

Santiago, doce de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 7.039-A, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Chaitén, por resolución de catorce de agosto de dos mil siete, que rola de fojas 2.193 a 2.316, correspondientes al Tomo V de estos antecedentes, se condenó a Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, a sufrir la pena única temporal de quince años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de coautores de los **delitos de homicidio calificado en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez, y secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas**, previstos y sancionados en los artículos 391 N° 1°, circunstancia primera, y 141 del Código Penal, perpetrados el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, en el sector Lago Yunque de la provincia de Palena. Además, a Jorge Palma, se le impuso una sanción de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales respectivas y a satisfacer las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, ya mencionado y se le absolvió del cargo que le fue formulado por el auto acusatorio de fojas 1.481, en cuanto a ser estimado autor del delito de secuestro calificado de José Esaú Velásquez Velásquez (sic); sin que se concediera a los convictos ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

En su sección civil, la misma decisión acogió la demanda deducida por los querellantes Ana Soto Alvarez y Daniel José Velásquez Soto, en contra de Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander, Enrique Belmar Corral y Jorge Palma, quienes fueron condenados a solucionar una indemnización por daño moral de \$60.000.000.- (sesenta millones de pesos). Por lo que toca al otro demandado -el Fisco de Chile-, se acogió la excepción opuesta por la defensa fiscal en lo principal de fojas 1.984 y 1.515, consistente en la incompetencia del tribunal.

Apelado dicho veredicto por los enjuiciados Garrido Gutiérrez, Belmar Correa, Palma y Segura Santander en el acto de sus notificaciones como se desprende de fojas 2.322 vuelta, 2.325 vuelta, 2.327 y 2.335, respectivamente, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 2.340 y 2.341, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por dictamen de veintisiete de junio de dos mil ocho, que corre de fojas 2.476 a 2.479 vuelta, lo reprodujo con excepción de siete de sus reflexiones, para luego introducirle una serie de modificaciones, y tener además presente otras doce, se terminó por revocarlo en cuanto castigo a Jorge Palma del cargo de ser autor del delito de homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, y en su lugar declaró que se le absolvía de ello. También se revocó la absolución del referido Palma, en lo atinente al cargo de autor del delito de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas (sic), y, en su lugar, se le condenó como autor de ese delito a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales correspondientes y al pago de las costas del litigio, con la franquicia alternativa de la libertad vigilada, la que se extenderá por el mismo período asignado a su pena corporal.

Más adelante, se confirmó en lo demás, el laudo apelado, con declaración que Juan Hernán Garrido Gutiérrez, Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, quedan en definitiva condenados a sufrir cada uno dos penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales atinentes y a enterar las costas de la causa, por su responsabilidad de coautores de los delitos de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas y homicidio simple en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez, sin otorgarles ninguno de los beneficios de la ley N° 18.216.

Contra este pronunciamiento, la defensa de los cuatro encausados interpuso un recurso de casación en el fondo, en lo principal de fojas 2.481 a 2.498, asilado en los literales 2º, 3º y 7º, del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal. .

A fojas 2.501 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el presente recurso se sustenta en los numerales segundo, tercero y séptimo del artículo 546 de Código de Enjuiciamiento Penal, consistentes en que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, aplicó la pena en conformidad a esa errónea calificación, lo que vulnera además el principio pro reo consagrado en el artículo 19, número 3º, inciso 7º, de la Constitución Política de la República. Luego, por haber calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, pues se trataría de una ficción jurídica; y en fin, por haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta contravención influya substancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, al condenar a su defendido (sin precisar cual), desentendiéndose del mérito del proceso.

SEGUNDO: Que desde luego se desarrolla el ordinal séptimo del artículo 546 del Código Adjetivo Criminal, a propósito de la conculcación de las pautas reguladoras de la prueba. Se sostiene aquí que el procedimiento penal inquisitivo exige a los tribunales un rol activo para acceder a la verdad material de los hechos y que los artículos 6º, 91, 107, 109 y otros del ordenamiento recién citado, así lo disponen. En lo que concierne al artículo 109, allí se sintetizan los deberes del tribunal en la materia, al imponer el de investigar con celo; el artículo 6º, estatuye que: "Cualquiera que sea el tribunal llamado a conocer de un juicio criminal, los jueces letrados con competencia penal ... están obligados a practicar las primeras diligencias de instrucción del sumario "; el artículo 91 prescribe que: "recibida la denuncia y sin más trámite, el juez procederá inmediatamente a la comprobación del hecho denunciado"; el artículo 107 preceptúa que: "antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio; y a su turno el artículo 109 ordena que "el juez debe investigar, con igual celo", no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen".

TERCERO: Que se destaca por el recurrente que todas las normas citadas en el razonamiento anterior fueron desconocidas, pues los tribunales militares tomaron conocimiento oportuno de los hechos en mil novecientos setenta y tres, pero no sancionaron a ninguno de los imputados. En seguida, los Juzgados del Crimen de Chaitén y Coyhaique dictaron las primeras diligencias de instrucción cuando habían transcurrido más de diez años de ocurridos los hechos y la acción penal y la pena se encontraban prescritas, y que la presión política ha impedido averiguar y evaluar en el fallo las circunstancias que extinguen de responsabilidad penal de los hechores, ya que no se pesquisó en forma oportuna y sólo después de treinta y cinco años de acaecidos los sucesos se emitió el edicto, más bien motivadas por la presión política que por el deber de hacer justicia.

Se agrega que el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil estatuye que: "...las sentencias se pronunciarán conforme al merito del proceso.", lo que obliga al juez a ponderar todos los elementos de prueba rendidos en la causa, sin excluir u omitir ninguno de ellos, por lo

que al ser condenado su “defendido” se ha incumplido con la obligación legal impuesta por la disposición reseñada.

CUARTO: Que, en el mismo orden de ideas, el Título II del Libro Segundo del Código Procedimental de penas, consagra para el procedimiento criminal ordinario un régimen de prueba legal; así, todas las probanzas rendidas en autos deben ser invocadas y ponderadas en el veredicto en conformidad a dicho precepto. Sin embargo, al ser analizados de manera conjunta y sistemática, es necesario concluir con la absolución de sus mandantes, ya que no existe el ilícito de secuestro que se les imputa, siendo condenado el “acusado” como autor de un delito inexistente, por lo que el laudo recurrido no está acorde con los hechos sub judice.

QUINTO: Que por lo que toca a la supuesta intervención criminal de su representado, la prueba no sería uniforme ni concluyente. Aún más, aparece contradicha, de suerte que no se reúnen en su contra los requisitos copulativos exigidos por el artículo 488 del Código de Instrucción Criminal, para fundar de modo inequívoco la presunción de su participación. Ya que si los delitos fueron tan graves y de lesa humanidad, se pregunta acerca del por qué nuestros tribunales no persiguieron criminalmente a los autores en forma oportuna y sí lo hacen treinta y cinco años después de ocurridos los hechos; por otro lado cuestiona el que se afirme que sus poderdantes han tenido derecho a un racional y justo proceso en este contexto; y finalmente cómo se puede fundar la convicción condenatoria por secuestro calificado contra de sus defendidos, cuando desde mil novecientos setenta y tres a la fecha desarrollaron sus carreras profesionales y sus vidas normales en diferentes localidades y regiones del país, sin tener contacto entre sí, hasta volver a ser reunidos por esta indagación después de treinta años.

SEXTO: Que en lo que concierne a la causal 2ª del artículo 546 del Código Adjetivo de penas, se critica la equivocada aplicación de la pena atinente al delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, regulándola con arreglo a esa errónea determinación, sin expresar ninguna otra noción ni desarrollo de la motivación.

SÉPTIMO: Que, finalmente, en lo que atañe al N° 3° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, censura la inexacta calificación del injusto, toda vez que estimó como ilícito una ficción jurídica creada a la luz de la pasión política. Para afirmar lo anterior, se precisa que los encartados eran a la época de los hechos funcionarios de Carabineros en ejercicio de sus cargos, cumpliendo un cometido ordenado por sus superiores. Sin embargo, para aplicarles una sanción más elevada, se efectuó una calificación desacertada del hecho punible, puesto que gobierna la materia el artículo 148 del Código Penal, que rige para los funcionarios públicos. Más aún si en situaciones similares, nuestros tribunales han señalado que la norma utilizada resultaba a todas luces inaplicable, ya que en las hipótesis en que funcionarios de Carabineros cometen un delito, se alejan de su misión y actúan como simples particulares o delincuentes comunes, de tal forma que la extensión de tal raciocinio implica una derogación tácita de toda la normativa del Código de Justicia Militar y la extinción de la jurisdicción especial, así como la abrogación tácita de toda la legislación referida a los funcionarios públicos, pues cada vez que uno de ellos comete delito, sin lugar a dudas no lo hacen en cumplimiento de su función, por ello es que los jurisdicentes del fondo, conculcaron también el principio pro reo consagrado en el artículo 19, número 3°, inciso 7°, de la Constitución Política de la República.

OCTAVO: Que, a continuación, a propósito de la misma motivación, se reclama que la sentencia, a pesar de haber establecido los hechos, incurrió en error de derecho al desechar las excepciones de previo y especial pronunciamiento, consistentes en la prescripción de la acción penal y la amnistía, alegadas de acuerdo con el artículo 434, inciso 2°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, y violentó los artículos 93, N° 6°, 94, 95 y 101, del Código Penal, por

no haber absuelto a los inculcados, no obstante encontrarse prescrita la acción penal, desde que los hechos que se les atribuyen acaecieron en octubre de mil novecientos setenta y tres, hace treinta y cinco años, y el plazo de prescripción de la acción penal de los crímenes es de diez años y la prescripción de la acción penal corre a favor y en contra de toda clase de personas.

Por lo anterior es que se quebrantaron los artículos 103 y 93, N° 3°, del Código Penal, porque no declaró la extinción de la responsabilidad penal por la amnistía, que elimina por completo la pena y todos sus efectos, todo ello en relación con el artículo 1° del D. L. N° 2.191 publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos setenta y ocho, que concede amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictivos, durante la vigencia del estado de sitio, comprendido entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso. Si se hubieran aplicado correctamente las disposiciones contravenidas, los sentenciadores tendrían que haber dictado sentencia absolutoria, por encontrarse prescrita la acción penal y, a mayor abundamiento, por estar extinguida la responsabilidad penal de los inculcados por amnistía.

NOVENO: Que para desestimar la prescripción de la acción penal planteada por la defensa, en general y sin mayor fundamento se acude a "los convenios internacionales", lo que claramente no es suficiente para justificar un fallo condenatorio y vulnera normas constitucionales, legales y principios generales del derecho.

En el basamento quinto del dictamen ad quem se concluye que son aplicables al caso sub-lite los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, porque los hechos se perpetraron y consumaron en estado de guerra interno, en mérito de lo previsto en el D. L. N° 5, de doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en especial los artículos 3°, 146 y 147 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, que contienen la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las partes contratantes puedan haber incurrido respecto de las graves infracciones a los mismos, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, impedimento que alcanza a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

DÉCIMO: Que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de mil novecientos cincuenta y uno, publicado en el Diario Oficial de fechas diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril de ese mismo año, encontrándose éstos vigentes a la data en que se perpetraron los hechos pesquisados 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, jurista a quien se considera el padre de esos Convenios, en su Comentario del Protocolo del ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, adicional a los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3°, 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 enumera las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones,

extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar:

a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio;

b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional;

c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y

d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las 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.

UNDÉCIMO: Que el profesor Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos, Edición Academia de Humanismo Cristiano, mil novecientos setenta y nueve, cita un documento de la C.I.C.R. de mil novecientos setenta y dos, 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.

En el mismo contexto, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del doce de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, 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 veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, en su artículo 1º, N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, preceptúa que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, sobre 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° 2º del aludido artículo 1º del Protocolo II 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.

DUODÉCIMO: Que, si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los ilícitos y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales cánones, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la C.I.R.C. son ilustrativos para que se 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.

DÉCIMO TERCERO: Que el referido D.L. N° 5 de mil novecientos setenta y tres, en que se asilan los magistrados para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en estos autos Chile se encontraba en estado de guerra interna, se extendió para los efectos de aplicar la penalidad 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. Para dictar el mencionado Decreto Ley 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 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

DÉCIMO CUARTO: Que de lo expresado del D.L. N° 5, se infiere que en la época en que se emitió, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Empero, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón 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 mil novecientos cuarenta y nueve, el día cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, fecha en que se perpetraron los hechos indagados.

Se arguye que no se ha comprobado ni tenido por establecido en la litis que en la data señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre un segmento del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha demostrado en la causa que el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. N° 5, de mil novecientos setenta y tres, claramente insuficiente por lo que no es posible sostener que en Chile existía un conflicto armado no internacional el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, razón por la que debe

concluirse que los sentenciadores cometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

DÉCIMO QUINTO: Que, aún en el evento de estimarse aplicables tales Convenios de Ginebra, los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna para no dar curso a las causales de extinción de responsabilidad penal esgrimidas por los convictos.

Se destaca que 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 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 perpetró la contravención 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.

DÉCIMO SEXTO: Que habitualmente -sostiene el recurrente-, en este tipo de proceso los sentenciadores invocan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, depositando su instrumento de ratificación el diez de febrero de mil novecientos setenta y dos y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis, publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve. Es decir, la convención entró en vigor el veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma.

En consecuencia, al momento de comisión de los hechos investigados, el P.I.D.C.P. aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

Sin embargo, en el edicto a quo se consignó que los hechos investigados debían ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Pero, este pronunciamiento omite explicar cuáles son los criterios que los jurisdicentes emplearon para determinar que los hechos indagados en este juicio eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos en el P.I.D.C.P. También omitieron especificar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a semejantes injustos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en 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 veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, en vigencia desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, de acuerdo 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 fija su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. La referida Convención no había sido suscrita ni aprobada por Chile, por consiguiente, no era aplicable ni a la data de comisión del ilícito y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las reglas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Que en cuanto al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho, 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 diez de noviembre del mismo año, comprende en sus artículos 7° y 8° las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 preceptúa que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, y por ende, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

DÉCIMO NONO: Que el artículo 95 del Código Penal dispone que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, en la especie, en octubre de mil novecientos setenta y tres y, puesto que en autos no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra del responsable antes del año mil novecientos ochenta y ocho, fecha en que se extinguió la responsabilidad por el paso del tiempo, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad derivada del homicidio de Esaú Velásquez se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6° del artículo 93 del Código Penal, o sea, por prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como ley de la República, antes de la comisión de los sucesos averiguados ni durante el transcurso del lapso de prescripción de la acción penal intentada. Dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias que se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar los cuerpos de las víctimas, toda vez que, aunque se pudiese interpretar que tales acciones ejercidas ante los tribunales, eran bastantes para interrumpir el período de prescripción, ellas lo fueron más de quince años después de cometido el delito; y la decisión de condenar por homicidio simple, constituye inobservancia al artículo 93, N° 6°, del Código Penal.

VIGÉSIMO: Que el efecto de las infracciones de ley denunciadas en lo dispositivo del fallo, ello se produjo al condenarse a sus defendidos, en circunstancias que se les debió absolver, ya que el delito de secuestro permanente no existe, dado que la responsabilidad criminal está extinguida por la prescripción de la acción penal y de la pena. Es así como los antecedentes expuestos conducen inevitablemente a concluir que los sentenciadores al castigar a sus mandantes como autores de un delito inexistente y de un delito cuya responsabilidad penal está prescrita, han vulnerado las normas legales citadas, y entonces han afectado lo dispositivo del fallo, al sancionarlos con penas privativas de libertad, la que difícilmente podrán llegar a cumplir en forma íntegra pues algunos de ellos se hallan afectados por graves enfermedades y son todos de tercera edad.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en la última sección del escrito de casación en el fondo, se delata quebrantamiento al artículo 541, N° 10°, del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo escuetamente que sus representados fueron acusados por secuestro y condenados por homicidio. Destaca que los jueces cambiaron la calificación de los hechos, de lo cual se infiere que existió falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, que provoca agravio, porque de no haberse incurrido en los vicios denunciados, los sentenciadores habrían debido absolver, por la imposibilidad de fundar un fallo condenatorio.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en su petitorio el compareciente impetra que se acoja su impugnación, anulando la sentencia recurrida y dictando la de reemplazo que corresponda, donde se absuelva a los procesados de los delitos imputados o les aplique la pena conforme a las normas del artículo 148 del Código Penal, en su caso.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, no obstante lo que se viene reseñando precedentemente, debe tenerse presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del de Instrucción Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiendo este tribunal que la sentencia en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, “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”; para proseguir, en su número quinto con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.”.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, al contestar la acusación la defensa de los acusados Garrido Gutiérrez, Segura Santander, Belmar Corral y Palma por intermedio de su presentación de fojas 2.010 y siguientes, solicitó –entre otros aspectos- como defensa de fondo, el reconocimiento de la causal de extinción de la responsabilidad penal, consistente en la prescripción de la acción de igual carácter ejercida en autos, sin plantear en forma expresa la procedencia de la minorante de responsabilidad, referida a la aplicación gradual de la anterior, contenida en el artículo 103 del Código Penal.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a su turno, la sentencia de primer grado destinó los raciocinios cuadragésimo tercero a cuadragésimo séptimo, ambos inclusive, para referirse a la petición principal expresada anteriormente, sin emitir pronunciamiento alguno respecto de lo segundo.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, más adelante, la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, hizo suya la de primer grado en los aspectos que se vienen señalando, agregando los fundamentos contenidos en sus motivos cuarto y quinto para mayor abundamiento; de todo lo cual es posible apreciar que se mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho que hacían procedente o no, acoger la circunstancia minorante referida a la media prescripción prevista en el artículo 103 del Código Penal, la que, sin perjuicio de no haber sido solicitada expresamente por la defensa de los encausados, correspondía al tribunal hacerse cargo de ella de oficio, con tal que se halle presente en el juicio, al decir del expreso mandato contenido en el artículo 102 del Código Penal, por lo que constituía una obligación para el juzgador emitir un pronunciamiento al respecto.

VIGÉSIMO NONO: Que, de lo expuesto surge de relieve, entonces, que los sentenciadores de la alzada procedieron -al reproducir el dictamen de primer grado-, a fijar una sanción sin tener en cuenta todos los elementos necesarios para ello, y así incurrieron en error de derecho, ya que no ponderaron los hechos constitutivos de la mitigante en cuestión, que tenían el deber de valorar de oficio, sin que pueda sostenerse que ello fue corregido al desestimar el motivo de extinción de la responsabilidad penal consistente en la prescripción de la acción de igual carácter planteada por la defensa, toda vez que ello se refiere a otra alegación formulada.

TRIGÉSIMO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código persecutorio penal, en relación con el artículo 500, N°s. 4° y 5°, de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, por expresa disposición del inciso final del artículo 541 ya citado, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del veredicto que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544 de la compilación adjetiva penal antes citada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, y lo descrito en el motivo anterior, y lo señalado por los artículos 535 del Código de Instrucción Criminal y el 808 del de Enjuiciamiento Civil, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo, deducidos por la defensa de los cuatro acusados de autos que rola entre fojas 2.481 y 2.498.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 500, N°s. 4° y 5°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 y 808 de su homónimo Adjetivo Civil, **SE ANULA DE OFICIO** la sentencia de segunda instancia fechada en Puerto Montt el veintisiete de junio de dos mil ocho, escrita de fojas 2.476 a 2.480, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Rodríguez, quien fue de parecer de no invalidar de oficio la sentencia recurrida y pronunciarse, por tanto, sobre el fondo del recurso formalizado, dado que, aun cuando efectivamente el fallo recurrido no estimó ni ponderó la circunstancia de la media prescripción o prescripción gradual, que tenía la obligación de considerar de oficio, esta irregularidad carece de trascendencia y no tiene influencia en lo dispositivo de lo resuelto, pues, en todo caso, la minorante de que se trata resulta improcedente en la especie, a juicio del disidente, por cuanto uno de los delitos perpetrados fue el de secuestro calificado, respecto del cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que es de carácter permanente, vale decir, creó un estado delictuoso que no ha cesado hasta ahora, no obstante las averiguaciones tendientes a conocer el actual paradero de la víctima o de sus restos en caso de muerte, de suerte que ese estado ilícito se ha prolongado en el tiempo por la subsistencia de la lesión al bien jurídico protegido, entonces no se ha iniciado el término de prescripción de la acción penal respecto de dicho injusto, razón por la cual no es viable la aplicación de esta institución, ni como causal de extinción de la responsabilidad penal, ni como mitigante de la misma. En cuanto esta última, el impedimento deriva del propio artículo 103 del Código Penal, ya que el transcurso de la mitad del período debe tener como punto de partida el momento de comisión del hecho punible, circunstancia que no es posible precisar en la presente situación, como se ha establecido.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N° 4155-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, doce de agosto de dos mil nueve.

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:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos quinto, quincuagésimo quinto, quincuagésimo noveno, sexagésimo, sexagésimo primero, sexagésimo segundo y sexagésimo tercero, que se eliminan.

En el considerando cuarto, se elimina todo lo escrito a partir de su inicio hasta la expresión “alevosía”.

En el motivo octavo, se sustituye el apellido “Gutiérrez” por “Garrido”.

En lo resolutivo se reemplaza la frase “del de Procedimiento Penal” por “del Código de Procedimiento Penal” y la cita del artículo 28 por la del 29 del Código Penal.

De la sentencia de casación que antecede, se reproducen sus motivos vigésimo sexto a vigésimo nono.

Y TENIENDO, ADEMÁS Y, EN SU LUGAR, PRESENTE:

1°.- Que es así como han quedado asentados como hechos inamovibles de la causa los que se describen en el razonamiento tercero del fallo de primer grado, inalterado por el tribunal de alzada:

“a) Que con fecha 5 de octubre de 1973 una patrulla de Carabineros de la Quinta Comisaría de Palena a cargo del Capitán de esa dependencia, compuesta por éste último y por cuatro Carabineros más, concurrió al sector del Lago Yunque XI Región, con el objetivo de investigar la posible internación de armas y explosivos a la zona. Antes de llegar se encontraron con Lermilio Moya Verdugo (fallecido), domiciliado en Palena, quien procedió a guiarlos hasta el predio de los Velásquez, por cuanto los uniformados no tenían un conocimiento acabado del lugar.

b) Una vez en el lugar escucharon ruidos generados por la acción de cortar madera, razón por la cual los Carabineros se acercaron al lugar donde provenían estos sonidos, percatándose de

la presencia de José Esaú Velásquez Velásquez, quien se encontraba cerca de unas matas de quilas. Que éste último, según la versión de Carabineros, habría intentado huir siendo impactado por una serie de proyectiles balísticos, los cuales habrían generado su muerte.

c) El cuerpo no obstante haberse buscado en el lugar de la inhumación no fue encontrado.

d) Posteriormente la patrulla de Carabineros llegó hasta la casa donde residía Rubén Alejandro Velásquez Vargas y su familia, rodearon la casa y dispararon al aire, procediendo a desalojar violentamente a Rubén Velásquez y su cónyuge Ana Delia Soto Alvarez, con las manos en la nuca, colocándolos contra la pared, mientras allanaban la casa.

e) A Rubén lo amarraron con unas correas de cuero y lo trasladaron junto a otro detenido Luis Alberto Espinoza Bastidas (fallecido) al otro lado del Río Yunque, a la casa de Ernesto Diocares Hermosilla donde permanecieron encerrados en una cocina a fogón, lugar donde Rubén Alejandro Velásquez Vargas desapareció, ignorándose actualmente su paradero”.

2°).- Que, acertadamente los hechos establecidos en las letras d) y e) se estimaron como constitutivos del delito de secuestro en la persona de Rubén Alejandro Velásquez Vargas, que contempla el artículo 141 del Código Penal y se califica por el tiempo que se prolongó la acción, o sea más de noventa días y por las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona e intereses del ofendido, desconociéndose a esta fecha su paradero, el que a su inicio se encontraba sancionado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados

3°).- Que, por otro lado, la realidad fáctica contenida en las letras b) y c) del considerando tercero del fallo en alzada, son constitutivos del delito de homicidio simple en la persona de Esaú Velásquez Velásquez, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 2°, del Código Penal, por cuanto si bien concurren los elementos de juicio reseñados en lo reproducido del considerando quinto, para recalificar el hecho de secuestro a homicidio, no se dan en concepto de estos sentenciadores los supuestos para tener por acreditado en el presente caso la concurrencia de la alevosía, que la juez a quo hace radicar en que la muerte de Velásquez fue causada con múltiples disparos, en circunstancias que uno de ellos habría sido bastante para obtener el resultado que se buscaba y porque además fueron tres los funcionarios de Carabineros los que dispararon, de lo cual infiere que era imposible cualquier acto de defensa o de rechazo al ataque de que era objeto.

4°).- Que, al respecto, cabe tener presente que no existe certeza conforme la prueba rendida en autos que se hubiere causado la muerte a Esaú Velásquez producto de cinco disparos, ello en atención a que su cuerpo no fue encontrado ni existe autopsia que de cuenta de la causa precisa y directa de su fallecimiento, así como del número de disparos que ésta habría presentado, por el contrario sólo existe como prueba cierta el certificado de defunción del mismo, no resultando bastante la declaración de los acusados de autos.

Con lo anterior se disiente en este punto de la opinión de la Sra. Fiscal Judicial en orden a calificar como secuestro el delito en la persona de Esaú Velásquez Velásquez.

5°).- Que fijada en forma inmodificable la realidad fáctica de la investigación, así como las determinaciones jurídicas respecto de los delitos que constituyen un homicidio simple y otro de secuestro calificado, con el solo propósito de ahondar en las razones del rechazo a la impugnación intentada, es menester consignar que la alegación del recurrente en orden a la equivocada calificación del hecho como constitutivo del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en los incisos primero y tercero del artículo 141 del Código Penal, porque a la data de la ocurrencia del evento su defendido tenía la calidad de funcionario público, puesto que se desempeñaba en entidades fiscales, como el Ejército de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del mismo ordenamiento, llamada por la doctrina “detenciones ilegales” y, que en su concepto, es plenamente aplicable al ilícito en estudio, cabe manifestar que

nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el régimen jurídico. Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

En otras palabras las situaciones en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio corresponden a la conducta genérica de privación de libertad; o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario depende del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, reprimido en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 de la misma compilación, según la siguiente hipótesis disyuntiva: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad contemplada en el artículo 141, ya sea su hipótesis genérica o cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el actual evento.

De manera que el delito de detención ilegal cometido por empleado público no es un tipo singular en relación de alternatividad con la figura común de privación de libertad, sino que un título de incriminación especial en conexión de alternatividad con el tipo privilegiado expresamente reconocido por el Código Penal. De este modo, la regla general del sistema es la sanción de la privación de libertad bajo alguno de los supuestos del delito común previsto en el mentado artículo 141, ya sea cometido por un funcionario o por cualquier otra persona. La concurrencia de ciertos elementos, valorados positivamente por el legislador, justifica un tratamiento favorecido, tratándose de funcionarios públicos, el otorgado por el artículo 148; en el caso de cualquier otra persona, el asignado por el artículo 143 del Estatuto sancionatorio.

Para discernir donde debe insertarse la conducta de los agentes es menester precisar que el funcionario no sólo debe actuar guiado por un interés en la cosa pública, sino que su intervención debe demostrar también objetivamente un importante grado de congruencia o concordancia con el sistema o procedimiento regular de privación de la libertad individual.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la fórmula lingüística de alcance universal: "el que".

El concepto de "particular" no es idóneo para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos singulares de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales. Y el ciudadano común no tiene un deber específico de respetar o proteger la libertad de sus conciudadanos.

En nuestra sistemática legal, el uso del término "particular", como noción opuesta al de "empleado público", sólo tiene la finalidad de aclarar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al delito de comisión por los segundos.

6°).- Que la privación de libertad ejecutada por un funcionario público sólo puede satisfacer el tipo del artículo 148 en la medida que concurren determinadas circunstancias que conduzcan a la valorización del hecho como menos grave desde el punto de vista de su antijuridicidad material. Sólo así se justifica que se desplace la aplicación del artículo 141. Se trata de circunstancias "que hacen posible reconocer en la conducta del funcionario público una determinada conexión con el sistema institucional de vulneración legítima de la libertad de las personas. Si no se satisface esta exigencia de conexión o correspondencia, la conducta del

funcionario público debe considerarse punible en los términos del delito común de privación de libertad del artículo 141” (Juan Pablo Mañalich: “Delitos contra intereses personalísimos”, en Comentario de la Jurisprudencia del año dos mil tres, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Número I: 2004, Peñalolén, año dos mil cuatro, páginas 275 y 276).

Por lo tanto, es preciso la identificación de las propiedades o elementos típicos que definen la posición del injusto de detención por funcionario público como un ilícito especial frente al común de privación de libertad.

Con el señalado fin se ha estimado como parámetros decisivos para determinar cual de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (Antonio Bascuñán Rodríguez: “Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución”, materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, de la Universidad de Chile, segunda versión actualizada, mil novecientos noventa y ocho, páginas 23 a 27). Lo esencial, en todo caso, se advierte en el grado de obstaculización del sistema administrativo y judicial de control de la privación de libertad; mientras mayor sea esa obstaculización, mayor será la gravedad del abuso de la función comprometida en la privación de libertad.

7°).- Que los elementos probatorios reunidos durante el transcurso de la litis no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para enmarcar la acción de los acusados en el reseñado artículo 148.

En efecto, no consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por aquél haya obedecido a un delito cometido por las víctimas, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se les pusiera a disposición de algún tribunal de la República para sus procesamientos, sino que, por el contrario, tal como se lee de los hechos irrevocablemente determinados por el fallo de primer grado no alterado por el de segunda instancia, fueron detenidos sin orden administrativa o judicial que lo justificase, siendo asesinado uno de ellos en el mismo lugar donde fue ubicado, en tanto que el restante fue conducido a casa de un tercero, siendo encerrado en una cocina a fogón, lugar donde desapareció, por lo que no es posible recalificar el injusto como de detención ilegítima, según lo pretende este compareciente.

8°).- Que la cuestión planteada, en orden a que el fallo sub lite aplicó legislación no vigente en nuestra Patria al momento de ocurrir los hechos, debe también ser denegada, porque el veredicto objetado no se sustenta en dichas normas para condenar al hechor, sino que lo hace en el artículo 141 del Código punitivo, ilustrando su decisión con las reglas del Convenio de Ginebra y su protocolo adicional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y diversos precedentes jurisprudenciales.

Así fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1° y 3°, del catálogo de sanciones, que reprime el delito de secuestro calificado respecto de Rubén Alejandro Velásquez Vargas; así como el 391, N° 2°, del mismo compendio, referido al homicidio simple de José Esaú Velásquez Velásquez, lo que resulta evidente de la sola lectura del dictamen del a quo que no se rectificó, como en las adiciones que hizo el superior, y no en las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia de los delitos cometidos y como, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el

reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos.

9°).- Que en relación a la alegación de inobservancia de los artículos 93, N° 6°, 94, 95, 96 y 101 del Código Penal; y el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho.

De acuerdo con el numeral tercero del artículo 93 del Código criminal, la amnistía extingue la responsabilidad penal y su colofón jurídico consiste exactamente en poner fin a la pena y sus efectos; y para que opere es indispensable que se acrediten el hecho punible, la responsabilidad criminal atribuida a los inculpados y los presupuestos de procedencia de aplicación y cumplimiento de la ley de amnistía, la que en la sentencia cuestionada ha sido ignorada por los jurisdicentes, con desconocimiento de ley y bajo pretensiones inaceptables, como meros pretextos ideológicos fundados en una interpretación libre y arbitraria de un derecho internacional donde se han incluido, con abuso, ciertas reglas sin vigencia actual en Chile y de tenerla, no podrían aplicarse, debido a que ello afecta gravemente el axioma de irretroactividad de la norma penal, consistente en que ningún delito puede ser reprimido con otra sanción que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, omitiéndose en el actual caso el adagio que indica que si se ha cometido un delito y antes de la sentencia de término se promulgan otras leyes que eximan el hecho indagado de toda pena o le asignen una menos rigurosa, debe ajustarse el juzgamiento a este nuevo precepto, tal como lo estatuyen los incisos primero y segundo del artículo 18 del Código punitivo, agravando dicha situación lo preceptuado en el artículo 456 bis del Código Penal (sic), que ordena que nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él le ha correspondido al encausado una participación culpable y penada por la ley.

10°).- Que como tema preliminar parece imprescindible constatar que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, 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 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que 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.

11°).- Que más allá de la forma y nombre que se da a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con “bandos” los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: “Derecho Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los mencionados textos, se agravó con el imperio de la legislación marcial, la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

12°).- Que, asimismo, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, situación expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. El primero de ellos, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, invocando el Libro I, Título III del aludido cuerpo de leyes, decretó que “la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia” (artículo único).

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

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

13°).- Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la

penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando 'de hecho ella existiere'. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho". Luego continúa que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está 'frente al enemigo', debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan 'emprendido los servicios de seguridad' en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho 'enemigo', a estar al 'frente del enemigo' implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...".

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 - 73) concluyó que "... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos -para tal calificación- por el artículo 418 del Código de Justicia

Militar” (Colegio de Abogados de Chile: “La Justicia Militar en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

14°).- Que, por lo demás, las autoridades de la época reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra Interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta (“Antecedentes Históricos – Jurídicos: años 1972 – 1973”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: “sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso”. “Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados”. “Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

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

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

nacionalidad". Concluyendo que "En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan".

15°).- Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, puesto que el artículo 418 del Código de Justicia Militar "entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial" y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse "en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640.

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

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

16°).- 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, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del 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 (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición 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 noción, 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”.

Corroborar 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 está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

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

17°).- Que, por otra parte, no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los actos que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estar también a los corolarios que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctimas de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

18°).- Que, sin perjuicio de ello, es importante traer a cuento que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en

tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

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

19°).- Que, en esas condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este litigio, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es posible aceptar que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

20°).- Que entonces resultan plenamente aplicables al secuestro cometido en la persona de Rubén Alejandro Velásquez Vargas, y al homicidio simple de José Esaú Velásquez Velásquez los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve antes indicados, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Igualmente, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas adecuadas en el sentido de 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 el Convenio; como también se obligan los Estados 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. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

21°).- Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las 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 mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

22°).- Que la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, ya que es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho Penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal”, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63).

Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando introdujeron la prohibición examinada.

23°).- Que también es menester resaltar lo inexacto de la tesis que afirma que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6°, N° 5°, que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo erróneo de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, desde que ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

En tal sentido, si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no se encuentra una disposición relativa a la concesión de amnistías e indultos, entre las partes enfrentadas una vez concluidas las hostilidades. Además, el precepto del Protocolo I que consagra las garantías procesales, a saber, el artículo 75, presenta una redacción casi idéntica al artículo 6° del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a amnistías.

24°).- Que semejante omisión ostenta una clara justificación, dado que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4° del Convenio de Ginebra III, sobre el trato debido a aquéllos.

De suerte que si el prisionero de guerra no ha violentado el derecho humanitario, una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora (artículo 118, Convención de Ginebra III). Y, si por el contrario lo ha conculcado, debe ser castigado como criminal de guerra, si se trata de inobservancias graves u otras sanciones por los demás incumplimientos que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Por lo que no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, pues los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

25°).- Que, en cambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición. Los cuales son reprimidos por el orden jurídico estatal ya que la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni altera el estatuto jurídico de las partes en conflicto –desde que el gobierno respectivo no está compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisionero de guerra-, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. No existe, en ese aspecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional y es, precisamente por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2°, la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interior.

En tales circunstancias, se entiende el sentido de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos conexos con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el reestablecimiento de la paz social.

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para

aquéllos que han vulnerado el derecho internacional humanitario” (Informe N° 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

26°).- Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de modo que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan no resulten ilusorias. Valiéndose, por lo pronto, del denominado principio pro homine, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos” (Mónica Pinto: “El principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Martín Abregú: “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y siete, página 163). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

Pues bien, siguiendo el raciocinio objetado, las normas de derecho internacional humanitario no podrían aplicarse nunca, si se reconociere la atribución del Estado Parte de borrar, a través de la amnistía y utilizando el derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra sistemáticamente concretados por agentes del mismo Estado Parte.

A la vez, el preámbulo del Protocolo bajo revisión incluye lo que la doctrina internacional ha conocido como la “cláusula Martens”, o sea, el apotegma según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Esta máxima especifica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente concordado con el conjunto de dogmas humanitarios, dado que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales.

27°).- Que en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar así el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, pues no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

Efectivamente, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no puede esgrimirse el ordenamiento interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales. Disposición que tuvo un especial reconocimiento por parte de Chile en la Conferencia respectiva. Su representante, señor Barros, expresó: “Nada hay que oponer a que un Estado puede invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado, no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución, ni aún menos su legislación nacional ordinaria” (Díaz Albónico: “La Convención de Viena”, en “Estudios”, Sociedad Chilena de Derechos Humanos, año mil novecientos ochenta y dos, página 147, citado por Rosa Soto González: “La ley de amnistía y su revisión de constitucionalidad vía recurso de inaplicabilidad”, en “Estado de Derecho y

Reformas a la Justicia”, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, año dos mil cinco, páginas 421 y 422). A lo que debemos agregar que el Derecho Internacional, en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria una implementación adicional, como sucede con los citados artículos 131 y 148 de los Convenios de Ginebra III y IV, respectivamente, vigentes en Chile a la época de los sucesos pesquisados y, por ende, no podrían ser desconocidos por la República sin previa denuncia de los Convenios, es directamente aplicable por los tribunales nacionales, según desde antiguo ha declarado el propio Andrés Bello: “la legislación de un Estado no puede alterar el derecho de gentes, de maneras que las alteraciones obligan a los súbditos de otro Estado, y las reglas establecidas por la razón o por consentimiento mutuo, son las únicas que sirven, no sólo para el ajuste de las diferencias entre soberanos, sino también para la administración de justicia de cada Estado en todas aquellas materias que no están sujetas a la legislación doméstica” (Andrés Bello: “Principios de Derecho Internacional”, Garnier Hermanos, segunda edición, París, año mil ochocientos cuarenta y cuatro, página 19).

28°).- Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía –dictada por la autoridad de facto que había asumido el “Mando Supremo de la Nación” arrogándose los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente- puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, porque se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra (Carlos Margotta: “La amnistía”, en “Como hacer justicia en democracia”, Segundo Encuentro Internacional de Magistrados y Juristas, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, año mil novecientos ochenta y nueve, página 148; Eugenio Velasco: “Los Derechos Humanos y su protección después del restablecimiento de la democracia”, en Materiales para discusión N° 206, Centro de Estudios para el Desarrollo, marzo de mil novecientos noventa y ocho, página 17; y Jorge Precht Pizarro: “Vigencia de la ley de Amnistía”, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, N° 1, Santiago, año dos mil tres, página 258).

Al respecto, ya en mil novecientos veinticinco la Corte Internacional de la Haya había resuelto que “nadie puede ser juez de sus propios actos” y, conforme a este principio, “el artículo 15 de la LCC 10 (Ley del Consejo de Control de los Aliados) dispuso que no podrá alegarse como defensa en los juicios contra los nacionalsocialistas las amnistías y cualquier excepción de punibilidad otorgados por el régimen Nazi, fuente que en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las autoamnistías decretadas por los ex – gobernantes o dictadores” (Kai Ambos: “Impunidad y Derecho Penal Internacional”, segunda edición, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y nueve, página 130).

29°).- Que el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

30°).- Que, además, aún en el evento que se determinara la procedencia del mentado Decreto Ley en casos como el de marras no es posible valerse de él, toda vez que el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, como se ha señalado en la presente resolución, sólo puede enmarcarse en un caso en la figura del artículo 141 y en el otro en el 391, N° 2°, del Código Penal, tal como lo explicitan las sentencias de primer y segundo grado porque se dan estrictamente los requisitos de : a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d)

prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con la restante víctima detenida en la misma circunstancia no obstante que su cuerpo no fue hallado, a pesar de las diligencias practicadas en ambos casos durante el sumario.

El fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que en aquel presupuesto no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció para uno de los hechos el secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de la víctima, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, por cuanto la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien Jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

31°).- Que se ha argumentado igualmente que el delito cometido por los encartados no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que aún se encuentre privado de libertad, lo que parece inverosímil transcurridos más de treinta años. Sin embargo, en este proceso ha quedado absolutamente demostrado que los dos ofendidos fueron privados ilegítimamente de su libertad el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, data en que se consumó respecto Rubén Alejandro Velásquez Vargas el secuestro por el cual se ha sustanciado este sumario; en tanto, que respecto de Esaú Velásquez Velásquez, el de homicidio simple. Lo que el tribunal no ha podido comprobar, pese a las averiguaciones enderezadas en ese sentido, es si el primer ilícito cesó de cometerse –vale decir, si la víctima murió o recuperó su libertad- en algún momento posterior. De allí que no puede hacer otra cosa que entender que tal hecho criminal continúa en curso de consumación, sin que le fuera viable fijar una época en la cual tal fase se detiene. En otras palabras, sencillamente la indagación ha podido establecer la iniciación del secuestro, pero no ha sido posible acreditar su finalización. Teniendo en cuenta que en nuestro sistema procesal criminal de corte inquisitivo, impone a quien afirma un hecho, en el cual se basa su pretensión, debe acreditar su existencia, so pena que, si no lo hace cargará con las consecuencias de su inactividad (José Cafferata Nores: “La prueba en el proceso penal”, Editorial Depalma, primera edición, Buenos Aires, año mil novecientos ochenta y seis, página 31), siendo que sobre el tribunal descansa el deber de investigar, pudiendo examinar y corregir el objeto de la prueba e introducir de oficio en la litis hechos y circunstancias necesarias para encaminar sobre ellas la prueba. El tribunal, como se dijo, indagó, aunque sin éxito, lo relativo al cese de la privación de libertad que estima probada, lo que se tradujo en averiguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de uno de los afectados, sin que ninguno de ambos extremos resultara establecido.

Con todo, no hay que olvidar el “interés de la prueba” al que Florián denominó carga natural o material de la prueba “que no impuesta por la ley surge de la naturaleza de las cosas, de la experiencia y de los mandatos de la sicología judicial. La impulsa y le da contenido el interés de cada una de las partes, interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le sirve de apoyo” (Eugenio Florián: “De las pruebas penales”, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, segunda edición, año mil novecientos setenta y seis, página 143).

32°).- Que en estas condiciones, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, los delitos de autos comenzaron a perpetrarse el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres y desde

entonces no se tuvieron más noticias de una de las víctimas, existiendo certeza que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, época de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D. L. 2191, ese ofendido no había aparecido y no se tenían informes de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, como se estableció por los jueces del fondo respecto del restante detenido en la misma oportunidad, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada a ambos casos.

De tal manera, a pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que “esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado” (Rafael Fontecilla R.: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y ocho, N° 675, página 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. Así, no parece razonable que se invoque la aplicación de la “amnis” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en sus efectos.

33°).- Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los dos sucesos investigados, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad.

Efectivamente, los presentes ilícitos fueron efectuados en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

34°).- Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De modo tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento

con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

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

35°).- Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete, donde las potencias contratantes manifestaron que hasta la creación de un completo código de leyes de la guerra, las altas partes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas en ella, “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima y por el protocolo de Ginebra de mil novecientos veinticinco se prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos. Todas reglamentaciones que derivan de “la necesidad de establecer nuevos principios que deberían regir a la comunidad internacional para evitar las guerras, defender a personas inocentes de las actuaciones criminales, que amparados en legislaciones nacionales cometieran estos crímenes contra la humanidad” (Fernando Gamboa Serazzi: “Tratado de Derecho Internacional Público”, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago de Chile, año dos mil dos, página 361).

Por lo demás, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, denominado “Acuerdo de Londres”, definía en su artículo 6° c) como crímenes de lesa humanidad “los asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”. Declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de trece de febrero y once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. Iniciándose la aceptación progresiva y constante por parte del conjunto de las naciones que integran la comunidad internacional de la existencia de los referidos hechos punibles y de la responsabilidad que les cabe a los sujetos por su comisión.

Poco después, el veinte de diciembre del mismo año, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II, letra c), y de forma similar, fue codificado en el artículo 5°, letra c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptado el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

36°).- Que bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones todos los que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de

Nüremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y de las sentencias de dicho Tribunal” (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria). Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta (A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de aquellas máximas, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: “a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”. Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho estatuto, que proscibía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

37°).- Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

38°).- Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho

perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno (José Luis Cea Egaña: “Los tratados de Derecho Humanos y la Constitución Política de la República”, en Revista Ius et Praxis, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 84).

39°).- Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

40°).- Que es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, pero no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones erga omnes (Carlos Villán Durán:

“Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio y las desapariciones forzadas, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie –incluso sin ser letrado– podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).

41°).- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el basamento tercero del dictamen a quo no enmendado por el ad quem; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el secuestro de Rubén Velásquez Vargas y de homicidio simple de José Esaú Velásquez Velásquez, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

Es así como el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y al debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, así como el causar su muerte en esas circunstancias; constituyen, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

42°).- Que los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón –de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, por cuanto se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

43°).- Que sobre el punto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90; y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39). Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, puesto que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero – diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272; y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Lei de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (“La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, Tomo I, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa, página 571). El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que

gobiernan la institución del asilo” (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y “deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno” (Jorge Precht Pizarro: “Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y derecho interno chileno”, en Revista Ius et Praxis, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 129; Alejandro Silva Bascuñán: “Reformas sobre Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 16, año mil novecientos ochenta y nueve, página 583; Cecilia Medina Quiroga: “Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, editado por Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, año mil novecientos noventa y cuatro, página 53; Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, P.V.C., Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, mayo – diciembre, año mil novecientos noventa y tres, página 894 y 895; y Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar: “Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, año mil novecientos noventa y tres, páginas 696 y 697). Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

44°).- Que, coincidiendo con los tópicos recién expuestos, expresan dos de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que "la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista histórico, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aún en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho". "La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, mas no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos" (Reinhart Maurach y Heinz Zipf: “Derecho Penal. Parte General”, traducido de la séptima edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430).

45°).- Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía, No pueden, por ende, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por consiguiente, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

Este corolario es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía, de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

46°).- Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del

conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aún por gobiernos de facto.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, dado que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

47°).- Que lo que hasta ahora se ha venido exponiendo es el resultado obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón que ha debido ser adoptada de acuerdo a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza esta conclusión si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica. De esta forma se ha señalado que “... siendo los derechos del hombre anteriores del Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal” (Acta Constitucional N° 3, considerando 1°, Decreto Ley N° 1.552, de trece de septiembre de mil novecientos setenta y seis).

48°).- Que en lo que guarda relación con el otro tópico planteado, como es, la prescripción de la acción penal, pues los hechos pesquisados en los actuales acaecieron el cinco de octubre de mil novecientos setenta y tres, por lo que podría estimarse que la responsabilidad de los encartados derivada del secuestro y homicidio de los ofendidos, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos.

49°).- Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación, cuyo fundamento básico es el simple transcurso del tiempo, fijado con el propósito de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Sobre este tema y según se determinó anteriormente, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por tanto, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

50°).- Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra prescribe que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”, de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos

1°. 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

51°).- Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no concierne sólo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

52°).- Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

53°).- Que, por lo demás, entre las exigencias de justicia material y las de la seguridad jurídica, esta última ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; que, en el ámbito del Derecho Penal, se contempla y acentúa en la protección de los derechos esenciales de la persona humana.

Aun cuando en el proceso criminal, el Estado se somete a restricciones instrumentales, formales, institucionales y, como en este caso, temporales y, en tal virtud, transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, según cuál sea la gravedad del delito, sin que la persecución se concrete en la imposición o en la ejecución de un castigo, el Estado la abandona, no es dable olvidar que lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, lo que provocó, en conclusión, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna (Alberto M. Binder: “Justicia Penal y Estado de Derecho”, Editorial Ad – Hoc, segunda edición actualizada, Buenos Aires, año dos mil cuatro, página 132; María Inés Horvitz L.: “Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile”, en Anuario de Derechos Humanos, N° 2, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil seis, páginas 224 y 225; y Juan Pablo Mañalich R: “ EL Secuestro como delito permanente frente al Decreto Ley de Amnistía”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil cinco, páginas 28, 29 y 32).

Un hecho criminoso como el que nos ocupa que tiene como principales protagonistas a personeros como los procesados, que valiéndose de la posición privilegiada que ostentaban, facilitados por el sistema de gobierno imperante en aquel entonces, no permitía la más mínima posibilidad de que dicho ilícito fuera denunciado menos aún pudo haberse pretendido a que se evitara su realización, ni que decir a que sus autores materiales o morales resultaren castigados por ellos.

A la vez, la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda (en el mismo sentido: Eugenio Raúl Zaffaroni: Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, segunda edición, año dos mil cinco, página 883).

54°).- Que también, según se determinó anteladamente, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

55°).- Que, a mayor abundamiento, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) adoptó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, la que en su Preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre Extradición y el Castigo de los Criminales de Guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que conforma los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; convienen lo siguiente: Artículo I: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; y b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

56°).- Que, no obstante que la citada Convención no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, en realidad aquella se limitó a afirmar la imprescriptibilidad de

tales deplorables hechos –amén de las fuentes citadas en su Preámbulo-, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los sucesos, pues por su naturaleza preexiste al momento de su positivización. Desde este ángulo, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que ésta también era materia común del derecho internacional.

En torno a los delitos que al tiempo de cometerse, fueran tales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, se consideró que, en esos casos, el derecho penal no podía limitar el poder punitivo hasta el extremo de la impunidad.

En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado como parte de la comunidad internacional. El reseñado instrumento internacional, se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, a su más precisa sistematización y formulación de las reglas de derecho internacional en aquellas materias que ya existía práctica de los Estados (José Antonio Pastor R.: “Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos”, en Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional, Fernández y Quel coordinadores, Editorial Ariel, Barcelona, año mil novecientos noventa y siete, página 176).

Así se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto de los informe de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y la Resolución 1.158 (XLI), de cinco de agosto de mil novecientos sesenta y seis, de la Asamblea General y, por lo demás, como lo señalara el Relator Especial, Doudou Tima, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, esta convención es de “carácter simplemente declarativo pues las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” (Cuarto Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, documento de las Naciones Unidas a/CN.4/398, de once de marzo de mil novecientos ochenta y seis, párrafo 172).

57°).- Que tampoco puede prescindirse que el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los tratados de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Entonces esta Corte, en consonancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.

58°).- Que el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta óptica

asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas, como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

59°).- Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de los individuos, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos eventos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores esenciales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

60°).- Que la Carta de Naciones Unidas implantó entre los Estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación, de manera que debían adoptar las medidas tendientes a evitar el desconocimiento de derechos fundamentales, entre los que indudablemente se encuentra la persecución de aquellos delitos que afectan los derechos humanos esenciales. La persona no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional, pues el deber de respetar los derechos humanos “constituye en el derecho internacional contemporáneo una obligación erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto” (Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, año mil novecientos noventa y cinco, página 131). La falta de un aparato organizado de sanción respecto de los Estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables.

61°).- Que, por tales razones, las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, aprobada por la Asamblea General el tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres consigna como principio I que “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”. Apotegma concordante y consecuente con la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, donde se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por lo que resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana.

Es así que los Estados miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y

aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

62°).- Que a la anterior resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se añaden informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados miembros “al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos” y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

63°).- Que, ajustándose a lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa esta controversia, son imprescriptibles, por cuanto es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

64°).- Que, con todo, cabe advertir que el tipo penal de secuestro en que se encuadra una de las actividades criminales de los hechores, corresponde a lo que se denomina un delito permanente, noción que si bien es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Estatuto punitivo, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la sección especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afinca en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa figura contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta mientras se mantiene el estado antijurídico. “Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en

ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5°, 225, N° 5°, 292, 357 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio" (Eduardo Novoa Monreal: "Curso de Derecho Penal Chileno", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249), o bien el tipo usa la forma verbal subjuntiva que denota una conducta susceptible de duración (encerrare, detuviere, indujere).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a que es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: "Derecho Penal, parte general", Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 165; y Luis Cousiño Mac-Iver: "Derecho Penal Chileno", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cinco, páginas 316 a 319).

65°).- Que el carácter de permanente se ve influido por el bien jurídico amparado por el delito y por las modalidades de comisión. Respecto de lo primero, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito, locomoción o ambulatoria, valorado como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto. En cuanto a lo segundo, las modalidades de comisión ("encerrar" o "detener") auguran que el ilícito de secuestro se consuma con la mantención de un estado de detención o encierro, lo cual torna extremadamente difícil sostener que el encierro o la detención –resultados de las acciones u omisiones- se consuman en un instante efímero de tiempo, como el homicidio. Antes bien, se exige jurisprudencial y doctrinariamente que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el delito.

Conceptualizado el delito permanente en la forma descrita, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro –uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal- el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción, que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito –objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito. Empero la violación jurídica puede cesar o no por voluntad del delincuente, ya que también es dable que ocurra por obra de terceros (liberación), de la propia víctima (fuga) o por otras causas (muerte).

66°).- Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la

cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo"... "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo" (Ob. Cit. página 250; Gustavo Labatut, Ob. Cit. página 298; Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Página 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y dos, página 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal", tomo II, Carlos Gibbs Editor, páginas 282 y 283; Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., año mil novecientos noventa, página 92; Gonzalo Yuseff Sotomayor: "La Prescripción Penal", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año dos mil cinco, página 90; y Manuel de Rivacoba: "El delito de usurpación y el problema de su prescripción", en Gaceta Jurídica N° 48, junio de mil novecientos ochenta y cuatro, página 3); aunque no es la única porque durante la prolongación del estado antijurídico es posible una legítima defensa o que perdure la flagrancia y queda excluido el encubrimiento, ya que la cooperación durante la extensión opera a título de coautoría o complicidad. También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, páginas 166 y 167, considerando 6° y Tomo LXVI, 1969, segunda parte, sección cuarta, páginas 234, reflexión 2ª).

67°).- Que, por las elucubraciones anotadas se impone concluir que los sentenciadores, no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal propuestas en sus descargos.

68°).- Que en relación con la alegación de Cosa Juzgada sustentada por la defensa en relación con el delito de Homicidio, es dable tener en cuenta que la cosa juzgada, reconocida como institución en el juicio criminal, no se encuentra en este procedimiento claramente reglamentada como ocurre en el Código de Procedimiento Civil, pero no cabe duda -y así lo afirman todos los autores- que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables. Las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona responsable de éste. Así, el artículo 76, señala que todo juicio criminal comenzará con la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella; el artículo 108 de igual código, dispone que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y se comprueba por los medios que señala el artículo 110. para agregar a continuación en el artículo 111, que el delincuente puede ser determinado por todos los medios de prueba indicados en el artículo precedente, además de la confesión de él mismo; el artículo 274 establece que para someter a proceso a una persona debe encontrarse acreditado el delito que se investiga y existir presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el hecho punible, normas todas del Código de Procedimiento Penal.

La cosa juzgada. "por el alto rango de su finalidad (que es) mantener ... la certidumbre del derecho" (R. Fontecilla. Tratado de Derecho Procesal Penal. tomos 111, pag.178) lleva a este mismo autor a sostener "que es de la esencia de la cosa juzgada decidir dos veces lo mismo"

(op. cit.. tomo III pag. 229). por lo que siguiendo al tratadista Marcade. dejó claramente establecido que "la misión de los tribunales del crimen es decidir si el hecho que se reprocha al reo existe y si el reo es el autor, y si el hecho le es imputable desde el punto de vista de la ley penal" (op.eit. LII 1. pag.221).

De lo expuesto, deduce el tratadista que la excepción de cosa juzgada -la acción corresponde al Estado. como único titular del ius puniendi- "puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) Identidad de hechos punibles: b) Identidad entre los sujetos activos del delito" (op. cit. "horno 111, pag. 2).

Los principios antes expuestos se encuentran plasmados en la disposición del artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal que establece que el sobreseimiento definitivo se decretará: ...7'.- Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado".

De este modo. para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso penal tiene que producirse una doble identidad: del hecho punible y del actual procesado. Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio, con mayor razón, si en la primera causa no hubo procesado.

69°).- Que, establecido el delito como la participación criminal que correspondió a los culpables, y a pesar de lo razonado en la primera parte del presente veredicto, consistente en la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta -consagrada en el artículo 103 del Código del ramo- que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria, en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho punitivo. Así, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla, por impedirlo el Derecho Internacional Humanitario, no existe razón que se oponga a considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en razones vinculadas a la necesidad de mantener la paz social, en tanto la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción.

70°).- Que el referido artículo, en su inciso primero, prescribe: "Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta". Por su parte, el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en "el día en que se hubiere cometido el delito".

71°).- Que, razonando en torno de la institución consistente en "la media prescripción", conocida también como "prescripción gradual", a los efectos de determinar su acogimiento de oficio, es menester tener presente que, tanto la prescripción propiamente tal, como la media

prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código punitivo, cual lo es el V de su Libro I, el cual ha consagrado el legislador para tratar “De la extinción de la responsabilidad penal”; y también, el hecho que ambas se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

72°).- Que, sin embargo, cabe advertir que ambas -prescripción o prescripción completa y media prescripción- persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal, lo que no ocurre con la media prescripción, cuya teleología, por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la dicha responsabilidad, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en especificidad, a la estirpe de las atenuantes, denominadas también minorantes de dicha responsabilidad.

73°).- Que, según se ha visto, la ubicación de la media prescripción en el Título V del Libro I del Código punitivo, no desnaturaliza su finalidad, teniendo presente para ello que ésta no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Esta situación, por lo demás, no es única en el Código Penal, si se observa, v.gr., que no resulta posible interpretar los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código citado, como atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII- sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana, y más particularmente en contra de la vida humana dependiente. Tampoco es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII, del Libro II, como atentados en contra de “las personas”, como lo denomina el Código punitivo, porque “las personas” son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objeto de protección, cuales lo son la vida humana, la salud individual o la integridad corporal, la vida humana y la salud individual o integridad corporal y el honor.

74°).- Que, a esta altura, resulta necesario concatenar la raíz de las instituciones de la prescripción completa y de la media prescripción, resaltando que la ontología de aquélla, se advierte, según el estudioso y destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia, Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981), pág. 1.238 y 1.239, en torno de la teoría mixta, “que considera la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo...Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la necesidad de pena, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos ordenamientos jurídicos extranjeros permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total. También desempeñan un papel la idea del ejercicio de derecho de gracia, de la equidad y la necesidad de autolimitación del Estado frente al factor tiempo y el cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no sólo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas.”

75°).- Que los hechos sublite, respecto de los cuales no se reconoció de oficio la minorante de la media prescripción o prescripción gradual, han acaecido en el curso del mes de octubre de 1.973, esto es, hace más de treinta y cinco años, y aun cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que, en aras de la justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, subjure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado, no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- a fin de evaluar el reproche que en definitiva emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

76°).- Que, en el caso que nos convoca, se encuentran acreditadas la fechas de ejecución de los dos delitos investigados y dado que la prescripción gradual como se ha anotado, acorde a su naturaleza, es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva, concebida como atenuante calificada de la responsabilidad penal, disminuyendo la pena, sin que su aplicación se vea afectada por la normativa internacional, es menester examinar en cada caso su procedencia y su eventual aplicación.

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

77°).- Que, es pertinente tener en consideración que esta Corte, en relación con figuras de homicidio y secuestro acaecidas en el mismo contexto de grave alteración o convulsión social, con motivo de los hechos del 11 de Septiembre de 1.973, reconociendo la imprescriptibilidad de la figura que interesa por aplicación de los tratados internacionales, ha aplicado, como circunstancia de atenuación de la responsabilidad punitiva -no de extinción- la institución de la media prescripción -así, v.gr., en causa rol 6.525-06- a cuyos efectos, y a fin de determinar el plazo requerido por el artículo 103, del Código de punición, ha recurrido al cómputo de prescripción establecido en su artículo 94, estableciendo un reconocimiento expreso a la atenuación de la responsabilidad penal por aplicación de la prescripción gradual, en relación con la afectación del mismo bien jurídico-la vida humana- comprometido en estos autos.

78°).- Que, por lo dicho precedentemente, debe recogerse expresamente, para fines de aplicación de la pena, la morigerante consistente en la media prescripción del artículo 103 del texto punitivo, desde que existe fecha cierta y determinada para la muerte causada a José Esaú Velásquez Velásquez, el que acaeció el día 5 de octubre de 1973, fecha a partir de la cual comienza el cómputo de la media prescripción de la acción penal respecto de los acusados Garrido, Segura y Belmar.

En tanto que respecto del delito de secuestro calificado, es útil dejar en claro que si bien corresponde a la categoría de delitos de carácter permanente, que lo deja acotado al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal en este tipo de injustos, en donde el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero su duración dependerá de la voluntad del hechor. Don Enrique Cury Urzúa, en su "Derecho Penal. Parte General. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2.005., pág. 801., y con motivo de ocuparse de los plazos de prescripción del delito y su cómputo, anota: "en los permanentes, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad.", criterios ambos, como se advierte, que se construyen en base de requisitos copulativos, convergentes con la apreciación de estos sentenciadores, todo lo cual resalta así entonces, que, el parámetro fundacional a considerar para

los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre.

79°).- Que, como ya se indicó, estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en la litis, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país a partir de septiembre de mil novecientos setenta y tres, que trajo por consecuencia el derrocamiento del gobierno de la época y la asunción de facto al poder por las Fuerzas Armadas y de Orden, a cuyos efectos se invocó y declaró el “estado o tiempo de guerra”- como se ha recogido anteriormente, de manera tal que, la afectación o conculcación de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de la víctima sobre la que inciden los hechos sublite, lleva necesariamente a estos sentenciadores, a examinar si a la fecha está acreditado que exista ejercicio de voluntad sobre los encierros o detenciones, alcanzando de ello -es decir, del mérito del juicio- convicción que no resulta posible así asumirlo en términos de certeza jurídica –entre otros, en los límites del artículo 109 del Código procesal de punición, de donde se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad, en el caso particular de autos, no ha operado o podido operar más allá de las siguientes fechas: 16 de septiembre de 1987 (fojas 1.751), respecto del Coronel Garrido Gutiérrez; desde el 16 de febrero de 1986 (fojas 1.771) en relación al Sargento Primero Palma; a contar 16 de enero de 1981 (fojas 1.783) para el enjuiciado Suboficial Mayor Segura; y en cuanto al Suboficial Belmar Corral, desde 1 de abril de 1984 (fojas 1.785); que corresponden a las datas en que los cuatro encausados fueron pasados a retiro desde Carabineros de Chile, cesando por consiguiente y en dicha categoría y alcance su actividad institucional, que en su momento y como aparece probado, les determinó esencialmente en estos hechos. Es necesario tener también presente, que a la época actual han transcurrido más de treinta y cinco años contados desde la comisión de los ilícitos, como asimismo, más de diecinueve años desde que el país se reencontró y volvió a la normalidad democrática-republicana. Así, y retornando a la fecha en que a los reos se les concede el retiro absoluto de Carabineros, se considerarán éstas como de inicio de cómputo de la media prescripción, para el delito de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas.

80°).- Que, visto el fenómeno desde otro ángulo, también insoslayable para el sentenciador, es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses del año mil novecientos noventa, luego de elecciones libres en que se pronunció la ciudadanía, bajo el régimen de separación y autonomía de los poderes del Estado, en el orden de independencia que establece la Constitución Política, sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiere mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como lo son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal en lo que dice relación con el condenado, toda vez que, desde el inicio del retorno democrático republicano, a la fecha de las denuncias o querellas, y luego, de la dictación de los autos de procesamiento de los condenados, han transcurrido con creces, más de los cinco años requeridos para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103 del Código Penal, respecto de ambos delitos.

81°).- Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde las data ya precisadas hasta el diez de abril de dos mil dos, en que Daniel Velásquez Soto presentó la querella criminal que rola a

partir de fojas 6 y siguientes del Tomo I, o al nueve de mayo de dos mil cinco, en que se somete a proceso a Garrido Gutiérrez, Segura Santander, Belmar Corral y Jorje Palma, según consta de fojas 1.083 y siguientes del Tomo III, arroja un decurso superior -en el caso del homicidio simple- a los veintinueve años, y en el caso del secuestro a los quince años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, en ambos casos, es de de cinco años. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal de cinco años si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990.

82°).- Que, lo anterior, acorde lo estatuyen los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal, considerando que, según el segundo, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina “demás crímenes”, prescribe en diez años, toda vez que la pena asignada al delito estudiado es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, lo que exige, a los efectos de la ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un lapso de cinco años.

83°).- Que, finalmente, a manera de colofón, en todo caso las presunciones de autos aparecen basadas en hechos reales y probados y no en otros indicios, como son las propias declaraciones de los imputados recogidas respecto del homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, en los motivos séptimo, octavo, décimo, duodécimo, décimo cuarto y décimo quinto, los careos practicados en autos, de los cuales surgen serios antecedentes adecuados a establecer la participación de los acusados Garrido, Segura y Belmar en los acontecimientos en examen. Concluyendo en sus participaciones que en calidad autores les correspondió en los motivos noveno, undécimo, décimo tercero y décimo sexto, estas pruebas son por cierto múltiples, toda vez que existen además testigos, contestes en señalar los tres encausados participaron, cooperando en detenciones y participando activamente en su posterior muerte. Lo mismo respecto del secuestro de Rubén Velásquez Vargas, en donde se estableció la calidad de autores de los acusados Garrido, Segura, Belmar y Palma, confesos de haberlo detenido contra derecho sin que a la fecha se sepa nada de él, lo que permite presumir su participación también en el caso de este último.

Todos elementos de juicio reales que obran dentro del proceso y ninguno de ellos reposa en otras presunciones, sino que todos en conjunto, han permitido a los jueces adquirir la certeza acerca de la participación del agente en el delito pesquisado.

84°).- Que en relación con la agravante del artículo 12, N° 1°, del Código Penal. no corresponde aplicarla con el delito de homicidio, pues tal como se señala en el considerando primero de esta sentencia, estos sentenciadores arribaron a la convicción de que no se encuentra acreditada la concurrencia de alevosía en la perpetración del hecho. Por lo demás de haber concurrido alevosía, ello habría sido materia del tipo penal del artículo 391, N° 1°, del mismo texto.

85°).- Que para la aplicación de las sanciones en relación con el ilícito, contemplado en el artículo 141, inciso 3°, del Código Penal, se aplicará la pena vigente a la época de su comisión, esto es, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que resulta más beneficiosa para los acusados y que corresponde imponer en virtud de lo prescrito en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, recogido a nivel legal en el artículo 18 del Código Penal.

86°).- Que para los efectos de la determinación de la pena y no encontrándonos dentro de los supuestos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. por no tratarse de delitos de la misma especie, que no aparecen reprimidos en el mismo título, procede regular la penalidad

conforme al sistema aritmético contemplado en el artículo 74 del Código Penal, vale decir, se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

87°).- Que concurriendo en favor de los cuatro sentenciados la circunstancia minorante de la media prescripción del artículo 103 del Código Penal y las de su irreprochable conducta pretérita, sin que les afecte ninguna agravante, respecto de los dos delitos en los que aparecen interviniendo en forma directa e inmediata. A excepción de Jorje Palma, quien sólo se acreditó que tuvo ingerencia, conforme ya se expresó, en uno solo de ellos (Secuestro).

Por lo expresado, estos sentenciadores impondrán la pena inferior en un grado al mínimo de las señaladas a los delitos, así en ambos delitos se impondrá una sanción de presidio menor en su grado máximo; con lo señalado se difiere del informe de la fiscal judicial en cuanto a la cuantía de las penas.

88°).- Que por lo que toca a la acción civil deducida por la parte querellante en contra de los sentenciados, cabe dejar sentado que en el cuarto otrosí de fojas 2010, la defensa no alegó la prescripción de la acción civil, sino la extinción de la responsabilidad, fundada en antecedentes que dicen relación con la prescripción de la acción penal, cosa juzgada y amnistía o indulto.

Con lo expuesto, lo informado por la señora Fiscal Judicial. en su dictamen de fojas 2 340 y lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 69, 74 y 76 del Código Penal y 457, 485, 488, 503, 504, 514, 517, 529 y 534 del de Enjuiciamiento del ramo, y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- Que se revoca la sentencia apelada de catorce de agosto de dos mil siete, escrita de fojas 2.193 a 2.316, en cuanto condena a **JORJE PALMA**, como autor del delito de homicidio calificado de José Esaú Velásquez Velásquez, y en su lugar se declara que se le absuelve de la acusación en su contra por el referido delito.

II.- Que se revoca la sentencia apelada, en cuanto absuelve a **JORJE PALMA**, ya individualizado de la acusación de ser autor del delito de Secuestro Calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas y en cambio se declara que se le condena a sufrir TRES AÑOS Y UN DÍA de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor del mismo ilícito.

Por reunirse en la especie a su respecto los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, y aún cuando no obra en autos el informe respectivo, situación que no resulta vinculante para el tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende del extracto de filiación y antecedentes del condenado, se le concede el beneficio de la Libertad Vigilada, fijándose el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un término similar al de la condena, debiendo el sentenciado presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; debiendo además cumplir todas las condiciones señaladas por el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra d), referida a la satisfacción de las indemnizaciones civiles y costas impuesta por el fallo al sentenciado ya indicado, como requisito previo para gozar del beneficio aquí concedido, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Que, si le fuere revocada la medida alternativa en referencia, cumplirá la pena impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado.

III.- Que se confirma en lo demás, la sentencia apelada, con las siguientes declaraciones:

A.- Que los sentenciados **JUAN HERNÁN GARRIDO GUTIÉRREZ; NOÉ SEGURA SANTANDER** y **ENRIQUE BELMAR CORRAL**, ya individualizados, quedan en definitiva condenados cada uno, a las siguientes penas:

1.- A la pena de TRES AÑOS Y UN DIA, de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. y costas de la causa, como coautores del delito de SECUESTRO CALIFICADO de Rubén Alejandro Velásquez Vargas

2.- A la pena de TRES AÑOS Y UN DIA, de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. y costas de la causa, como coautores del delito de HOMICIDIO SIMPLE en la persona de José Esaú Velásquez Velásquez.

Que concurriendo los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, se les concede a los sentenciados Juan Hernán Garrido Gutiérrez; Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, el beneficio de la Libertad Vigilada, y aún cuando no obran en autos los informes respectivos, situación que no resulta vinculante para el tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende del extracto de filiación y antecedentes de los condenados, se les concede el referido beneficio alternativo, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 17 de la Ley N° 18.216 de 1983, con excepción de la exigencia de su letra d), referida a la satisfacción de las indemnizaciones civiles y costas impuestas por el fallo a los sentenciados ya indicados como requisito previo para gozar del beneficio aquí concedido, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Que se establece como plazo de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, el de seis años en total, debiendo los tres sentenciados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia.

Que, si les fuere revocada la medida alternativa en referencia, cumplirán la pena impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado para cada uno de ellos.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller, en lo atingente únicamente al delito de secuestro calificado de Rubén Alejandro Velásquez Vargas y en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada media prescripción y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, porque dada la naturaleza de uno de los delitos que en el proceso ha quedado establecido -de carácter permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. La disposición citada gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo

que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura o se mantiene hasta que no se produce determinado evento, tal precisión temporal es imposible.

En consecuencia, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los enjuiciados Jorje Palma, Juan Hernán Garrido Gutiérrez; Noé Segura Santander y Enrique Belmar Corral, por el antedicho ilícito, sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6°, del cuerpo legal citado, sin que concurren otras modificatorias de responsabilidad penal; por tanto, estuvieron por imponerle a cada uno las penas de presidio mayor en su grado mínimo por el término de cinco años y un día, más las accesorias legales por su responsabilidad de autores en dicho secuestro calificado, y en lo que concierne al homicidio simple del que responden los tres últimos, los previnientes mantienen las sanciones corporales determinadas en el número 2, letra A, de la decisión III, de la presente resolución, pues aceptan la minorante de la prescripción gradual y, por ende, rebajan en un tramo desde el mínimo de los señalados por la ley, el castigo principal que cabe regularles, por su responsabilidad de autores de este homicidio. Pero sin ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216, en atención a la entidad de las penas que les afectan por el secuestro calificado.

Acordada la condena penal contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger el recurso intentado, anulando la sentencia de alzada, procediendo a dictar sentencia de reemplazo por la que se resuelve revocar la de primer grado en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor de los encartados, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas, tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no se prolongue 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 octubre de 1973, en tanto que la denuncia por el delito de homicidio de José Esaú Velásquez Velásquez que dio origen al proceso Rol N° 4.236 del Juzgado del Crimen de Chaitén, lo fue el 17 de agosto de 1990, según consta de las fojas de fojas 252 y siguientes; en tanto que las querellas criminales son de fecha 10 de abril del año 2002, correspondiente a Daniel Velásquez Soto de fojas 6 y siguientes, hijo de Rubén Alejandro Velásquez Vargas; y la de 6 de marzo de

2001, interpuesta por Francisco Velásquez Vargas por su padre José Esaú Velásquez Velásquez y su hermano Rubén Alejandro Velásquez Vargas, la que rola a fojas 65, prosiguiéndose posteriormente con la tramitación hasta llegar a la etapa actual;

3.- Que, en consecuencia 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 y el de secuestro;

4.- Que, en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica, a favor de los cuatro encausados, 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 ley resulte favorable al afectado;

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

“Que los Convenios de Ginebra, de 1949, fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fechas 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 el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El 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 5 de octubre 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.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados –por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a los inculcados, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción en el delito de secuestro calificado en la persona Rubén Alejandro Velásquez Vargas, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si el estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría por el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de sí reconocer tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantiene su decisión de absolverlos por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo y los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller, su posición de rechazar esta última circunstancia en el mentado delito de secuestro calificado; el Ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia; por ende, no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable al procesado, de manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolo como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller quienes fueron de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas en el primer otrosí de las presentaciones de fojas 1.495 y 1.828, por parte de los querellantes particulares en contra del Fisco de Chile, en forma solidaria con los demás demandados, atendidas las siguientes razones:

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

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

Tercero: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

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

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

Sexto: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Por tanto, 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.

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

Octavo: Que, respecto del monto de la indemnización reclamada, estiman que corresponde fijarlo en la suma de \$ 60.000.000.- (sesenta millones de pesos) para cada uno de los actores, la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 4155-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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

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