ha acreditado en base a un único antecedente o presunción, cual es, haber sido superior de los autores materiales directos de la muerte, lo que

conlleva infracción a los artículos 488 N° 2 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

En lo que atañe al segundo de tales supuestos , -impedir o procurar impedir que se evite el delito- no existe ningún antecedente que lleve a concluir que Donato López haya intervenido en la ejecución, ni en su aspecto positivo, ni desde el punto de vista de impedir que se evite. La segunda parte del artículo 15 N° 1 requiere tomar parte directa en la obra común de los coautores por vías negativas, en tanto en autos no se comprobó su intervención inmediata y directa, sino sólo su falta de acción para impedir la conducta de sus subalternos.

TERCERO: Que no obstante lo anterior, durante el estudio de la causa, el Tribunal advirtió que los antecedentes dan cuenta de un vicio de aquéllos que permiten invalidar de oficio la sentencia, lo que no se pudo dar a conocer a las partes habida cuenta del estado procesal en el que se encontraba el asunto.

CUARTO: Que, en este sentido, el artículo 500, N° 4°, del Código de Procedimiento Penal, señala en forma imperativa que todo fallo definitivo en materia criminal debe contener ordinariamente, so pena de nulidad, “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”.

Aquellas necesarias reflexiones que deben servir de fundamento al veredicto y que como requisitos indispensables exige la norma citada, tienden a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento así como a proporcionar a las partes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos.

QUINTO: Que, en estos autos se dictó sentencia condenatoria contra Donato López Almarza por el delito de homicidio calificado de Joan Alsina Hurtos. El ilícito de que se trata conlleva una pena privativa de libertad que abarca del presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Sin embargo, en el caso de autos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior y sin agravantes, se impuso la pena corporal de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias legales correspondientes.

SEXTO: Que fácilmente se advierte que la resolución recurrida ha omitido todo raciocinio acerca de la determinación de la sanción a la que en definitiva se arribó, de lo que se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos basamentos que, en forma concreta y determinada, comprendan las razones en las

cuales se sustenta la condena impuesta, careciendo por tanto de aquella base legal necesaria para que los litigantes puedan apreciar con certeza la justicia que se les administra, y no únicamente que se limite a una aseveración, sin ninguna demostración.

SÉPTIMO: Que, dado lo expuesto, el dictamen de alzada con la abstención anotada, queda claramente incurso en la motivación contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código persecutorio penal, en conexión con el artículo 500, N° 4° del mismo ordenamiento, pues no ha sido extendido 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, de oficio, procede a anularla, dictando en su lugar el dictamen de reemplazo que corresponda, en los términos que estatuye el artículo 544 de la compilación adjetiva antes citada, acorde con lo prevenido en los artículos 535, inciso 1°, del mismo ordenamiento, en relación con el artículo 775 del Código de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO: Que, en razón de lo antes concluido, se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en la forma y en el fondo intentados por el representante del condenado, en lo principal y primer otrosí de su presentación de fojas 905, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 500 N° 4, 541 N° 9 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765 y 775 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de veintinueve de marzo de dos mil siete, escrita de fojas 901 a 904, la que es nula en todas sus partes y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Domingo Hernández Emparanza.

Rol N° 2257-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los Abogados Integrantes Sres. Fernando Castro A. y Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación precedente y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

Se mantienen las reflexiones contenidas en los considerandos Primero a Cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de veintinueve de marzo de dos mil siete.

En cuanto a los recursos de apelación deducidos a fojas 801 y 806 y adhesión de fojas 832:

Se reproduce la sentencia en alzada de dieciocho de octubre de dos mil cinco, escrita de fojas 723 a 794.

Y teniendo además, presente:

Primero: Que por concurrir en la especie la situación prevista en el artículo 103 del Código Penal, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 68 del mismo ordenamiento, se impondrá la pena inferior en dos grados al mínimo del señalado en la ley, esto es, presidio menor en su grado máximo.

Segundo: Que los argumentos sostenidos por los recurrentes no son suficientes para alterar lo resuelto por el fallo que se revisa, y coincidiendo este Tribunal con lo dictaminado por la señora Fiscal Judicial, se resuelve:

1.- **Se rechaza el recurso de casación en la forma** deducido en lo principal del escrito de fojas 806 a 828 por la asistencia jurídica del condenado, representada por don Sergio Rodríguez Oro, en contra de la sentencia definitiva de dieciocho de octubre de dos mil cinco, escrita de fojas 723 a 794.

2.- **Se confirma** la sentencia en alzada, con declaración que Donato Alejandro López Almarza queda condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias indicadas en el fallo que se revisa.

3.- Se reduce el plazo de tratamiento y observación correspondiente al beneficio alternativo de la libertad vigilada concedido, al mismo tiempo de la condena.

Acordada la condena contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por su defensa y, en cambio, acogiéndola, fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor del encartado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones, que ya manifestara en su disidencia al fallo de mayoría de cinco de septiembre de dos mil siete, Rol N°6525-06:

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 estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre en el mes de septiembre de 1973, y la querrela para perseguir la responsabilidad penal del encartado se presentó el 31 de julio de 2000, según consta a fojas 2, ordenándose la instrucción del sumario con fecha 1 de octubre de dos mil dos, prosiguiéndose la investigación hasta llegar a la etapa actual;

3° Que tal como se reconoce en el considerando Trigésimo Primero de la sentencia de primer grado, reproducida por la presente, 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 1973, 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, a 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 1989, 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 ya 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, el disidente ya ha 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.

El Sr. 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, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en Septiembre de 1973 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;

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 renunciaciones 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” (Grigalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de 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 5° 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, 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. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco 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.

Agréguese copia de esta resolución y de la sentencia de casación que la precede, en los autos Rol N° 2182-98, Episodio Carlos Fariña.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Domingo Hernández Empananza y de la disidencia, su autor.

Rol N° 2257-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los Abogados Integrantes Sres. Fernando Castro A. y Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.