

Santiago, once de enero de dos mil dieciséis.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 740-2011, del 34° Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, se absolvió a Luis Alberto Jeldres Olivares y a Aclicio del Carmen Muñoz Mori de la acusación que les fuera formulada de ser autores del delito de homicidio calificado de José Miguel Vargas Valenzuela, ocurrido el 16 de septiembre de 1973, en la comuna de Barrancas, por encontrarse prescrita la acción penal ejercida. En lo civil, como consecuencia de la absolución, se rechazó la demanda ejercida por José Miguel Vargas Galvez en contra del Fisco de Chile y de los sentenciados Geldrés Olivares y Muñoz Mori.

Apelado dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintinueve de mayo último, a fojas 773, lo confirmó.

Contra ese fallo el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y la parte demandante dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de fojas 781 y 804, respectivamente, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 843.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo promovido en representación del Programa Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior se funda en la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose infracción al artículo 433 N° 7 del mismo cuerpo legal, en concordancia con los artículos 7, 93 N° 6, 94, 95 y 391 N° 2 del Código Penal y 6 del Estatuto del Tribunal Internacional del Nüremberg.

Se plantea por el impugnante que los hechos que el fallo ha dado por demostrados constituyen un delito de lesa humanidad, pues no se trata de un suceso aislado y casual, sino que formó parte de la ejecución de una política de estado de control del orden público, contraria a los derechos humanos y constitutiva de un ataque generalizado o indiscriminado en contra de la población civil. En tales circunstancias, la acción penal que de ellos emana es imprescriptible, condición que surge de normas que poseen un valor universal, por ser consideradas ius cogens, cuyo carácter imperativo se desprende del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, como sucede con el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, con los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, elaborados y sistematizados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Por último, también para efectos interpretativos, ha debido tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley N° 20.357, que precisa las circunstancias que definen los delitos de lesa humanidad.

A partir de esta normativa es posible sostener que todo secuestro u homicidio perpetrado en ejecución de la política de estado imperante en la época,

plasmada en el Decreto Ley N° 3, de 11 de septiembre de 1973, posteriormente sistematizado por el Decreto Ley N° 640 y modificado por el Decreto Ley N° 1.009, constituye un crimen contra la humanidad.

De haberse aplicado correctamente el derecho no pudo arribarse a la decisión absolutoria alcanzada, por lo que, en la conclusión, se solicita la invalidación del fallo y, acto continuo, se dicte la sentencia de reemplazo que haga efectiva la responsabilidad de los acusados en el delito de homicidio cometido en la persona de José Miguel Vargas Valenzuela.

Segundo: Que en términos similares a los relacionados en el motivo anterior la parte demandante formalizó recurso de casación en el fondo, también motivado en la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dada la infracción a los artículos 433 N° 7 del referido cuerpo legal y 7, 14, 15 N°1, 93 N° 6, 94, 95 y 391 N° 2 del Código Penal.

Se expresa en este caso, además, que los hechos generan responsabilidad para la administración porque fueron perpetrados por agentes policiales con un evidente propósito político, que compromete la responsabilidad del Estado pues la falta se ha cometido en ejercicio de un cargo o con ocasión del mismo, lo que coloca al suceso delictivo en la esfera del derecho público, donde no cabe aplicar por analogía las normas sobre prescripción extintiva, propias del derecho privado, consagradas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Consecuencialmente, han quedado sin aplicación los artículos 1, 2, 4, 5, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, 4 y 44 de la Ley N° 18.575, los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Chile, en especial los Convenios de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Políticos y Sociales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y el Tratado sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad, las normas de ius cogens y los Principios del Derecho Humanitario Internacional

Finaliza solicitando que se anule la sentencia impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo que haga efectiva la responsabilidad penal de los inculcados imponiéndoles la pena acorde al delito de homicidio calificado cometido y se dé lugar a la demanda por daño moral conjunta y solidariamente en contra de los acusados y en contra del Fisco, con costas.

Tercero: Que sin perjuicio de lo antes relacionado, del análisis del pronunciamiento impugnado, que reproduce sin modificaciones el del a quo, se desprende que este adolece de manifiesta falta de fundamentos.

En efecto, el considerando tercero del fallo de primer grado, al momento de establecer los hechos, consigna que los agentes estatales contra quienes se formuló acusación, el 16 de septiembre de 1973, aproximadamente a las 02:15 horas, luego de conminar a la víctima José Vargas Valenzuela a detener el vehículo que conducía, decidieron disparar al móvil mientras este se encontraba en movimiento, a consecuencia de lo cual el conductor resultó herido, por lo que

fue trasladado a la Posta 3 de la Asistencia Pública y a los días después a la Posta Central, falleciendo el 27 de septiembre del mismo año, “siendo viable que las lesiones se hayan generado en una herida a bala, aunque no puede aseverarse, dada la destrucción y distorsión de la anatomía abdominal ...”. Añade el motivo cuarto, que de los hechos así descritos “no permite adquirir convicción acerca que las lesiones que provocaron la muerte de José Miguel Vargas Valenzuela sean consecuencia de una herida a bala ...” y que “se plantean aún dudas acerca de la posición de los involucrados, de la víctima, de la lesión por ésta sufrida y la ubicación del vehículo”. Por su parte, el motivo sexto apunta que los acusados asumieron que la víctima intentaba huir, pues no se detuvo a la voz de alto, por lo que dispararon con sus armas de servicio al lugar donde se encontraba, “acciones que si bien no se justifican porque se atenta contra la vida de las personas, no son suficientes para conformar el delito de homicidio calificado, ..., porque no se contienen todos los elementos constitutivos del tipo, aunque sí el delito de homicidio simple”. En el fundamento séptimo se afirma que “... no nos cabe duda que estamos en presencia de un homicidio ...”, sin embargo, en el basamento undécimo, se llega a la conclusión que “a las dificultades observadas para calificar el tipo delictivo, se agregan aquellas relativas a determinar con absoluta seguridad y certeza ... la responsabilidad que en estos hechos le cabe a cada uno de los procesados, todas vez que las pericias balísticas han resultado vagas para colegir cuál de los encausados es el que efectúa el disparo que presumiblemente lesiona a la víctima, reiterando presumiblemente, por la vacilación planteada en la autopsia acerca de que la lesión de la víctima fuere finalmente provocada por una herida a bala”.

Cabe añadir que se terminó por absolver a los acusados, tras resolverse que el plazo de prescripción de la acción penal ejercida para perseguir el delito de homicidio simple se encontraba cumplido.

Cuarto: Que ante la evidente contradicción de raciocinios fácticos que permitan sustentar la decisión del tribunal, desde que no es posible sostener con certeza si se alcanzó pleno convencimiento acerca de la perpetración de un delito, se ha incurrido en el motivo de casación formal que contempla el artículo 541 N° 9°, en conexión con el artículo 500 N° 4°, ambos del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la resolución en examen carece de las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no acreditados los hechos que se atribuyen a los procesados.

Quinto: Que acorde con ello y visto lo prescrito en el artículo 535 inciso primero del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo estatuido en el artículo 775 del de Procedimiento Civil, esta Corte se encuentra facultada para invalidar la indicada resolución, desde que se dan en la especie los presupuestos que permiten al tribunal proceder de oficio y siendo patente el vicio que afecta al fallo en estudio, hará uso de dicha atribución, anulando la sentencia por la causal

antes precisada. No fue posible oír a las partes sobre este punto por haberse constatado el vicio en la fase de acuerdo.

Sexto: Que por lo razonado precedentemente los recursos de casación en el fondo promovidos se tendrán por no formulados.

Por consiguiente y visto lo ordenado en los artículos 535, 500, N° 4°, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal; 764, 765, 775 y 808 de su homónimo de Procedimiento Civil, se invalida de oficio el fallo de veintinueve de mayo de dos mil quince, que se lee a fojas 773, por lo que acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se dicta la sentencia de reemplazo que corresponde.

Atento lo resuelto, se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados a fojas 781 y 804.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Cisternas.

Rol N° 8706-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A., y Rodrigo Correa G. No firman los abogados integrantes Sres. Matus y Correa, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, once de enero de dos mil dieciséis.

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

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada con las siguientes modificaciones:

1.- En el fundamento Tercero se suprime la oración que comienza con la palabras “siendo viable” hasta su término.

2.- Se prescinde de los motivos Cuarto, Séptimo, Octavo, Undécimo, Décimo quinto, Décimo sexto y Décimo séptimo.

3.- En la reflexión Sexta se elimina la oración “Esto en principio puede configurar un delito de homicidio circunstanciado como lo sostiene el querellante; sin embargo”.

4.- En el motivo Décimo cuarto se elimina la oración “sin las características que exige el derecho internacional para que estos casos sean considerados como crímenes contra la humanidad e imprescriptibles”.

5.- En el considerando Décimo noveno se elimina la frase que comienza con las palabras “petitorio que conforme se viene sosteniendo ...”, hasta su término.

6.- En el basamento Vigésimo se excluye la oración “Todo lo anterior ante la decisión de absolver, resulta innecesario emitir pronunciamiento de fondo”.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

En lo penal:

Primero: Que los hechos demostrados en autos, contenidos en el fundamento Tercero del fallo que se revisa, con las modificaciones incorporadas en esta sentencia, constituyen el delito de homicidio de José Miguel Vargas Valenzuela, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, descartándose así las pretensiones del acusador particular, contenida en su presentación de fojas 508, y de la parte querellante, a fojas 515, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a propósito de la naturaleza del delito pesquisado.

Segundo: Que los antecedentes incorporados a fojas 125, 127, 150, 153 y 213, por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, constituyen un conjunto de presunciones judiciales que permiten tener por acreditada la participación de los acusados en calidad de autores, en los términos que dispone el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en el delito de homicidio de José Miguel Vargas Valenzuela.

Tercero: Que en relación a las defensas promovidas por ambos acusados, es conveniente precisar en forma previa la naturaleza del delito investigado.

Reiteradamente ha señalado esta Corte 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, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión 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 con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que contrarían de forma evidente y manifiesta 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.

Cuarto: Que tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357, del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales que los recurrentes han vertido en estrados como también en sus actuaciones en el curso del proceso, hoy es conteste en considerar como elementos típicos del crimen contra la humanidad - en lo que aquí interesa-, el que las acciones que los constituyen sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y el conocimiento de dicho ataque por el agente (en el mismo sentido, SCS Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014, Rol N° 2931-14 de 13 de noviembre de 2014, Rol N° 11.983-14 de 23 de diciembre de 2014).

Quinto: Que con ocasión del estudio del elemento de contexto del crimen de lesa humanidad, contenido en el preámbulo del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la doctrina más autorizada ha señalado que dicho precepto convierte en crimen de lesa humanidad los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático-general. Esta prueba se propone para garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir sin más un crimen de lesa humanidad. Mientras el término “generalizado” implica un sentido más bien cuantitativo: que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, la expresión “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica. Sin perjuicio que la jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o

alternativa de estos elementos, se ha destacado que lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política” de actuación, sólo su existencia convierte múltiples actos en crimen de lesa humanidad. Este elemento -de la política- deja en claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política, para categorizar de otro modo los delitos comunes como crimen de lesa humanidad.

Sexto: Que de las dos hipótesis alternativas que prevén los crímenes contra la humanidad, en el caso de estos antecedentes nos encontramos ante un ataque indiscriminado, que no exige *“que la víctima haya tenido una militancia política u opción política definida, o que el delito se haya cometido a causa de tal militancia u opción política de la víctima”*.

El régimen imperante a la época de la muerte del ofendido, en que regía el estado de sitio y toque de queda, correspondió con una política estatal de control del orden público que autorizó a los agentes del Estado para detener, e incluso privar de la vida a los ciudadanos que circularan sin autorización por la vía pública en el horario previamente fijado por la autoridad.

Por otro lado, consta de autos que con ocasión de estos hechos se instruyó un proceso militar por el 2do. Juzgado Militar de Santiago, Rol N°193-73, en que los agentes estatales no fueron considerados responsables de delito alguno, pues las indagaciones únicamente apuntaban a esclarecer el delito de no acatar orden de detención durante toque de queda, atribuido a José Vargas Valenzuela, dictándose sobreseimiento con ocasión de su fallecimiento, lo cual pone de manifiesto que su actuar, o bien fue ordenado, o bien, al menos, contó con el beneplácito o tolerancia de los responsables de diseñar e implementar esta política estatal de control del orden público.

Séptimo: Que, en consecuencia, en este contexto, los hechos que causaron la muerte de Vargas Valenzuela a causa de los disparos que hicieron los funcionarios policiales, deben ser calificados como delito de lesa humanidad, pues es incuestionable, no sólo en atención a los hechos del proceso sino, además, por lo que ha sido demostrado por diferentes informes, que en la época en que se perpetró, se implementó una política estatal que consultaba la represión de posiciones ideológicas contrarias al régimen y la seguridad al margen de toda consideración por la persona humana -precisamente el “toque de queda” que autorizaba el empleo de las armas de fuego-, el amedrentamiento a los civiles y, sobretodo, la garantía de impunidad que el mismo régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden, entre otras actuaciones.

En esas circunstancias carece de toda importancia que no se haya establecido formalmente que la muerte de la víctima haya sido la materialización de una orden o actuación vinculada a una política estatal por la que las

autoridades de la época instruyeran u ordenaran la aniquilación inmediata de todo aquel que no respetara las restricciones horarias de tránsito por la vía pública impuestas por el toque de queda, pues el hecho en particular se ejecutó en razón de las condiciones antes descritas, cuales son, en verdad, las que autorizaban a matar ante la nimia transgresión de la limitación horaria del toque de queda. Frente a estos hechos prevalecía la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia de las autoridades.

Octavo: Que sobre la exigencia de que esta clase de delitos forme parte de la política estatal que constituye el ataque generalizado contra la población civil, el delito de la especie claramente se inscribe como parte del patrón de atentados que se ejecutaban diariamente por agentes estatales contra esa población, los que no eran desaprobados, reprochados ni menos perseguidos por las autoridades estatales, como quedó demostrado con la precaria investigación de la justicia militar de la época, ello como parte de su política de seguridad, de todo lo cual tenían conciencia los policías involucrados, al no darse por acreditado por los juzgadores de la instancia ninguna circunstancia que permita representarse algún motivo de justificación o proporcionalidad ante la transgresión del horario por parte de la víctima.

Noveno: Que en cuanto a la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal de la amnistía y prescripción, esgrimidas por la defensa de ambos acusados, además de lo antes relacionado, es conveniente tener presente que, según la doctrina reiterada de esta Corte Suprema, nuestro país, al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar 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 cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en ese instrumento internacional; también se obligan los Estados Partes a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente en cuenta que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

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 deberes 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 Nro. 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración 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 autoexoneración 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.

Undécimo: Que por otro lado, atendida su naturaleza, los hechos pesquisados constituyen un delito de lesa humanidad, porque ocurrieron en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima de este caso y muchas otras un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó 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 que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al régimen militar 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.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagra la imposibilidad de amnistiarlos, de establecer circunstancias excluyentes de responsabilidad o de declarar su prescripción, institutos 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. 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 posible de 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. Es por ello que en este tipo de transgresiones no es posible invocar la Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, porque lo prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos.

Duodécimo: Que tampoco es posible sostener que ultrajes a la dignidad de las personas como el que aquí se ha perseguido y sancionado, solo hayan sido tipificados como delito en Chile con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.357. Conforme a esa normativa, nuestro país ha recogido de modo expreso en su legislación interna conductas que eran punibles desde los inicios de nuestra legislación penal, por contravenir el ordenamiento internacional.

Décimo tercero: Que en lo que atañe a la eximente del artículo 10 N° 10 del Código Penal, tampoco se han acreditado los presupuestos fácticos exigidos para su concurrencia y, además, porque la expresión deber tiene aquí un significado estrictamente jurídico, lo que supone criterios de adecuación y proporcionalidad, así, sólo sería aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita, esa justificación es inaplicable, por cuanto el acto delictual cometido por orden de un superior, conserva su carácter ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la justificante, impide su reconocimiento como tal, y también como atenuante del 11 N° 1 del Código Penal, al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito, nada de lo cual ha sido comprobado.

Décimo cuarto: Que en relación al deber de obediencia que impone el artículo 334 del Código de Justicia Militar, respecto de los mandatos del superior jerárquico dentro de una institución militar -de Carabineros en este caso-, aparece de los hechos del proceso que la conducta de los acusados obedece a la materialización de sus propios designios, sin perjuicio de la situación de impunidad que el contexto imperante les proporcionaba, idea que se ha desarrollado en los apartados precedentes. Por ello esta defensa no puede ser atendida, pues dada la especial modalidad en que se cometió el delito, no hay antecedentes precisos de que éste haya sido el resultado del cumplimiento de una orden de carácter militar, presupuesto básico para alegar el cumplimiento del deber militar.

Décimo quinto: Que, por otro lado, los sucesos comprobados descartan la errada calificación del delito, como subsidiariamente se reclama por los acusados, pues la conducta de disparar de manera directa al vehículo guiado por la víctima, con las consecuencias conocidas, se aparta del mero ánimo de lesionar o de la posibilidad de sostener que la muerte haya sido únicamente el resultado de una acción culposa de los agentes. Por lo mismo, la pretensión de recalificar la participación de autor a cómplice, también alegada, habrá de ser rechazada, por lo manifiesto del proceder doloso de los acusados.

Décimo sexto: Que en relación a las minorantes de responsabilidad penal invocadas, se acogerá en beneficio de ambos acusados la circunstancia de

irreprochable conducta anterior, lo que resulta demostrado con el mérito de sus extractos de filiación, exentos de anotaciones pretéritas.

Respecto de la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, tampoco será acogida, por cuanto los antecedentes de la causa dan cuenta que el traslado de la víctima a un centro asistencial solo fue decidida en la Guardia de la Tenencia, pues los acusados, luego de los hechos, continuaron con su servicio habitual.

En lo que concierne a la minorante del N ° 9 del artículo 11 del Código Penal, se atenúa la pena a quien “ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, aludiendo a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecución por causas independientes de su voluntad. Para la norma en comento, la “colaboración” puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas. Asimismo, tal colaboración ha de ser *sustancial*, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación. En el caso en análisis, las circunstancias de hecho que permitirían configurar la indicada minorante no concurren, pues aun cuando los encausados en su versión preliminar hayan reconocido intervenir en el suceso, con posterioridad se desdicen, aceptando solo haber efectuado disparos al aire para conminar a la víctima a detener su vehículo.

Décimo séptimo: Que en cuanto a la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, invocada por las defensas, cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, mientras aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, la morigerante, en cambio, -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo desproporcionado que resulta una pena muy severa para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de

orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho penal.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, teniendo en cuenta para ello que el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza se arrastra desde el año 1973, por lo que el término requerido para su admisión ha transcurrido con creces.

Décimo octavo: Que para efectos de determinar la penalidad aplicable, es procedente considerar que a la fecha de los hechos el delito de homicidio simple tenía aparejada una sanción que se extiende del presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Beneficiando a los sentenciados la circunstancia de atenuación especial del artículo 103 del Código Penal, además de la irreprochable conducta anterior, la pena se rebajará en un grado a partir del mínimo asignado por la ley al delito, por aplicación del artículo 68 del Código Penal, quedando así determinada en la de presidio menor en su grado máximo.

En lo civil:

Décimo noveno: Que a fojas 525, don José Miguel Vargas Gálvez, hijo del fallecido José Miguel Vargas Valenzuela, entabló demanda en contra del Fisco de Chile y de los acusados Muñoz Mori y Jeldres Olivares, a fin de que sean condenados al pago de la suma de cien millones de pesos como resarcimiento del daño moral padecido con motivo de la muerte de su progenitor, oponiéndose los demandados en la forma que consigna en lo pertinente el fallo apelado.

Vigésimo: Que, tratándose de un delito de lesa humanidad, lo que ha sido declarado en esta sentencia, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente 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 inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación

Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama, teniendo en cuenta que la fuente originadora de la responsabilidad penal y civil es un único y mismo hecho cierto.

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce en su artículo 4°.

Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo. En este sentido, el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es ilustrativo al respecto, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Vigésimo primero: Que en el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, como se ha sostenido por este fallo, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Vigésimo segundo: Que por otro lado, como ya se ha esbozado, la acción civil aquí deducida tendiente a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados

internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado, como en este caso por acción de sus agentes, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

Vigésimo tercero: Que estas normas imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretenden los demandados, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

Vigésimo cuarto: Que de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. 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.

Vigésimo quinto: Que, por último, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6 inciso tercero de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del Fisco de Chile, quedarían inaplicadas.

Vigésimo sexto: Que estas mismas reflexiones impiden aceptar la alegación que formulara el Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que el actor obtuvo pensiones de reparación de conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con la indemnización que aquí se persigue y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada en que se asila el Fisco demandado, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Vigésimo séptimo: Que asimismo cabe desestimar la alegación del Fisco 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 aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el 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

Vigésimo octavo: Que concurriendo en la especie los elementos de perjuicio, responsabilidad y causalidad necesarios para la procedencia de la acción civil impetrada, corresponde que el Estado y los enjuiciados, atento, además, lo dispuesto en el artículo 2314 del Código Civil, sean obligados a la indemnización del daño moral sufrido por el actor.

Vigésimo noveno: Que, la existencia del daño que se busca resarcir se encuentra plenamente demostrado, como surge del documento de fojas 521, que da cuenta la relación de parentesco entre la víctima y el actor, y las secuelas que su fallecimiento le ha causado, como se desprende del informe de fojas 522.

Respecto del quantum de la indemnización, si bien el daño experimentado por el demandante es difícil de cuantificar, para la determinación del monto que se ordenará pagar se ha de tener en consideración que los instrumentos internacionales vigentes imponen la obligación de que la reparación a las víctimas

ha de ser adecuada, efectiva y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, por ello es que ha de considerarse al efecto que la Resolución 60-147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, señala, entre otras menciones, que “20. *La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:*

- a) El daño físico o mental;*
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;*
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;*
- d) Los perjuicios morales;*
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.”*

En este caso ha de tenerse en cuenta, además de las circunstancias que rodearon la muerte de la víctima, que las consecuencias del ilícito provocaron la ruptura definitiva del vínculo afectivo de un padre y su hijo, cuando recién contaba con cinco años de edad, suceso que se estima prudencialmente puede ser indemnizado con la suma de cien millones de pesos, cantidad que se ordenará pagar a favor del demandante.

Trigésimo: Que los hechos que fundan las alegaciones de reducir el monto de la indemnización a consecuencia de haberse procedido en cumplimiento de orden superior y por la exposición imprudente de la víctima al daño no encuentran sustento en los hechos efectivamente demostrados en la causa.

Trigésimo primero: Que de la forma antes señalada esta Corte no comparte el parecer de la Fiscalía Judicial agregado a fojas 757.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 28, 29, 68 y 141 del Código Penal, y los artículos 509 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se declara que:**

En lo penal:

Se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, escrita a fojas 678, en cuanto por ella se absolvió a Luis Alberto Jeldres Olivares y a Aclicio del Carmen Muñoz Mori del cargo de ser autores del delito de homicidio de José Miguel Vargas Valenzuela, perpetrado en esta ciudad el 16 de septiembre de 1973, y en su lugar se declara que se los condena, a cada uno, como autores del referido ilícito, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más las accesorias de inhabilitación absoluta para derechos

políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Concurriendo en favor de los sentenciados las exigencias previstas en el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se les concede la medida de libertad vigilada, debiendo permanecer bajo el control de la autoridad correspondiente de Gendarmería de Chile durante el tiempo de la condena y cumplir las exigencias del artículo 17 de la misma normativa, con excepción de la letra d), pues de otro modo sería ilusorio el beneficio otorgado.

En el evento que tal beneficio les fuere revocado, deberán cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta, para lo cual les servirá de abono el tiempo que permanecieron privados de libertad en esta causa, esto es, en el caso del condenado Muñoz Mori, entre el 9 y el 11 de septiembre de 2013, como consta de fojas 322 y 333; y en el caso del sentenciado Jeldres Olivares, entre el 23 y el 30 de septiembre de 2013, como se lee de fojas 343 y 357.

En lo civil:

Se rechazan las excepciones de pago y prescripción promovidas por el Fisco de Chile.

Se rechaza la excepción de prescripción opuesta por los enjuiciados.

Se revoca la decisión civil del fallo en cuanto desestimó la demanda deducida a fojas 525 por don José Miguel Vargas Galvez y se resuelve que esta queda acogida, condenándose a los sentenciados Jeldres Olivares y Muñoz Mori en forma solidaria con el Fisco de Chile a pagar al actor la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000).

La cantidad ordenada pagar se reajustará conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor y devengará intereses, respectivamente, desde que la presente sentencia quede ejecutoriada.

No se condena en costas a los demandados por haber litigado con fundamento plausible.

Se previene que el abogado integrante señor Matus concurre al fallo en lo penal con excepción de lo expuesto en sus considerandos cuarto, quinto, sexto y octavo en la medida que se da a entender en ellos una aplicación retroactiva de lo dispuesto en la Ley N° 20.357 y en el Estatuto de Roma, como fundamento para rechazar las defensas de los condenados. Este magistrado estima que dicho fundamento es contrario a la garantía constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal y al expreso tenor de lo dispuesto en el art. 24.1. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, según el cual, "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor" y, en su lugar, concurre al fallo teniendo presente las siguientes consideraciones:

1º- Que para la adecuada resolución de esta causa es necesario determinar el estatuto al que se encontraba sometida la actuación de los agentes del Estado que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Orden que, en ese entonces,

había asumido el mando supremo de la nación tras el golpe de estado de 11 de septiembre de 1973.

2º. Que como ha resuelto de manera reiterada esta Corte desde hace más de un lustro (véase, por todas, la Sentencia Rol N° 3125-04, de 13 de marzo de 2007), 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 constituido hasta entonces, asumiendo 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 ese momento 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 a lo dispuesto en el artículo 6º, 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 se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

3º. Que con posterioridad a esa fecha y hasta fines del año 1986, de manera prácticamente ininterrumpida y en casi todo el territorio nacional se mantuvo al país bajo Estado de Sitio.

4º. Que más allá de la forma y nombre que se dé a las acciones de las fuerzas de orden y seguridad desarrolladas en las referidas fechas, debe prevalecer la realidad, esto es, que desde el comienzo y hasta prácticamente el término del gobierno de facto instalado con el Golpe de Estado de 1973, sus fuerzas de orden y seguridad actuaron de facto sobre el terreno y respecto del resto de la población como si estuviesen inmersas en un conflicto armado de

carácter no internacional, una "guerra interna", en los términos usuales de las comunicaciones públicas de las autoridades de la época.

5°. Que 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, se aplican no sólo 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, sino también a los casos de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3° común de todos ellos.

6°. Que para clarificar el ámbito de aplicación de dicho artículo 3° 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 3° de estos Convenios (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 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 –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 concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las 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 luego

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”. Corrobora lo anterior que el objetivo 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 calificará, 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 infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

7°. Que de conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores, este magistrado sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el día 16 de septiembre de 1973, en el territorio nacional se encontraba desarrollándose un conflicto armado de carácter no internacional, siendo por tanto aplicables las disposiciones de los Convenios de Ginebra dispuestas para estos casos, en los términos del artículo 3 común de todos ellos.

8°. Que, por consiguiente, las disposiciones de dichos Convenios de Ginebra resultan plenamente aplicables al homicidio cometido el día 16 de septiembre de 1973 en la persona de José Miguel Vargas Valenzuela, ocurrido en la comuna de Barrancas, y perpetrado por personal policial dependiente del gobierno militar de ese entonces, con ocasión de una supuesta negativa a obedecer una orden de detención durante el “toque de queda” impuesto por dicho gobierno a la población civil.

9°. Que, en consecuencia, la muerte causada en tales condiciones a José Miguel Vargas Valenzuela, debe ser calificada como una infracción a lo dispuesto en el Art. 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949, y por tanto como un delito de lesa humanidad. En esas circunstancias, a juicio de este magistrado, carece de toda importancia que no se haya establecido formalmente que la muerte de Vargas Valenzuela haya sido la materialización de una orden específica del mando o de niveles superiores del mando o sea o no parte de un plan o un ataque generalizado contra la población civil, pues el hecho en particular se ejecuta en razón de la existencia de condiciones de conflicto armado no internacional.

En lo civil, el señor Matus, además, fue del parecer de imputar a la cantidad ordenada indemnizar la suma de diez millones de pesos, monto ya percibido por el

actor con ocasión de los mismos hechos, lo que da cuenta el documento de fojas 627.

Acordada la decisión de reconocer a los enjuiciados la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal y por ello, la reducción de las penas, con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, pues, en su opinión, dado que la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo. En tales condiciones, la sanción no pudo ser inferior al presidio mayor en su grado mínimo.

Acordada la decisión por la cual se determinó que los hechos investigados en esta causa constituyen un delito de lesa humanidad y, como consecuencia, que las acciones derivadas del mismo son imprescriptibles, **con el voto en contra del Ministro señor Cisternas y del abogado integrante señor Correa**, quienes estuvieron por mantener lo decidido al respecto por el fallo impugnado por las siguientes consideraciones:

1.- Que el concepto de delito de lesa humanidad -conforme aparece del examen de la evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia- implica, por exigencia de su núcleo esencial, que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder -usualmente el Estado o el gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquel considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin.

2.- Que en el caso de autos se investigó la muerte de una persona ocurrida durante el período posterior al 11 de septiembre de 1973, en que regía el toque de queda, en circunstancias que esa persona circulaba por la calle en el horario de ese toque de queda y no obedeció a la orden o intimación de una patrulla policial, la que incluso disparó al aire luego de la intimación, haciéndolo al vehículo que guiaba frente al desobedecimiento.

3.- Que el toque de queda es un mecanismo de control de todo o parte de la población del país, de uso en determinados estados de excepción constitucional, como el de sitio, que regía a la época de ocurrencia de los hechos; mecanismo que ciertamente importa una limitación a derechos fundamentales, pero que se encuentra autorizado en las situaciones excepcionales dichas y es de aplicación general, sin perjuicio que pueda tener extensión local o regional.

4.- Que, en tales condiciones, no cabe asignar a lo ocurrido con motivo de los hechos investigados en esta causa las características señaladas en el razonamiento primero de estos disidentes, lo que impide considerar que la muerte de la víctima -del todo lamentable, por cierto- sea resultado de un delito de lesa

humanidad y que, por lo mismo, las acciones respectivas que de allí emanan sean imprescriptibles.

5.- Que, dicho de otro modo y en forma más concreta, el mérito de autos no permite concluir que el toque de queda y su control, en los hechos aquí investigados, sean medios o instrumentos de una actividad sistemática de la unidad policial correspondiente -o de agentes determinados del Estado o de este mismo- encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo; sino, más bien, la implantación de un mecanismo general de seguridad y control de la población, que suele utilizarse en estados de excepción, como lo es el estado de sitio, y que es ordenado por la autoridad -jefe de plaza- que regula el funcionamiento o desarrollo del estado de excepción específico, del todo diferente de aquellas que dirigen los grupos u organizaciones que han desarrollado actividades delictivas de lesa humanidad, como se constata en las numerosas causas de derechos humanos que se conocen por la judicatura.

6.- Que, a mayor abundamiento, y en la misma línea de razonamiento, puede citarse como ejemplo ilustrativo de las características del toque de queda y su control -en cuanto mecanismo de aplicación general a una sociedad en un momento determinado- el caso de personas que, en situaciones de urgencia o emergencia, debieron salir de su casa durante ese período de restricción, haciéndolo con la debida prudencia que la ocasión ameritaba, con las manos en alto o con paños blancos visibles, hasta encontrarse con una patrulla, obteniendo la autorización pertinente e incluso la ayuda o auxilio necesario para llegar a su destino.

Se deja constancia que respecto de la prescripción gradual se produjo dispersión de votos y no se obtuvo acuerdo. En efecto, los ministros de mayoría señores Künsemüller y Brito y el abogado integrante señor Matus comparten la decisión de condena, pero al momento de pronunciarse respecto de la minorante, el ministro señor Künsemüller y el abogado integrante señor Matus estiman que es procedente la aplicación del artículo 103 del Código Penal, mientras que el ministro señor Brito disiente de ello, pues no comparte la institución de la media prescripción en este tipo de delitos, razón por la que se llamó a una nueva votación sobre el punto, conforme al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales.

Allí, el Ministro señor Cisternas y el abogado integrante señor Correa reconocieron el beneficio de la media prescripción, para lo cual se fundan en la circunstancia de que si bien estuvieron por absolver a los acusados, ello no les inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa postura y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer la procedencia de la atenuante. Con lo anterior se logró mayoría absoluta de votos entre los Ministros señores Künsemüller y Cisternas y los abogados integrantes señores Matus y Correa para reconocer en este caso que los jueces están habilitados para reducir la sanción,

conforme a las prescripciones del artículo 103 del Código Penal, lo que se verificó en la forma señalada en el motivo Décimo octavo de este fallo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Cisternas y la prevención y votos en contra, sus respectivos autores.

Rol N° 8706-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A., y Rodrigo Correa G. No firman los abogados integrantes Sres. Matus y Correa, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.