

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil nueve.

Vistos:

En estos antecedentes rol 1058-01 y acumulados, seguidos ante el Noveno Juzgado del Crimen de Santiago por el Ministro en Visita Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, por sentencia de treinta de abril de dos mil siete, escrita a fs. 3393 y siguientes, se condenó a Edgar Benjamín Cevallos Jones y a Ramón Pedro Cáceres Jorquera, como autores del delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves, en las personas de Bernardo Pizarro Meniconi, Ignacio Puelma Olave, Gastón Muñoz Briones, María Marchi Badilla, María Padilla Contreras, Margarita Iglesias Saldaña, Sergio Castillo Ibarra, Carmen Díaz Rodríguez, Liliana Mason Padilla, Patricio Rivas Herrera, Sergio Santos Señoret, Ricardo Parvex Alfaro, Cecilia Olmos Cortés, Belarmino Constanzo Merino, José Carrasco Oviedo, Manuel López Oyanedel y Gustavo Lastra Saavedra, cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y enero de 1975. Se impuso a los sentenciados una condena única de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena y se les obligó a pagar proporcionalmente las costas de la causa.

Al acusado Cevallos Jones se le otorgó el beneficio de la reclusión nocturna para el cumplimiento de su condena, en tanto a Cáceres Jorquera, se le concedió la remisión condicional de la pena.

En la parte civil, se acogió la excepción de prescripción de la acción interpuesta por el procesado Cáceres Jorquera y por el Fisco de Chile, de modo que a su respecto se rechazaron las demandas deducidas. Por el contrario, se acogieron las mismas demandas, en cuanto fueron dirigidas contra Cevallos Jones, quien fue condenado a pagar diez millones de pesos a cada uno de los actores, por concepto de daño moral, más los reajustes de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su pago efectivo, más los intereses que se contabilizarán desde que el fallo quede ejecutoriado.

Revisada la sentencia por la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de seis de noviembre de dos mil ocho, que se lee a fs. 3584 y siguientes, se confirmó el fallo de primera instancia, con declaración que se elevó a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, la pena privativa de libertad impuesta a los procesados, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Las medidas alternativas que habían sido otorgadas a los sentenciados, fueron sustituidas por la de libertad vigilada, quedando ambos sometidos a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cuatro años.

Contra esta sentencia, las defensas de ambos condenados dedujeron recursos de casación en el fondo, basados en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

A fs. 3636 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso deducido por la defensa de Ramón Cáceres Jorquera, se invoca el artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, denunciando la infracción de dos grupos de normas.

En primer término, alega violación del artículo 93 N° 3 del Código Penal, por haberse desechado la excepción de amnistía que opuso su parte de acuerdo al D.L. 2191 de 1978.

En segundo lugar, sostiene la existencia de infracción a los artículos 93 N° 6, 94 inciso 4°, 95, 101 y 102 del Código Punitivo, al haberse desechado la excepción de prescripción que también hizo valer en su oportunidad.

SEGUNDO: Que, sobre la amnistía, asevera que el D.L. 2191 tiene plena vigencia, ya que los Convenios de Ginebra no pudieron tener aplicación al caso concreto puesto que en nuestro país no existía un conflicto armado sin carácter internacional –de aquéllos que se describen en el art 3° de los señalados Convenios- puesto que esa situación supone la existencia de bandos contendientes y hostilidades militares, cuestión que no ocurrió en Chile. Arguye el recurrente, que el conflicto debería tener magnitud suficiente como para implicar lucha entre bandos militares y la presencia de operaciones propias de una situación bélica auténtica. Para corroborar aquello, agrega que de acuerdo al Protocolo Adicional de la Haya N° 2 de 1977, los conflictos eran entre las fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o bien, grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte de dicho territorio, un control tal que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concretadas. Ese mismo Protocolo precisa que no tiene aplicación a situaciones de tensión interna y disturbios tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos que no son conflictos armados.

Agrega que el D.L. N° 5 de septiembre de 1973, no hizo declaración alguna de guerra interna, ya que su propósito fue sólo permitir la represión de determinados ilícitos, por los tribunales militares.

Del mismo modo, los tratados internacionales anteriores a la dictación del D.L. 2191 señalado, no habrían podido afectar su vigencia, puesto que este decreto ley fue dictado por el legislativo en uso de la atribución conferida por el artículo 44 N° 13 de la Constitución Política de 1925, de modo que no puede ser modificada por un tratado internacional, cuya aprobación está sujeta solamente a las normas de una ley.

Asimismo, no puede el citado Decreto Ley ser dejado sin efecto por un tratado promulgado después de su dictación, puesto que esa facultad no está contemplada en la Constitución Política; porque además, violaría las normas sobre el principio de irretroactividad de la ley penal y, finalmente, porque el decreto ley contendría la norma más favorable al reo.

A continuación, el recurrente, señala que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, no tienen el mérito de derogar el D.L. 2191, porque fueron aprobados después.

El Código de Derecho Internacional Privado contiene una disposición que de modo expreso ordena estarse a la legislación nacional en caso de conflicto entre ella y la legislación extranjera. Ello encuentra su correlato en las normas de nuestro país, ya que el artículo 5° de la Constitución Política establece el principio de soberanía de la Nación y el artículo 19 N° 3, el impedimento de aplicar normas penales desfavorables de modo retroactivo, lo que también se recoge en el artículo 18 del Código Penal.

Sobre el *ius cogens* o principios humanitarios del derecho internacional, asevera que debe tenerse presente que en Chile rige el principio de supremacía constitucional y la Constitución Política señala como piedra angular del debido proceso, el respeto irrestricto al principio de reserva o legalidad.

TERCERO: Que en un segundo grupo de infracciones y por la misma causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente reclama la violación de los artículos 93 N° 6, 94 inciso 4°, 95, 101 y 102 del Código Penal, puesto que el fallo de primera

instancia da por establecido que los hechos ocurrieron hasta enero de 1975, de modo que a la fecha que se inicia la investigación, los delitos se encontraban prescritos.

Acto seguido, reproduce todo lo señalado sobre los tratados internacionales al referirse a la Amnistía y agrega que la Organización de las Naciones Unidas, por resolución N° 2391 de 26 de noviembre de 1968, acordó dictar la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de modo que hasta entonces todos los delitos eran prescriptibles y dado que nuestro país no ha ratificado ese Convenio, subsiste aquí la situación anterior a la dictación de aquél.

CUARTO: Que, por su parte, la defensa de Edgar Cevallos Jones, invocó también la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción a los artículos 433 N° 7 en relación al 434 incisos 2° y 3°, todos del mismo cuerpo legal, como asimismo, a los artículos 93 N° 6, 94, 95, 101 y 102 del Código Penal.

Fundamenta su recurso en el voto disidente del fallo de la Corte de Apelaciones que confirmó con declaración de aumento de pena, la sentencia de primera instancia. El autor de ese voto, Ministro Sr. Víctor Montiglio Rezzio, fue del parecer de acoger la excepción de prescripción y, en consecuencia, de absolver a los acusados. Para ello tuvo presente que el tiempo fijado por el Código Penal para la prescripción de la acción penal en el presente caso, ya había transcurrido para cuando se dio inicio a la investigación y que no existían motivos por los cuales debieran los hechos investigados ser reconocidos como delitos imprescriptibles.

Señala que los Convenios de Ginebra de 1949 no son aplicables al caso, porque los delitos no se perpetraron ni consumaron en estado de guerra interna, sin perjuicio que en tales tratados no existiría norma de la cual colegir la derogación de la prescripción de la acción penal en delitos de tormentos causando lesiones graves, como los de autos, ya que no contienen prohibición alguna al respecto.

Explica el disidente, que el art 3° común a todos los Convenios, se aplica en casos de situaciones objetivas de conflicto armado con determinadas características y no procede por simples elementos subjetivos o de reconocimiento de las partes en conflicto. Ello, por cuanto del D.L. N° 5 de 1973, no resulta posible afirmar la existencia de un conflicto como los que describe el art 3° de los Convenios de Ginebra, ya que la motivación del referido decreto ley, fue la interpretación del artículo 418 del Código de Justicia Militar. Dice que la verdad histórica es que no puede sostenerse que los opositores al gobierno militar se hayan organizado como fuerzas armadas y que hayan dado curso a hostilidades abiertas, porque no se produjo ninguna división entre los cuerpos armados de la época, que desde un comienzo se mantuvieron bajo las ordenes de la Junta de Gobierno.

Finaliza argumentando que el carácter de imprescriptible tampoco deviene de la aplicación de una costumbre internacional porque para ello, debiera tratarse de una práctica general de la comunidad internacional con la convicción de que ella responde a una obligación jurídica. Sin embargo, la Convención sobre Imprescriptibilidad sólo ha sido ratificada por un grupo menor de países y las legislaciones de diferentes Estados varían en materia de prescripción, de lo que fluye que no existe esta práctica generalizada.

Sobre las acciones civiles interpuestas, concluye que dado que no asiste responsabilidad penal a los acusados, carecen de responsabilidad civil.

QUINTO: Que ambos acusados han aceptado tanto los hechos que se han tenido por establecidos, como la participación que en ellos se les atribuye, disintiendo sólo del rechazo de las excepciones de amnistía y prescripción por ellos invocadas.

SEXTO: Que la improcedencia de aplicación del D.L. 2191 del año 1978 a los casos de violaciones a los derechos humanos, es una cuestión ya ampliamente conocida y resuelta por esta Corte.

SÉPTIMO: Que como se expresa más adelante, en la época en que ocurrieron los hechos investigados, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna, por lo tanto, resultan plenamente aplicables a los delitos indagados, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, 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, herida, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: "a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de 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 legítima.

OCTAVO: Que al suscribir y ratificar los citados Convenios nuestro país acató 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 proscritas 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.

NOVENO: Que, como ya se ha resuelto con anterioridad por esta Corte, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones 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, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

DÉCIMO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues 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. Esta conducta resulta violatoria del artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidas en nuestro país durante su vigencia.

UNDÉCIMO: Que, por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos investigados y de acuerdo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito fue efectuado 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.

DUODÉCIMO: Que, como se estableció en la sentencia de reemplazo dictada con fecha 13 de agosto de 2009, en la causa rol CS N° 921-09, “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 suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia de ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.”

DÉCIMO TERCERO: Que los delitos de esta índole no pueden ser declarados prescritos, tampoco amnistiados y respecto de ellos, no es posible consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables, precisamente porque se trata de acciones que constituyen graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura (que corresponde a los hechos de esta causa), las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

DÉCIMO CUARTO: Que los principios internacionales referidos, así como los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales -contrariamente a lo sostenido por los recurrentes- gozan de primacía constitucional, de modo que una interpretación progresiva y finalista de la Constitución, los hace prevalecer sobre la legislación interna, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan; de modo 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 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 tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos" (Humberto Nogueira Alcalá: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887).

DÉCIMO QUINTO: Que tratándose como se ha visto, de delitos de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional tiene la obligación de juzgar y castigar a sus autores, precisamente porque han lesionado 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 de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos. 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 respetar el derecho internacional humanitario.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, el recurso de casación deducido en representación del acusado Ramón Cáceres Jorquera, en la parte que denuncia error de derecho al desestimar su excepción de amnistía no puede prosperar porque como se ha visto, no ha existido error al desecharla.

DÉCIMO SEPTIMO: Que en lo que cabe a la excepción de prescripción de la acción penal, ha sido estimada inaplicable en delitos como los que motivaron la investigación de autos.

La improcedencia de la causal extintiva de responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 N° 6°, del Código Penal, se fundamenta en la circunstancia de que a la fecha en que se verificaron los hechos investigados en esta causa –desde septiembre de 1973 a enero de 1975– el territorio nacional se encontraba en estado de guerra, situación que resulta innegable, atendidas las disposiciones de los Decretos Leyes N°s. 3 y 5 ambos del año 1973. Según lo dispuesto por el artículo 418 del Código de Justicia Militar, interpretado por el Decreto Ley N° 5, "se 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". Esta Corte ha argumentado en diversas sentencias (rol 3.462-06, rol 4.662-07, rol 4087-08), que 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

reafirmó el 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 de 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 hecho. Además el Decreto Ley No. 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, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos".

Asimismo, del examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752/ 1951, es posible advertir que su aplicación no se agota únicamente en lo que dice relación con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que -y como lo establece su artículo 3°- alcanza los casos de conflicto armado sin carácter de internacional, situación ésta última correspondiente a la de la especie, como lo ha interpretado esta Corte en diversos fallos.

Por otra parte, como también lo ha decidido este Tribunal con antelación, una de las características que los Convenios antes citados y la aplicación del Derecho Penal Internacional asignan a este tipo de delitos, es su imprescriptibilidad. A este respecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, integran el denominado Derecho Internacional Humanitario. Esta Corte Suprema ha reconocido y sustentado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, considerando entre otros motivos para ello su pertenencia al ámbito del ordenamiento penal universal, en el cual y en relación a esta clase de crímenes, el paso del tiempo no puede conducir a una exoneración de las responsabilidades penales, como ocurre, en general, en el Derecho Penal interno. A este respecto, es decidor el Convenio IV de Ginebra, cuyo Título IV, denominado "Aplicación del Convenio", desarrolla a través de los artículos 146, 147 y 148, el principio básico señalado.

Sobre este mismo tópico, valga considerar que en el preámbulo de la Convención de 1968, su artículo primero es muy claro en cuanto a que los crímenes de guerra y de lesa humanidad "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

DECIMO OCTAVO: Que si bien el artículo 93 numerales 6° y 7° de nuestro Código Penal establece como causal extintiva de la responsabilidad penal la prescripción de la acción penal y de la pena, tratándose de los delitos de *lesa humanidad*, que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, se alza como barrera ante la impunidad precisamente la imprescriptibilidad de esos crímenes y que surge de las fuentes antes citadas.

DÉCIMO NOVENO: Que por las razones anotadas cabe concluir que no se ha incurrido en el error de derecho que se denuncia al rechazar las excepciones de amnistía y prescripción invocadas por la defensa de Ramón Cáceres Jorquera y la de prescripción alegada por la de Edgar Cevallos Jones, por lo que los recursos de casación entablados por ellos serán rechazados.

VIGESIMO: Que al desestimarse los recursos, dado que se ha tenido por establecida la responsabilidad penal de los acusados y la ausencia de causales que la eximan, análisis al que solamente puede extenderse el pronunciamiento de esta Corte de Casación, no es procedente -

como lo requirió la defensa de Cevallos Jones- dejar sin efecto la condena civil que a ese acusado ha sido impuesta, puesto que a ese respecto no se refirieron los errores de derecho sustentados por la impugnación.

Y visto lo prevenido en los artículos 5º, inciso segundo de la Constitución Política de la República, 93 del Código Penal; 764, 765, 767 y 772 del de Procedimiento Civil, 535, 546 y 547 del Código de Enjuiciamiento Criminal, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo interpuestos a fs. 3605 y 3616 en representación de los acusados Ramón Cáceres Jorquera y Edgar Cevallos Jones, respectivamente, y, en consecuencia, se declara que la sentencia de seis de noviembre de dos mil ocho escrita a fs. 3584 y siguientes de estos antecedentes, **no es nula**.

Se previene que el ministro señor Muñoz concurre al fallo, pero no comparte el razonamiento noveno y del fundamento décimo cuarto, desde la parte de la cita que se inicia en "No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos", como tampoco comparte que en materia de derechos humanos sea aplicable la frase: "Un acuerdo internacional, por ende, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas del derecho internacional". Quien previene estima suficiente las demás argumentaciones para rechazar los recursos, por cuanto, en su concepto, la conciencia de la humanidad ha reconocido e identificado ciertos principios que no pueden ser desconocidos por las legislaciones nacionales e internacionales bajo ningún respecto, los que integran el sistema de fuentes del derecho aplicables por los tribunales nacionales e internacionales, los cuales integran el ius cogens, que, en cierta medida, coinciden con la noción de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que según lo consignado en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de Chile, "conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por la vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito, podría destruirse, y eso es de extraordinaria trascendencia" (Enrique Ortúzar Escobar presidente de la Comisión, Sesión 49, de 27 de junio de 1974), circunstancia que ha tenido oportunidad de destacarlo esta Segunda Sala y el Tribunal Pleno de esta Corte Suprema, al expresar; "que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Fallos del Mes, enero de 1996, Sección Criminal, fallo 1, considerando 4º, página 2066). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de diciembre de 1987, dictada en causa rol N° 46, considerando 16º, ideas que han sido expuestas por quien previene en sentencia dictada por esta Segunda Sala de la Corte Suprema rol N° 5420-08.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes fueron del parecer de acoger los recursos de casación deducidos por las defensas de Cevallos Jones y Cáceres Jorquera, anular el fallo de segundo grado y revocar la sentencia de treinta de abril de dos mil siete, escrita de fojas 3393 a 3502, absolviendo a los condenados de la acusación que se les hizo como autores de varios delitos de aplicación de tormentos, por haberse extinguido sus responsabilidades por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, teniendo, además, presente, 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 estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre entre septiembre de mil novecientos setenta y tres y enero de mil novecientos setenta y cinco, el juicio se inició en abril de dos mil uno, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de cinco años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto a los simples delitos a que la ley impone pena de presidio menor en su grado máximo, como lo es al de aplicación de tormentos o rigor innecesario que contempla y sanciona el art 150 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de comisión de los ilícitos.

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

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

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: "Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que "para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya

alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable"".

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, 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, citado en el fallo que se revisa, no sirve para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, pues realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en

duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional" en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y enero de 1975 existía un "conflicto armado no internacional", razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. "En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente", norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le est

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

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional

desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller y de la prevención y disidencias, sus autores.

Rol N° 8113-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Sergio Muñoz G. y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

En Santiago, a veinticuatro de septiembre 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.