

Santiago, veintiocho de enero de dos mil nueve.

Vistos:

En estos autos N° 120.133, rol del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de primera instancia de fecha seis de octubre de dos mil seis, la que se lee a fojas 2.686 y siguientes del Tomo V, se resolvió **absolver** a los encausados: **1.- Freddy Enrique Ruiz Bunger; 2.- Juan Francisco Saavedra Loyola; 3.- César Luis Palma Ramírez; 4.- Otto Silvio Trujillo Miranda; y 5.- Eduardo Enrique Cartagena Maldonado**, respecto de los cargos formulados en el auto acusatorio de fojas 2.064, al estimar prescrita la acción penal intentada en contra de cada uno de ellos, de ser considerados autores del delito de secuestro calificado de David Urrutia Galaz, ilícito acaecido a partir del 20 de diciembre de 1975, cuyos restos fueron encontrados el 12 de diciembre de 1995 por personal del Regimiento de Artillería N° 1 Tacna, en el interior del recinto del Fuerte Militar "General Justo Arteaga", y que conforme se acreditó por el Servicio Médico Legal, eran pertenecientes a David Edison Urrutia Galaz, estableciéndose como data definitiva de su muerte el 28 de febrero de 1976, la que fue causada por traumatismo craneano y torácico, de extremidad superior derecha, provocada por intervención de terceros, por uso de arma de fuego. En su parte civil, se acogió la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria, la que fue opuesta subsidiariamente por el Fisco de Chile, en relación a la demanda intentada por el abogado Nelson Caucoto Pereira, en representación del querellante particular, la que rola a fojas 2.109, sin costas.

Apelada la sentencia anterior, tanto por la parte querellante particular en su escrito de fojas 2.788, como por el Programa Continuator de la Ley 19.123 en su presentación de fojas 2.797, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial de fojas 2.809, la primera Sala de la Corte de Apelaciones de

Santiago, con fecha dos de agosto de dos mil siete, teniendo además presente, otros cinco razonamientos, confirmó el veredicto de primer grado.

En contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, la abogado Srta. Karinna Fernández Neira, por el programa de la Ley N° 19.123, a fojas 2.870; y el querellante particular, representado por el abogado Sr. Nelson Caucoto, en su presentación de fojas 2.884, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, basándose ambos en forma exclusiva en el numeral 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, solicitando que se anule el fallo de segundo grado, dictando otra sentencia de reemplazo por la que se resuelva en definitiva sancionar penalmente a los responsables del homicidio calificado de David Urrutia Galaz, estableciendo el máximo de las penas contempladas por la ley.

A fojas 2.928, se declaró inadmisibile el recurso de casación en el fondo intentado por el querellante particular contenido en el primer otrosí de su presentación de fojas 2.884, dirigido en contra de la parte civil del fallo atacado. En tanto, que fueron declarados admisibles los recursos de casación en el fondo de fojas 2.870 y 2.884, enderezados contra de lo resolutive penal del veredicto de segundo grado, los que se trajeron en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que, previamente, esta Corte debe manifestar que en este tipo de causas, donde lo que está en juego es la obtención de la declaración de imprescriptibilidad e inadmiabilidad de la acción penal por el delito como el de la especie y consecencialmente la condena de los acusados que han sido absueltos por los jueces del fondo; es de vital importancia una rica exposición argumentativa de quienes son llamados para asumir la defensa y representación de las personas cuyos derechos estiman vulnerados. Resulta que, de la lectura tanto del recurso interpuesto por la abogado Karinna Fernández Neira, en representación del Programa Continuación de la Ley N°

19.123; como el deducido por el abogado Nelson Caucoto Pereira, por la parte querellante, se advierte en ambos, claramente su similitud, tanto en su construcción, desarrollo, y argumentos o razonamientos, razón por la cual este Tribunal, por razones de economía procesal, procederá a analizarlos en forma unitaria.

SEGUNDO: Que, de acuerdo a lo anterior, el sustento de ambos medios impugnatorios recae en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434.

TERCERO: Que en efecto, los impugnantes han reclamado por esta causal, que a pesar de aceptar como efectivos los hechos investigados, la sentencia recurrida de segundo grado ha declarado prescrita la acción penal ejercida en estos autos, no obstante que en la especie nos encontramos frente a un crimen de lesa humanidad, lo que implicó que se tratara de un ilícito de carácter imprescriptible e inadmisiable. Por ello, reclaman la vulneración del artículo 434 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, al aplicarse una causal de extinción de la responsabilidad penal que no era procedente, citando en su apoyo numerosos fallos emanados de esta Corte Suprema, en donde se ha resuelto que en éste tipo de delitos, su sanción es más que necesaria y permanece vigente en el tiempo, lo que deriva de su carácter excepcional que no permite que dejen de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo. En consecuencia la prescripción de la acción penal, no tiene justificación ni finalidad alguna ante crímenes de esta naturaleza.

CUARTO: Que, en relación a lo que se viene narrando, se menciona en el recurso el artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental, en donde se

reconoce un rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, disposición que fue vulnerada, al prescindirse en el veredicto cuestionado, de aplicar dicha normativa, agregando numerosa jurisprudencia emanada de tribunales superiores en el mismo sentido.

En cuanto a la no aplicación de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 2, 14 N°. 1 y 15 N°. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde que en ellos se reconoce el derecho a deducir los recursos efectivos en contra de violaciones señaladas en los mismos instrumentos, así como la obligación de los estados de adecuar sus normas a esas disposiciones, y el derecho a la justicia y a la verdad, prohibiéndose la impunidad; y que al mismo tiempo establecen la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de los mismos, así como la prohibición de cualquier tipo de autoexoneración que recaee sobre los mismos responsables, por encima de instituciones extintivas de la responsabilidad penal.

QUINTO: Que, en lo que respecta a los Principios Generales del Derecho Internacional, menciona la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde se reconoce la imprescriptibilidad como principio universal, respecto de lo cual la sentencia cuestionada manifestó un absoluto desconocimiento de sus alcances en nuestro ordenamiento jurídico, obviando en consecuencia los artículos 5º. y 6º. de la Constitución Política de la República.

SEXTO: Que, en el segundo de los recursos, se agregó un capítulo relativo a lo que considera un atentado en contra de los principios generales del Derecho Internacional y por el *ius Cogens*, derecho esencialmente consuetudinario, también conocido como derecho de gentes, que ha dio

generando principios universales acordados por la comunidad internacional y preconizados por ésta, que tienen la característica de ser inderogables, obligatorios y vinculantes para todos los estados de la tierra, algo así como un mínimo exigible a todas las naciones, bajo cualquier circunstancia, tiempo y lugar. Citando diversas opiniones doctrinales como las del Profesor Etcheberry; jurisprudencia del Rol 3.125-03, opiniones de tratadistas internacionales (Cherif Bassiouni), y las resolución No. 3.074, de 1973 emanada de la Organización de las Naciones Unidas.

SÉPTIMO: Que, previo a resolver los recursos en análisis, cabe recordar que los hechos definitivos asentados por los jueces del fondo consistieron en: “a) Que el día 20 de diciembre de 1975, en circunstancias que David Edison Urrutia Galaz, de nombre político “Benito” o “Johnny”, militante de las Juventudes Comunistas y perteneciente al equipo de seguridad, se encontraba oculto en un domicilio ubicado en calle Isabel La Católica, sector del paradero 23/24 de Gran Avenida en la comuna de La Cisterna; terceros pertenecientes al Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, encargados de desarticular esa organización, se apersonaron en el lugar y procedieron a su detención, sin orden de autoridad legítima y competente que la justificase. Enseguida lo condujeron hasta la base del Regimiento de Artillería Antiaérea de la Fuerza Aérea de Chile, ubicado en Colina, en cuyo interior funcionaba el centro clandestino de detención, conocido como “Remo Cero”, donde permaneció ilegítimamente privado de libertad, sometido a interrogatorios y apremios físicos, desapareciendo del recinto a fines de enero de 1976, oportunidad en que fue visto por última vez por los demás detenidos.

b) Que el día 12 de diciembre de 1995, en circunstancias que conscriptos del Regimiento de Artillería No. 1 “Tacna” efectuaban labores de ornato y jardinería en el recinto del Fuerte Militar “General Justo Arteaga”, en el

sector del cerro "Talhuenal", encontraron osamentas humanas quemadas, dándose cuenta de su hallazgo a la superioridad militar.

c) Que realizados los correspondientes análisis médico legales a las osamentas encontradas en el Fuerte Arteaga, Colina, estas fueron identificadas, por peritos del Servicio Médico Legal, como pertenecientes a David Urrutia Galaz.

d) Que el tribunal pronunciándose sobre la identificación, por resolución de 31 de julio de 2003, escrita a fojas 1856, declaró que las osamentas corresponden a Davis Edison Urrutia Galaz, ordenó su inscripción de defunción en el Registro Civil, y determinó como data de muerte el día 28 de febrero de 1976, lo que se cumplió por el Servicio de Registro Civil e Identificación, quien inscribió la defunción en el año 2003, bajo el número 2311, registro S2.

e) Que la causa basal de la muerte de David Edison Urrutia Galaz se debió a traumatismo craneano y torácico y de extremidad superior derecha, causada por intervención de terceros, por uso de arma de fuego. (razonamiento sexto del fallo de primer grado)

OCTAVO: Que de acuerdo a las circunstancias fácticas reseñadas, se estimó por los juzgadores que éstas constituyen el delito de homicidio calificado por la alevosía y premeditación conocida, ilícito descrito y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, circunstancias primera y quinta, respectivamente, decisión que se constata de la consideración séptima del edicto de primera instancia confirmado por el tribunal superior, en donde se encarga además de aclarar que los hechores dieron muerte a Urrutia Galaz, mediando la última modalidad, al aparecer su deceso como una culminación de una operación previamente concebida y planificada por integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, DIFA, dirigida a desarticular al Partido Comunista y organismos afines, y eliminar físicamente a sus integrantes, entre ellos, la víctima. La *alevosía*, desde que en la ejecución,

actuaron a traición o sobre seguro, aprovechándose de su actuar o procurando su impunidad, lo que aparece de manifiesto al actuar coordinadamente en grupo y aprovechándose que la víctima se encontraba detenida y desarmada.

NOVENO: Que, asimismo, ambos tribunales determinaron que la participación de los procesados se ajustó perfectamente a la que corresponde a los autores, conforme lo dispone el artículo 15, en sus numerales 1 y 3 del Código Penal, lo que fue desarrollado respecto de los cinco enjuiciados en los motivos décimo, undécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo segundo y vigésimo tercero.

DÉCIMO: Que los hechos descritos en la consideración octava, inamovibles para esta Corte, deben ser apreciados desde el punto de vista de las circunstancias que condujeron a la muerte de David Urrutia Galaz, conforme a las circunstancias bajo las cuales se produjo su muerte causa por agentes del Estado.

UNDÉCIMO: Que, como es de público conocimiento, el día 11 de septiembre de 1973, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, formaron una Junta de Gobierno, cuyo propósito quedó plasmado en el Decreto Ley N°1 de 18 de septiembre de 1973. En efecto, en su consideración tercera se manifiesta que *“... Chile se encuentra en un proceso de destrucción sistemática e integral de estos elementos constitutivos de su ser, por efecto de la intromisión de una ideología dogmática y excluyente, inspirada en los principios foráneos del marxismo-leninismo”*. Por lo que en el artículo primero se decreta que: *“Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, conscientes de que ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a*

la Historia de Chile, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen vigorosamente por los caminos que la dinámica de los tiempos actuales exigen a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte.”;

DUODÉCIMO: Que, es lo cierto que la finalidad del gobierno de facto consistió en deponer al gobierno de aquel entonces, a través del Golpe de Estado ejecutado el 11 de septiembre de 1973, para así obtener el poder y mando del país. Las razones se encuentran también plasmadas en los catorce numerales que contiene el Bando N° 5 pronunciado por la Junta de Gobierno de aquella época.

El Golpe de Estado fue un acto de guerra y desde aquél, en nuestro país se vivió una situación de conmoción interna, como lo confirma el Decreto Ley N° 3 de la misma fecha del citado Golpe, cuando considerando tal circunstancia y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado, la Junta de Gobierno declaró el denominado “Estado de Sitio” en todo el territorio de la República.

DÉCIMO TERCERO: Que, es en este entendido que se hace necesario recordar que el Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de septiembre de 1973, dentro de sus fundamentos, consideró: *“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”* y; que en el artículo primero de la citada norma legal, interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar, se declaró que *“el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación”*. De este modo, se agregó una nueva causal de justificación al artículo 281 del

Código de Justicia Militar: *“cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto el o los hechores”*.

DÉCIMO CUARTO: Que resulta clarificador, entonces, lo dispuesto en el nombrado artículo 418 del Código de Justicia Militar que dispone: *“Para los efectos de este Código, 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 existe la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.”*.

DÉCIMO QUINTO: Que hace fuerza a lo anterior la circunstancia que durante el período del gobierno de excepción al que ya nos hemos referido, se inició la competencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra en todo el territorio nacional, por lo que los recursos intentados en contra de las autoridades militares, especialmente los Consejos de Guerra, eran permanentemente rechazados por los tribunales ordinarios de justicia. En efecto, existió durante aquella época la negativa de las Cortes de Apelaciones del país y de esta Corte Suprema de conocer de los procesos de los tribunales militares en tiempos de guerra, fundándose en que el estado de guerra creaba una situación especial que recogía el artículo 74 del Código de Justicia Militar, al concentrar en el General en Jefe de los Ejércitos dicha jurisdicción. Útil es citar las consideraciones cuarta y quinta de una sentencia emitida por la Corte Suprema con fecha 21 de agosto de 1974 respecto de un recurso de queja deducido por el signado como “S.R” (Sergio Rubilar González) en contra el Consejo de Guerra de Arica y el Jefe Militar del Departamento y Delegado del Comandante en Jefe de la VI División del ejército, Coronel Odladier Mena Salinas a fin de obtener dejar sin efecto la sentencia condenatoria (rol de quejas criminales de la Corte Suprema, N° 7633-74):

“...4°. Que los Consejos de Guerra están sometidos a la jurisdicción militar, cuyo ejercicio pleno le corresponde al General en Jefe de un Ejército, o en quien éste delegue estas atribuciones, y en uso de ella está facultado privativamente para aprobar, revocar o modificar las sentencias de aquellos tribunales y para ejercer sobre sus integrantes la jurisdicción disciplinaria, según lo establece explícitamente el artículo 74 del Código de Justicia del ramo.

“5°. Que en tales circunstancias resulta evidente que el tribunal ordinario superior, que es la Corte Suprema, no puede ejercer poder jurisdiccional respecto de la función de mando militar propia y exclusiva del General en Jefe, o de su delegado, en el territorio declarado en estado de guerra, y aprobada por dicha autoridad militar la sentencia del Consejo de Guerra de Arica –como ocurre en la especie- resulta asimismo inconcuso que carece de jurisdicción para pronunciarse disciplinariamente a su respecto, como lo ha expresado anteriormente esta Corte en un caso similar...”.

Similar situación y fundamentos se presentó respecto de la apelación de un recurso de amparo del menor Luis Alberto Muñoz Mena, acogido parcialmente el 14 de marzo de 1974 por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 170-74, para poner al amparado a disposición del Juez de Menores, resolución que fuera revocada desechando el amparo con fecha 21 de marzo de 1974 fundamentalmente porque “las medidas de protección de los menores no pueden prevalecer sobre las disposiciones que adopta la autoridad con ocasión del estado de sitio” (Cuadernos Jurídicos, 1- agosto- 1977, Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad).

DÉCIMO SEXTO: Que lo anteriormente señalado hace posible concluir que el país se encontraba en un estado de excepción, por lo que resultaba obligatorio para la autoridad gobernante aplicar las normas del “tratamiento de prisioneros de guerra y de “las personas civiles en tiempos de guerra” que se

establecen en los Convenios de Ginebra que Chile ratificó en el Decreto Supremo N° 732 y que fueron publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, es decir, con más de dos décadas de antelación a los sucesos investigados en el proceso criminal de autos. Estos convenios deben ser respetados en toda circunstancia según se compromete el Estado chileno de acuerdo al artículo primero de ellos. Por otra parte, el artículo tercero, que es común a todos los convenios, debe también respetarse en toda su integridad, puesto que, como lo establece dicha norma: *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que a su vez, según los artículos 147 y 148 de tales convenios, siendo el homicidio intencional una infracción grave: *“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.”.*

DÉCIMO OCTAVO: Que actualmente la aplicabilidad de estos convenios ha sido permanentemente respetada en diversos fallos que se han dictado por esta Excm. Corte, entre otras, en la sentencia de fecha nueve de septiembre de 1998 (Rol N° 469, considerando décimo) y en el pronunciamiento de 17 de noviembre de 2004 (Rol N° 517-2004).

DÉCIMO NOVENO: Que esta Corte, respecto de los Convenios de Ginebra, ha señalado que “la omisión de aplicar las disposiciones de los Convenios importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que

dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos” (S.C.S. de 09.09.1.998, Rol N° 469, consid. 10°).

VIGÉSIMO: Que con todo lo considerado, en el caso de autos es dable calificar el delito de homicidio cometido en la persona de David Edison Urrutia Galaz como un “crimen contra la humanidad”. Ello no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional –homicidio calificado- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, debe tenerse presente también la llamada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de *ius cogens* o principios generales del derecho internacional.

Se ha reconocido la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno como sucedió con la incorporación como tratado de la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981, donde en su artículo 26 de la citada convención, reconociendo dicha primacía, indica que no puede invocarse ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, lo que se corrobora en su artículo 27, en que se determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como corolario de lo antes expuesto y, siendo el homicidio investigado, un crimen de guerra, por aplicación de las normas internacionales ya indicadas, no es posible acoger la solicitud de prescripción de la acción penal en la forma como el fallo en estudio lo ha hecho, la que debía ser rechazada. Encontrándose esta decisión en contra de

la normativa internacional aplicable en Chile, tal decisión, evidentemente, ha constituido un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que el recurso de casación debe ser acogido.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, de acuerdo a lo analizado, se debe señalar que los sentenciadores de segundo grado han errado al aclarar en su considerando cuarto de su edicto, en donde niegan al hecho el carácter de delito de lesa humanidad; cuando en el entendido que al delito de autos le son aplicables, dentro de otros, los Convenios de Ginebra, siendo éstos concluyentes en cuanto a que también se prohíbe, con respecto a las personas mencionadas en el número uno del artículo 3, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida y la integridad corporal “especialmente el homicidio en todas sus formas”;

VIGÉSIMO CUARTO: Que en consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción a los tratados internacionales vigentes en Chile;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, por tanto y, de acuerdo a los razonamientos contenidos en la presente sentencia, los recursos intentados en estos estrados deberán ser acogidos.

Por estas consideraciones, y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, en su relación con el artículo 546, N° 5° y 547 del Código de Procedimiento Penal, se **acogen** los recursos de casación en el fondo, deducidos a fojas 2.870 y 2.884, por los abogados Karinna Fernández Neira y Nelson Caucoto Pereira, en representación la primera del Programa Continuación Ley 19.123, y el segundo por los querellantes particulares, en contra de la sentencia de dos de agosto de

dos mil siete, escrita a fojas 2.855 y siguientes, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada contra el **voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes fueron del parecer de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos, por considerar, que en la especie, los sentenciadores de la mayoría del fallo de segundo grado, no han incurrido en error de derecho que amerite la invalidación solicitada, porque conforme con los antecedentes del proceso, resultaba procedente declarar la prescripción de la acción penal a favor de los procesados Freddy Enrique Ruiz Bunger; Juan Francisco Saavedra Loyola; César Luis Palma Ramírez; Otto Silvio Trujillo Miranda; y Eduardo Enrique Cartagena Maldonado, teniendo presente para así decidirlo los fundamentos que siguen:

1º.- Como los disidentes lo han sostenido antes, la prescripción es una institución antigua, universal y aceptada a través de los tiempos, fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen 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. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y 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 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;

2º.- Que, como se encuentra determinado, los hechos comienzan el día 20 de diciembre de 1975, en circunstancias que David Edison Urrutia Galaz, de nombre político "Benito" o "Johnny", militante de las juventudes Comunistas, se encontraba oculto en un domicilio ubicado en calle Isabel La Católica, sector del paradero 23/24 de Gran Avenida en la comuna de La Cisterna; terceros pertenecientes al Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, procedieron a su detención, sin orden de autoridad legítima y competente que la justificase. Enseguida lo condujeron hasta la base del Regimiento de Artillería Antiaérea de la Fuerza Aérea de Chile, ubicado en Colina, en cuyo interior funcionaba el centro clandestino de detención, conocido como "Remo Cero", donde permaneció ilegítimamente privado de libertad, sometido a interrogatorios y apremios físicos, desapareciendo del recinto a fines de enero de 1976, oportunidad en que fue visto por última vez por los demás detenidos. El día 12 de diciembre de 1995, en circunstancias que conscriptos del Regimiento de Artillería No. 1 "Tacna" efectuaban labores de ornato y jardinería en el recinto del Fuerte Militar "General Justo Arteaga", en el sector del cerro "Talhuenal", encontraron osamentas humanas quemadas, dándose cuenta de su hallazgo a la Superioridad militar, y realizados los correspondientes análisis médico legales a las osamentas encontradas en el Fuerte Arteaga, Colina,

estas fueron identificadas, por peritos del Servicio Médico Legal, como pertenecientes a David Urrutia Galaz, ordenándose su inscripción de defunción en el Registro Civil, determinando como data de muerte el día 28 de febrero de 1976, lo que se cumplió por el Servicio de Registro Civil e Identificación, quien inscribió la defunción en el año 2003, bajo el número 2311, registro S2. Finalmente, la causa basal de la muerte de David Edison Urrutia Galaz se debió a traumatismo craneano y torácico y de extremidad superior derecha, causada por intervención de terceros, por uso de arma de fuego.

De acuerdo a lo expuesto, iniciándose la persecución penal el 6 de noviembre del año 2001, por medio la querrela criminal de Mario Edmundo Urrutia Villa, que rola a fojas 324 y siguientes, han transcurrido entre ambos sucesos, más de veinticinco años. Incluso si se tomase en consideración desde la solicitud de reapertura del sumario efectuada por parte de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación de fecha 23 de julio de 1996, que rola a fojas 19 y siguientes, transcurrieron mas de veinte años, períodos durante los cuales los sentenciados, según el mérito de autos, permanecieron en el territorio nacional y no cometieron nuevo delito.

3º.- Que, en este caso, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, cuya pena es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen que la ley castiga con esa pena, el plazo de la prescripción es de quince años, término que en todo caso transcurrió en exceso como se evidencia de lo razonado en el motivo precedente.

4º.- Que, de esta forma ha operado la causal de extinción de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente: “Art. 93. La responsabilidad penal se extingue: N° 6. Por la prescripción de la acción penal”.

5º.- 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.

6º.- Que, como se ha expuesto en sentencias anteriores, y como lo hace la sentencia recurrida, se trata de establecer qué aplicación en el caso concreto en examen tienen los Convenios de Ginebra de 1949, porque los hechos se habrían perpetrado y consumado, presuntamente en estado de guerra interna, en virtud de lo previsto en el D. L. N° 5, de 12 de Septiembre de 1973, en especial de los artículos 3º, 146, 147 y 149 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, normativa que contiene la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las Partes Contratantes puedan haber incurrido respecto de graves infracciones, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, prohibición que alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal.

7º.- Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de Abril del mismo año, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, se aplican a conflictos armados que surjan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se

aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Se repite una vez más el señor Jean Pictet, reconocido jurista internacional, a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra de 1949, en comentario del Protocolo de 8 de Junio de 1977, adicional de los convenios de 12 de Agosto de 1949, deja constancia que en lo concerniente a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II y el artículo 3º de esos convenios, reconocen 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 los 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.

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 Comité Internacional de la Cruz Roja 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...” (cita en fallo de 4 de Agosto de 2005 en causa de esta Corte Suprema Rol N° 457-05).

8º.- El Protocolo II, Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de Octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º 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 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, en los siguientes términos: “El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar”.

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 CICR, son ilustrativos para entender 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.

9º.- Que, 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 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

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

Tampoco se ha acreditado que a la fecha de acaecimiento de los hechos aquí investigados 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 a la fecha de los hechos aquí investigados existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores no cometieron error de derecho al no aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

10º.- Que, los recurrentes rechazan también la aplicación de la prescripción de la acción penal, invocando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de Febrero de 1972 y mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de Noviembre de 1976, realizándose su publicación en el Diario Oficial el 29 de Abril de 1989. Comenzó a regir entonces, el 23 de Marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma convención, en

consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en la norma citada, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, a través de la publicación del correspondiente decreto promulgatorio en el Diario Oficial. Sostener lo contrario, significa crear e invocar otra forma de ficción jurídica, que se pretende se constituya en la creencia sin discusión en contrario, de la existencia y presencia de hechos y situaciones que no tienen sustento en la realidad, como si realmente lo fueran. El decreto ley en referencia no ha podido tener la virtud de producir esa transformación.

11º.- Que, los reclamantes sostienen, además, que en virtud de la aplicación del Pacto en referencia, los hechos investigados deben ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que por lo tanto son imprescriptibles “conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Aducen, que la sentencia omite señalar cuales son los criterios que emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa no eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

12º.- Que, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de Noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo VIII.1, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, sin embargo, “no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, y en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no ha tenido la virtud de

modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

13º.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, según el acta final de dicha conferencia y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de Noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7º y 8º las definiciones de crímenes de guerra y en su artículo 29 dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, no prescribirán.

El estatuto de Roma 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 no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, aplicadas por los sentenciadores de segundo grado.

14º.- Que, los hechos de la causa dicen relación con la realización de acciones que miradas imparcialmente, sin los extremos de las ideologías, son ciertamente graves y reprochables, y desde luego merecen las sanciones que la ley nacional contempla, y aún de la ley internacional cuando ella haya sido admitida legal y constitucionalmente e incorporada al derecho nacional, pero sin que ello implique el quebrantamiento de los principios que informan y reglan la aplicación del Derecho Penal interno, entre ellos el de reserva o legalidad que garantiza que solamente la ley nacional puede crear figuras delictivas y determinar sus penas, que los hechos imputados sólo pueden sancionarse como determinados delitos siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ocurren y que la ley penal al configurar y establecer delitos y penas, debe referirse a los hechos que los constituyen.

Fluyen de estas reglas los principios de legalidad, irretroactividad y de tipicidad. Cabe decir que esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional.

Regístrese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Oscar Herrera Valdivia y de la disidencia sus autores.

Rol N° 4691-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Oscar Herrera V. No firma el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiocho de enero de dos mil nueve.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 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 fundamentos trigésimo, trigésimo primero, trigésimo sexto y trigésimo séptimo, los que se suprimen.

En las citas legales, se suprimen las menciones a los artículos 52, 93 N° 6, 94 inciso 2°, 95, 96 y 102 del Código Penal.

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

PRIMERO: Que, como se analizó detalladamente en el fallo de casación que antecede, el que se da por expresamente reproducido, ha quedado establecido que los hechos se perpetraron y consumaron durante la vigencia de las siguientes normas: a) Decreto Ley N°3 de once de septiembre de 1973; b) Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de septiembre de 1973; ambos, interpretados a la luz del artículo 418 del Código de Justicia Militar, todo lo cual nos lleva a concluir que nuestro país se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna;

SEGUNDO: Que, como se ha dicho precedentemente, por el Decreto Ley N° 3 aludido, la Junta de Gobierno declaró el denominado “Estado de Sitio” en todo el territorio de la República, considerando la situación de conmoción interna que se vivía en el territorio nacional y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado:

“*Vistos:*

a) *La situación de conmoción interior que vive el país, y b) Lo dispuesto en el Art. 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado y en el Libro I, Título III del Código de Justicia Militar, la Junta de Gobierno de la República de Chile ha acordado dictar el siguiente*

Decreto ley:

Artículo único.- Declárese a partir de esta fecha, Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operará en la emergencia.”

TERCERO: Que, de acuerdo a ello, el artículo primero del Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de septiembre de 1973, que *“el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación.”;*

CUARTO: Que como consecuencia de que el país se encontraba en un estado de guerra, como se ha dicho, se hacen aplicables especialmente los Convenios de Ginebra, de 1.949, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 732 (Relaciones Exteriores) y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1.951 y, por tanto, incorporados desde entonces a nuestro derecho interno; con lo cual se prohíbe la auto exoneración, por lo que dichos delitos son inadmisibles e imprescriptibles.

En efecto la propia Corte Interamericana en el “Caso Barrios Altos”, expresa que: “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos...” (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, N° 75, párr. 41).

QUINTO: Que, estos crímenes de guerra y los de lesa humanidad, se han elevado, por el derecho internacional al carácter de principio la imprescriptibilidad, como lo indica el artículo 1 de los Convenios de Ginebra, declaración expresamente formulada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1.968 y en vigor desde 1.970, pero no ratificada por Chile.

SEXTO: Que, como se señaló en el fallo de casación que precede, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantea la existencia de normas imperativas, reconocidas a nivel de derecho positivo, por primera vez, en el Convenio de Viena de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y se encuentra vigente desde el 9 de mayo de 1.981, entendidos como aquéllas que la comunidad internacional en su conjunto reconocen como no susceptibles de acuerdo en contrario y que sólo son derogables por otra norma del mismo carácter (artículos 53 y 64).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “la violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del Derecho Consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia” (Informe N° 62/02 de la citada Comisión, caso 12.285 “Michael Domínguez vs. Estados Unidos”, párrafo 49).

Existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o “crímenes contra la humanidad”, categoría en la que cabe incluir el ilícito de autos, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SÉPTIMO: Que en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho,

siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión –crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados.

OCTAVO: Que habiéndose resuelto la excepción de prescripción señalada y negado su procedencia, este Tribunal deberá pronunciarse sobre la excepción de amnistía que fue hecha valer por los cinco recurridos en sus presentaciones de fojas 2.213, 2.223, 2.233, 2.275 y 2.365, en donde han manifestado que un delito como el de la especie también comparte el carácter de inadmiabilidad. Al respecto, debe recordarse que este instituto se encuentra regulado en el artículo 93, N° 3° del Código Penal, que prescribe que la responsabilidad criminal termina: “3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.”.

NOVENO: Que, como hemos expresado en lo que va corrido de la sentencia, los artículos 147 y 148 de los Convenios de Ginebra, considerándose el homicidio intencional una infracción grave, indican 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 acuerdo al análisis de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión del delito de autos, hemos concluido que se trata de un delito de guerra o de lesa humanidad y, como tal, también tiene el carácter de inadmiabilidad.

DÉCIMO: Que, por lo dicho anteriormente, procederá al rechazo de la excepción de prescripción de la pena y de amnistía, hecha valer por la defensa de los acusados Freddy Enrique Ruiz Bunger; Juan Francisco Saavedra Loyola; César Luis Palma Ramírez; Otto Silvio Trujillo Miranda; y Eduardo

Enrique Cartagena Maldonado con arreglo a los artículos 93 N°3 y 6 y 94 del Código Penal, por pugnar su contenido con las normas y principios de derecho internacional, desarrollados en el fallo de casación y en la presente sentencia de reemplazo, que deben ser aplicados con preferencia.

UNDÉCIMO: Que en cuanto a las participaciones, se comparte lo resuelto en los reproducidos considerandos noveno a vigésimo tercero, ambos inclusive, del fallo de primer grado, en donde se estimaron las intervenciones de los acusados en el delito de homicidio calificado investigado, en calidad de autores del artículo 15 N° 3 del Código Penal, respecto de las actuaciones de Freddy Enrique Ruiz Bunger y de Juan Francisco Saavedra Loyola; el primero en su condición de Director General, y el segundo Subdirector de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, institución militar jerarquizada, participando en su ejecución impartiendo órdenes a sus subalternos y facilitando los medios para que éstos procedieran a la detención y privación ilegítima de libertad de la víctima y en su muerte. En tanto que respecto de respecto de Otto Silvio Trujillo Miranda, Eduardo Enrique Cartagena Maldonado, y de César Luis Palma Ramírez, en los términos del artículo 15 N° 1 del texto ya citado, desde que el primero era integrante del grupo operativo del denominando “Comando Conjunto”, tomando parte en su ejecución de una manera directa e inmediata; y los dos restantes, de igual forma que el anterior, en las distintas acciones operativas relacionadas con la detención y privación de libertad de la víctima.

DUODÉCIMO: Que, a su tiempo se alegó la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 214 del Código de Justicia Militar, reclamada por las defensas de Palma Ramírez, Saavedra Loyola y Trujillo Miranda, referida al hecho de haberse cometido el delito en cumplimiento de órdenes recibidas por un superior jerárquico.

DÉCIMO TERCERO: Que, a ese respecto, esta Corte comparte los fundamentos descritos en el motivo vigésimo noveno del fallo de primer grado, el que se da por reproducido, para rechazar la anterior pretensión, los que se hacen extensivos también a lo reclamado por la defensa de Trujillo Miranda.

DÉCIMO CUARTO: Que, la defensa de los encausados Ruiz Bunger, Cartagena Maldonado y Saavedra Loyola, alegaron que les favorecían las siguientes atenuantes del Código Penal: a) Artículo 103; b) Artículo 11 N° 6; y c) artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 1, agregando el tercero la del 211 del Código de Justicia Militar; en tanto que la de Palma Ramírez la fundó en: a) Artículos 209 y 211 del Código de Justicia Militar; b) Artículo 11 N° 9; c) Artículo 103; y d) 11 N° 6, las últimas tres del texto Penal; Finalmente, en relación a Trujillo Miranda: a) Artículo 11 N° 9; b) Artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 10; y c) la del artículo 211 del Código de Justicia Militar.

DÉCIMO QUINTO: Que, en lo que respecta a la atenuante contenida en el artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 1 del Código Penal, alegada por las defensas de Ruiz, Cartagena, Saavedra y Trujillo, consistente en haber actuado en cumplimiento de un deber en su calidad de militares. Al respecto, debe señalarse que en la realidad fáctica establecida, no se encuentra probado que así haya ocurrido, lo que ya permite rechazar su procedencia.

A mayor abundamiento, la expresión deber, tiene aquí un significado estrictamente jurídico, lo que supone criterios de adecuación y proporcionalidad, de tal forma que el empleo innecesario de violencia no está amparado de ninguna forma, pues lo que se justifica es el ejercicio de un derecho, jamás su abuso.

En este sentido, sólo sería aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita, esa justificación es inaplicable, ya que el acto delictual cometido por orden de un superior, conserva su carácter ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la

justificante, impide su reconocimiento como tal, y también como atenuante del 11 N° 1 del Código Penal al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito.

DÉCIMO SEXTO: Que, en lo que respecta a la minorante alegada por Palma Ramírez y Trujillo Miranda, referida al numeral 9° del artículo 11 del Código Penal, será rechazada, por no existir en autos elemento alguno que permita siquiera estudiar su procedencia. A lo anterior, debe agregarse la larga data de ocurrencia de los hechos investigados (12 de diciembre de 1975 al 28 de febrero de 1976), y a que el inicio de ésta investigación criminal se debió a la denuncia efectuada por Mario Urrutia Villa, de 29 de diciembre de 1975, que rola a fojas 1 y siguientes del Tomo I de éstos antecedentes, la que fuera sobreseída el 29 de junio de 1976; pero reiniciada por medio de la querrela de 23 de julio de 1996 interpuesta por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación creada por la ley 19.123, que rola a fojas 53 y siguientes, aportando los antecedentes que culminaron en la presente sentencia, no apreciándose cuál sería la colaboración sustancial al esclarecimiento de los mismos que habrían prestado los acusados.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a las atenuantes contenidas en los artículos 209 y 211 del Código de Justicia Militar, reclamadas por Saavedra, Palma y Trujillo; la primera esgrimida exclusivamente por el segundo, es inaplicable en la especie, dado que está limitada por la propia norma a los delitos militares, calidad que no reviste el ilícito investigado en autos. En tanto, que respecto de la segunda, referida a obrar en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, no se verifican en la especie los presupuestos legales para acreditarla, desde que no se probó en forma alguna que se hubiese recibido una orden de un superior jerárquico que justifique su actuar con la víctima de autos, a lo que deben sumarse los mismos

razonamientos desarrollados en el considerando décimo tercero del presente veredicto.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en lo referente a la solicitud de media prescripción contenida en el artículo 103 del Código Penal, debe señalarse que nuestro ordenamiento punitivo establece, como institución a la que concede efectos generales respecto de los delitos, la prescripción -tanto de la acción punitiva como de la pena- atribuyéndole la finalidad de “extinguir la responsabilidad penal”, en atención expresa del decurso o transcurso del tiempo, como consta del Título V, del Libro I, del Código de punición, según lo manifiestan los artículos 93 y siguientes pertinentes, siguiendo en este sentido, el baremo humanista adoptado por la legislación punitiva acunada a partir del iluminismo propio de la legislación penal de raigambre liberal.

DÉCIMO NOVENO: Que, ocupándose de desentrañar la institución de la *prescripción*, el destacado catedrático de Derecho Penal y Ex Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, Profesor Dr. h.c. Hans Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho Penal español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981, págs. 1.238, y 1.239), razonando en torno de la teoría mixta, “que considere 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 al cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no solo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas.”.

VIGÉSIMO: Que, el sentido de la institución de la prescripción alcanza asimismo acogida en la seguridad jurídica como fin del Derecho, lo que requiere que en algún momento o instante, en consideración, entre otras, de afinaciones de tiempo, el Estado autolimite su potestad punitiva, situación que no concurre respecto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, debido a que, por la gravedad de los mismos, se vulneran derechos esenciales del ser humano, lo que les sitúa en el ámbito de protección de la Justicia Universal, legitimando su imprescriptibilidad -acotada ésta a que los referidos crímenes, atendida su naturaleza no queden en la impunidad- institución ésta -la de la imprescriptibilidad- que permite acoger en dicho fin, cual es el de evitar impunidad, las más diversas hipótesis de prescripción que pudieren emanar de los actos humanos y que de otra manera conducirían a la extinción de la responsabilidad penal. Sin embargo, lo expresado no importa ni significa por cierto, la consagración de jure de la atemporalidad, situación ésta ajena al humano acontecer e insondable por tanto a la luz de la razón en cuanto ésta emana de la experiencia.

Sin embargo, la conclusión manifestada en el párrafo que antecede no obsta al reconocimiento del tiempo como elemento objetivo en el arte de juzgar, lo que impulsa al sentenciador al estudio, análisis, y por cierto, aplicación de la institución pertinente -que contemple el decurso- y que en nuestro

Ordenamiento de punición no tan solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad, cuyo es el caso de la “*media prescripción*” o “*prescripción gradual*”, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna la imprescriptibilidad al patrimonio jurídico del Derecho Penal Internacional, sino que más bien, la armonización unívoca de las instituciones de jure vigentes y propias del derecho punitivo interno, con aquellas de jure también vigentes propias del orden punitivo internacional.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en lo atinente, resulta fundamental lo que dispone el Código Penal, al expresar: “Artículo 103. Si el responsable 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.”.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite -afecto a la imprescriptibilidad- resulta o no menester aplicar el artículo 103 del Código Penal antes descrito, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “*media prescripción*” o “*prescripción gradual*” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, al respecto, se tiene presente que, a) la institución de la media prescripción, no es una entidad de jure que contemplan todos los ordenamientos jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los Profesores señores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en artículo de la autoría del Profesor de Derecho Penal, don José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002., págs., 103., y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr.Actas, 497), la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro –con horizonte alicorto.” b) que, en este mismo orden de consideraciones, los estudiosos están contestes en la flexibilidad que observa nuestro Código punitivo, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1848-50, inspirado éste -como arguye el muy destacado catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004., Tomo I., págs., 102 y siguientes- en el eclecticismo de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro Código punitivo y que ha permitido que en él encuentren cobijo muy diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º, lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, flexibilidad que permite hacer cima (en el sentido de culminación, ápice o punto más alto que alcanzan una cualidad o proceso) en los elevados presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; y, c) que, la República de Chile según

los Convenios suscriptos, y por aplicación del Derecho punitivo internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla- ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría efectos de afectación limitativos severos para el fin de Justicia, más aún sopesando que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad penal “*discrecional*”; y, d) que a título de más luz, y recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al *método histórico*, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “*media prescripción*” -como circunstancia de *atenuación muy calificada de la responsabilidad penal*- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874, esto es, su vigencia alcanza incluso importante veteranía al acogimiento de la *imprescriptibilidad* o inextinción de la responsabilidad criminal para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad en términos, como se ha indicado, *discrecionales* respecto del Juzgador, encontrándose éste en consecuencia, facultado en su ejercicio conforme a lo menos en base de dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente; e) que, en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte ha acogido la institución

consistente en la *media prescripción*, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos rol N° 6.188-06; N° 1.489-07; N° 1.528-06; N° 3.587-05 y 559-04.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, del estudio de la “prescripción” o “*prescripción completa*”; y, de la “media prescripción” conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la “prescripción” como la “media prescripción” más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos –extinción y no extinción de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” la extinción de la responsabilidad penal, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente en la atenuación de la pena. Así entonces, la “prescripción completa” adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se

haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada. En tanto, la naturaleza de la “la media prescripción” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o 456 del mismo texto.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, el hecho que la institución de la “media prescripción” se ubique en el Título V del Libro I del texto punitivo, dedicado éste a la “extinción de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de atenuación, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicha extinción, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su texto, persigue sólo el modificar, concretamente el atenuar, no el extinguir. Esta situación -de aparente contradicción en el sentido de mezclar ambas instituciones- no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, v.gr., que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la hermenéutica en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código en comento, en tanto éste los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen atentados en contra de la vida humana dependiente, debiendo separarse de otros tipos punitivos disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten la misma cuna. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto de las figuras punitivas comprendidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son bienes jurídicos tutelados, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, la vida humana; la salud individual o la integridad

física; la vida humana y la salud individual; y, el honor, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, tanto el disipar aquellas aparentes confusiones, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, titulado: “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).” expresa que, “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que - el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una rebaja legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo

de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, como se encuentra establecido, en definitiva la calificación de los delitos de autos, corresponde a la figura del homicidio calificado que contempla el artículo 391 N° 1, circunstancias 1ª y 5ª, del Código punitivo a la época de ocurrencia de los hechos, por la concurrencia de las circunstancias de la premeditación conocida y de la alevosía, conforme se concluye en los motivos séptimo y octavo del fallo de primer grado que se dieron por reproducidos, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la morigerante consistente en la *media prescripción* que registra el artículo 103 del texto punitivo, desde que existe fecha cierta y determinada para la muerte causada a David Urrutia Galaz, la que se estableció el 28 de febrero de 1976.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en autos, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país en Septiembre del año 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 -ésta en actoría institucional y 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 las víctimas sobre la que inciden los hechos sublite, - aquilatado conforme a derecho- ha de juzgarse en rigor, en dicho contexto.

Es necesario tener también presente, que a la fecha actual han transcurrido más de treinta y dos años contados desde la comisión del ilícito, como asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la normalidad democrática-republicana, por lo que se considerará la fecha determinada para el homicidio (26 de febrero de 1976), como de inicio de cómputo de la media prescripción, lo que se extiende para todos los condenados.

TRIGÉSIMO: Que, visto el fenómeno juris sublite 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 1990, 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 ambos condenados, 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, ha transcurrido con creces, más de la mitad del tiempo requerido para que opere la media prescripción para el caso de un homicidio calificado, cuya sanción en la época de los hechos era idéntica a la actualmente prevista, esto es, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. La que según dispone el artículo 94 del Código Penal, exige un total

de quince años, la que se reduce a lo menos a la mitad para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103 de nuestro Código de punición.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, el tiempo transcurrido desde el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el dieciséis de octubre de dos mil, fecha de la reapertura de la investigación que rola a fojas 173 del Tomo I de éstos antecedentes, o a la data de la querrela criminal de 6 de noviembre de dos mil uno, que rola a fojas 324 y siguientes interpuesta por un familiar de la víctima, o al veintiséis de marzo de dos mil dos, según aparece de fojas 1.155 del Tomo II, en que se somete a proceso a Otto Silvio Trujillo Miranda, Eduardo Enrique Cartagena Maldonado y César Luis Palma Ramírez, o al veintisiete de septiembre de dos mil dos, que rola a fojas 1.607 del Tomo III, en donde se encausa a Freddy Ruiz Bunge y a Juan Saavedra Loyola, ambas modificadas por la que figura dictada el treinta y uno de julio de dos mil tres, que rola a fojas 1.856 y siguientes del Tomo IV, en cuanto a estimar a los cinco mencionados precedentemente como autores del secuestro calificado de David Urrutia Galaz; lo cierto es que en todos esos supuestos arroja un decurso al menos superior a veinticinco años, más que suficiente para aquilatar la procedencia de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, de siete años y medio. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal señalado si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1990.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, el homicidio calificado se encuentra sancionado, en cuanto a penas privativas de libertad, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, en términos que en lo que dice relación con los acusados, la pena base es la de presidio mayor en su grado medio, toda

vez que su participación criminal en los hechos investigados fue catalogada en la presente investigación en el grado de autores del artículo 15 del Código Penal, lo que implica de conformidad al artículo 50 del mismo texto, debe imponerse la pena señalada por la ley para el crimen o simple delito. Y en consideración a la concurrencia de la media prescripción, según lo dispone el artículo 103, del Código Penal, a lo que se suma la del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal consistente en sus irreprochables conductas anteriores al hecho aquí investigado, conforme aparece de los extractos de filiación y antecedentes de los acusados César Palma Ramírez de fojas 1.458; Eduardo Cartagena Maldonado de fojas 1.460; Freddy Enrique Ruiz Bunge de fojas 2.522 y Juan Francisco Saavedra Loyola de fojas 2.527, -con la sola excepción de Trujillo Miranda atendida la condena que registra en su prontuario de fojas 1.456, debidamente certificada a fojas 1.500 vuelta y 2.625-, estos sentenciadores consideran el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas, por lo que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que les confiere la ley, rebajarán la pena en dos grados de conformidad a lo que dispone el artículo 68 del mismo código.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en atención de lo expresado en las consideraciones precedentes, no se concuerda con la opinión de la Fiscal Judicial Sra. Beatriz Pedrals García de Cortázar de fojas 2.809, quien fue del parecer de confirmar la sentencia en alzada, conforme lo establecido precedentemente.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en cuanto a la acción civil de fojas 2.109, y siguientes de que da cuenta el motivo trigésimo tercero del fallo a quo, cuyo titular es Mario Edmundo Urrutia Villa, la que se entabló exclusivamente en contra del Fisco de Chile, cuyos fundamentos y peticiones se contienen en el mismo motivo ya señalado, y que el demandado contestó a fojas 2.134 y siguientes en los términos que se detallan en el motivo trigésimo cuarto del

veredicto que se revisa, deberá tenerse presente a su respecto las consideraciones que siguen.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, la acción indemnizatoria por daño moral intentada por el querellante ya singularizado respecto de su padre David Urrutia Galaz, el Fisco de Chile opuso en primer lugar la excepción de incompetencia, la que fue rechazada por el tribunal de primer grado, por los fundamentos que se indican en el razonamiento trigésimo quinto, los que son compartidos por éstos sentenciadores. A los que cabe agregar, que las acciones ejercidas en ésta sede se fundan en la participación criminal de agentes del Estado, en ilícito del cual fluye su responsabilidad demandada en estos autos.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en cuanto al substrato en que se asienta la responsabilidad civil demandada a título de daño moral, estos sentenciadores tienen en consideración -entre otras- la concurrencia de dos vertientes de jure, cuales lo son, en el orden interno, la normativa contenida en disposiciones de Derecho público, de rango constitucional, procesal penal y propia de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; en tanto que en el orden pertinente al concierto internacional, lo dispuesto por la propia Constitución Política de la República sobre acogimiento de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como el jus cogens.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, así, en lo correspondiente a la acción civil, se tiene presente que la pretensión indemnizatoria -cosubstancial a la sede penal- según lo dispone el artículo 10, del Código de Procedimiento de punición –acorde su actual redacción y vigencia- presenta como limitación “que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que importa y determina una exigencia que fluye de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, resulta necesario determinar si en la especie, se encuentra acreditada o no la concurrencia de los baremos de causa (delito) y efecto (daño) por un lado, y el puente causal que una ambos extremos, situación que exige y requiere del examen del mérito de autos. Así, el resultado de tal praxis procesal arroja como conclusión que en la especie todos y cada uno de los requisitos antes singularizados aparecen no tan solo concurrentes, sino que además satisfechos. No escapa a estos sentenciadores -por encontrarse en el centro de la cuestión a resolver- la actuación punible de los hechores -condenados en cuanto agentes del Estado- lo que determinó específicamente sus participaciones como autores en la modalidad de lo que se conoce como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, la inteligencia del actual artículo 10 del Código adjetivo de punición, acusa el mayor espectro y consecuencia sistemática de jure que cubren hoy en día las acciones civiles en el proceso penal, acorde a la aplicación de los elementos hermenéuticos gramatical y lógico, y en lo pertinente a este último, por consideración de los métodos sistemático, teleológico e histórico, no resultando entonces ajeno, a estos jueces, que la reforma al artículo en cuestión ha importado una ampliación dentro de la cual se ejerce la acción civil en el proceso criminal, excluyendo por cierto, el conocimiento de aquellas acciones civiles cuyo fin es el perseguir perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

CUADRAGÉSIMO: Que, así entonces, la indemnización de la injuria o daño producido por el delito, y por ende su acción procesal para hacerla efectiva alcanzan consecuencia lógica en nuestro Ordenamiento Jurídico, recogiendo para tal conclusión, los elementos ontológicos del fenómeno en cuanto, como se ha observado, delito-causa (acción típica, antijurídica y

culpable, así determinado por sentencia) y daño-efecto, todo lo cual queda, en criterio de estos sentenciadores de mayoría, cubierto por las modalidades sistemática y teleológica de interpretación, lo que resulta ajustado y consecuente con el contexto general y específico de nuestro Ordenamiento jurídico en cuanto recoge y consagra la reparación del daño.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, en la dirección en examen -y aún cuando se ha señalado expresamente y de manera previa en este mismo fallo- estos jueces no pueden dejar de tener presente -al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria deducida en autos- que se encuentra suficientemente acreditado que los autores, actuando oficialmente en ejercicio de sus funciones, y excediéndose abusivamente de la órbita de sus atribuciones, ocasionaron, en cuanto agentes del Estado los perjuicios o daños cuya indemnización se demanda.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6° que, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”. En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575., Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el

ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Cabe observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil.

Así, en conformidad con los referidos hitos y normas de jure sobre responsabilidad del Estado, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita del funcionario o agente del Estado autor de los delitos de secuestro de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, así las cosas, todavía cabe considerar la aplicación del frente de jure proveniente de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como la normativa internacional en cuanto *ius cogens*, en el contexto de lo que dispone el artículo 5°, de la Constitución Política de la República, al consagrar que, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia con lo expuesto, y en relación a lo antes dicho, ha de considerarse que la reparación generada por el maleficio, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la *institución jurídica de la responsabilidad*, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial -de conformidad a los en

Convenios y Tratados celebrados por Chile- que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v.gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de Enero de 1980, la que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado". (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas...; página 231).

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, en consecuencia, no se acogerán las invocaciones formuladas por el Fisco de Chile, conducentes a eximirse de la responsabilidad civil generada por los delitos aquí establecidos, en razón de los factores antes analizados, y teniendo expresamente en cuenta la normativa internacional, por lo cual estos sentenciadores rechazan la excepción de incompetencia absoluta formulada por el Fisco, por resultar inatinerante en la especie.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a la segunda alegación del Fisco de Chile en orden a *controvertir los hechos*, debe tenerse presente que conforme se recogió en la sentencia de casación que antecedente y en la presente son hechos establecidos en autos -sin que pueda arribarse a conclusión contraria- en mérito de la prueba rendida y debidamente ponderada de acuerdo a los límites de la prueba legal o tasada, que:

“a) Que el día 20 de diciembre de 1975, en circunstancias que David Edison Urrutia Galaz, de nombre político “Benito” o “Johnny”, militante de las juventudes Comunistas y perteneciente al equipo de seguridad, se encontraba oculto en un domicilio ubicado en calle Isabel La Católica, sector del paradero 23/24 de Gran Avenida en la comuna de La Cisterna; terceros pertenecientes al Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, encargados de

desarticular esa organización, se apersonaron en el lugar y procedieron a su detención, sin orden de autoridad legítima y competente que la justificase. Enseguida lo condujeron hasta la base del Regimiento de Artillería Antiaérea de la Fuerza Aérea de Chile, ubicado en Colina, en cuyo interior funcionaba el centro clandestino de detención, conocido como “Remo Cero”, donde permaneció ilegítimamente privado de libertad, sometido a interrogatorios y apremios físicos, desapareciendo del recinto a fines de enero de 1976, oportunidad en que fue visto por última vez por los demás detenidos.

b) Que el día 12 de diciembre de 1995, en circunstancias que conscriptos del Regimiento de Artillería No. 1 “Tacna” efectuaban labores de ornato y jardinería en el recinto del Fuerte Militar “General Justo Arteaga”, en el sector del cerro “Talhuenal”, encontraron osamentas humanas quemadas, dándose cuenta de su hallazgo a la Superioridad militar.

c) Que realizados los correspondientes análisis médico legales a las osamentas encontradas en el Fuerte Arteaga, Colina, estas fueron identificadas, por peritos del Servicio Médico Legal, como pertenecientes a David Urrutia Galaz.

d) Que el tribunal pronunciándose sobre la identificación, por resolución de 31 de julio de 2003, escrita a fojas 1856, declaró que las osamentas corresponden a Davis Edison Urrutia Galaz, ordenó su inscripción de defunción en el Registro Civil, y determinó como data de muerte el día 28 de febrero de 1976, lo que se cumplió por el Servicio de Registro Civil e Identificación, quine inscribió la defunción en el año 2003, bajo el número 2311, registro S2.

e) Que la causa basal de la muerte de David Edison Urrutia Galaz se debió a traumatismo craneano y torácico y de extremidad superior derecha, causada por intervención de terceros, por uso de arma de fuego. (razonamiento sexto del fallo de primer grado), los que fueron calificados como constitutivos

del delito de homicidio calificado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias primera y quinta, del Código Penal.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, como también lo concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autores les ha correspondido a los enjuiciados mediando *premeditación conocida*, al aparecer la muerte como una culminación de una operación previamente concebida y planificada por integrantes de la Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile, DIFA, dirigida a desarticular al Partido Comunista y organismos afines, y eliminar físicamente a sus integrantes, entre ellos, la víctima. La *alevosía*, desde que en la ejecución, actuaron a traición o sobre seguro, aprovechándose de su actuar o procurando su impunidad, lo que aparece de manifiesto al actuar coordinadamente en grupo y aprovechándose que la víctima se encontraba detenida y desarmada.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, asimismo, ambos tribunales estimaron que la participación de los procesados se ajustó perfectamente a la de autores, conforme lo dispuesto en el artículo 15 N°s. 1 y 3 del Código Penal, y que traen como consecuencia la acreditación de los fundamentos en que se construye la demanda civil deducida por Mario Edmundo Urrutia Villa, en los que se fundamenta la pretensión indemnizatoria.

QUINCUAGÉSIMO: Que, en cuanto a la tercera batería argumental desplegada por el Fisco de Chile, referida a la *excepción de prescripción de la acción ejercida* por los querellantes en su contra, las razones antes esgrimidas para desechar la incompetencia absoluta del tribunal son aplicables a dicha alegación, teniendo también presente para ello, como se ha explicitado, las normas internacionales sobre Derechos Humanos, en cuanto consagran el derecho de las víctimas y familiares a recibir la justa reparación, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, haciendo un ejercicio de jure

acotado al derecho civil común chileno, el cómputo del plazo correspondiente para determinar la supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no resulta aplicable desde que la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por los ilícitos cometidos por sus propios agentes, *obligación que deriva de su responsabilidad penal, la cual requiere de una decisión jurisdiccional al efecto, certeza ésta que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, a lo menos, a partir de la acusación formal en contra del inculpado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo que permita acoger la prescripción invocada.*

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, como cuarta alegación del Fisco de Chile, éste sustenta que *no existiría un régimen de responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado*, argumento que recogido y examinado por estos sentenciadores, les lleva a concluir que son aplicables al efecto los mismos fundamentos desarrollados precedentemente por lo que desestiman dicha pretensión, al emanar de la ley de rango constitucional la responsabilidad que se pretende hacer efectiva según el ya citado artículo 5° de la Constitución, en cuanto 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.

En el mismo curso de raciocinio, en relación con la procedencia de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, cabe considerar también que por tratarse en la especie de un delito encartado como de “lesa humanidad”, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles, como lo ha resuelto por demás esta Corte Suprema en casos similares -por aplicación de los instrumentos internacionales y de acuerdo

también con las normas de ius cogens, en cuanto se trata de ilícitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, lo que relacionado con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República en cuanto a la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria, no resulta pertinente tener por extinguida por prescripción, el deber del Estado y el derecho de la víctima a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados.

QUINGUAGÉSIMO TERCERO: Que, en cuanto a la quinta carga argumental del Fisco, consistente en que lo *exagerado de los montos solicitados o la improcedencia de la acción*, estos sentenciadores se estarán a lo que en lo pertinente a esos tópicos se diga y resuelva en la presente sentencia, para así evitar repeticiones innecesarias.

QUINGUAGÉSIMO CUARTO: Que, en cuanto a las alegaciones, efectuadas por el Fisco de Chile, y sustentadas en *que lo demandado a título de indemnización por daño moral se estima excesivo, y las singularizadas en sus numerales VI y VII de fojas 2.153 y 2.154, en cuanto a que debe ser legalmente acreditado, y la improcedencia de reajustes e intereses*, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los

daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que, la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho maleficio, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto le producen sufrimiento, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que, se encuentra establecido que el demandante civil Mario Edmundo Urrutia Villa, C.I.N° 2.446.413-K, nacido el 4 de diciembre de 1927, casado, jubilado, es padre del fallecido David Edison Urrutia Galaz, C.I.N° 5.309.807, nacido el 4 de diciembre de 1949, soltero, estudiante de idiomas en el DUOC y artesano en maderas, quien tenía 26 años de edad a la fecha de su desaparición y posterior homicidio calificado, militante del Partido Comunista de Chile; vinculaciones que pese a que no se han objetado ni discutido derechamente, se encuentran debidamente acreditadas, principalmente con los documentos agregados a fojas 285 vuelta, 286 y 302 del

Tomo I de estos antecedentes, en los cuales se probó su parentesco conforme los certificados allí agregados relacionados con su querrela de fojas 324 y siguientes.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a lo anterior, cabe colacionar las propias declaraciones del querellante Urrutia Villa, ciudadano chileno, radicado en Mendoza-Argentina, en especial las que constan a fojas 58, 300 y 339, en donde se expresa en síntesis que el demandante fue padre de siete hijos, seis varones y una mujer, de ellos dos se encontraban en la condición de desaparecidos a la fecha de la declaración en noviembre de 2001, el de autos, que era su hijo mayor, quien vivía en forma independiente en calle Club Hípico con Salesianos, y que concurría a menudo a visitarlos, recordando que su domicilio ubicado en la comuna de San Bernardo fue allanado en diciembre de 1975 por parte de un grupo constituido por seis civiles, los que rompieron puertas y ventanas, preguntado por sus hijos David y Saúl, y que al no encontrarlos tomaron detenido al tercero, Guillermo; recorriendo con él diversos domicilios familiares. Por todo ello, es que debió refugiarse en casa de una tía junto a su familia por 15 días, para luego trasladarse a la República Argentina, previo denunciar la presunta desgracia de David a la Vicaría de la Solidaridad. Volviendo diez años mas tarde a Chile, con el objeto de realizar diversas gestiones para su búsqueda, concurriendo a la Organización Internacional de Derechos Humanos y posteriormente a la comisión Rettig, declaraciones a las que corresponde agregar las de Guillermo Urrutia Galaz, hermano del ofendido de fojas 49, 59, 181, 233 y 2.396; y de María Teresa Galaz Lagos de fojas 667 y 2.396; de todo lo cual se concluye que el demandante mantenía con el ofendido una relación propia de cercanía y afecto, lo que sumado a los informes emanados del Ministerio del Interior de fojas 356; Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de fojas 619 y siguientes; orden de investigar de fojas 711 y siguientes; oficio de la Policía de Investigaciones

de fojas 784 y siguientes; oficio del Servicio Médico Legal de fojas 1.705 y siguientes, referentes a la identificación de las osamentas como correspondientes a David Urrutia Galaz; Informe Médico Legal máximo facial de fojas 1.726 y siguientes; fotografías de fojas 1.729 y siguientes e informe médico legal de fojas 1.747; resolución de fojas 1.856 y siguientes; de donde se pueden extraer los dramáticos efectos que en las familias, particularmente para sus padres, produce la desaparición de un ser querido en condiciones semejantes a la que se ha estudiado en estos antecedentes, por lo que es dable concluir la existencia de consecuencias psicosociales y efectos traumáticos de la ejecución política, del secuestro, desaparición y posterior constatación de un homicidio calificado, provoca a sus familiares directos, así como las circunstancias en que ellos sucedieron, le han provocado al actor un dolor, un sufrimiento y angustia por la pérdida y por la manera que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral, del cual fluye la obligación del Estado a indemnizar.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que, en lo que respecta al quantum solicitado, éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa. En relación a la reajustabilidad de la indemnización, que el demandante pide se aplique, igual que los intereses, desde la fecha de ocurridos los hechos delictivos de que se trata, mas costas, cabe tener presente que, el Fisco de Chile en su contestación se opone a ello, estimándolos improcedentes, argumentación que se desechará considerando como pertinente el momento en que se notifica válidamente la demanda como aquel en que se hace efectiva la pretensión del actor, debiendo aplicarse en consecuencia a partir de este hito en el tiempo, el reajuste de la indemnización que en definitiva se fije, mientras tanto que los intereses habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir desde la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada.

QUINCUGÉSIMO NOVENO: Que, estos sentenciadores valoran el mérito de los antecedentes del proceso y tienen en dicho contexto presente que se encuentra legalmente acreditada la existencia del daño moral que se reclama, consistente en la aflicción o dolor que el secuestro calificado ha ocasionado al demandante Mario Edmundo Urrutia Villa producto de la desaparición de su hijo David Urrutia Galaz, de los cual ha debido no sólo lamentar y llorar su pérdida, sino que además luchar para que se conociera después de muchos años la verdad de lo ocurrido.

SEXAGÉSIMO: Que, por todo lo anteriormente razonado, se acogerá la demanda civil intentada por Mario Edmundo Urrutia Villa, rechazándose las excepciones opuestas por el Fisco, y reduciéndose prudencialmente el monto pedido a título de daño moral, según se fijará en lo resolutivo del presente fallo.

Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo que disponen los artículos 1, 11 N° 6, 14, 15, 17, 24, 28, 30, 50, 52, 68, 391 N° 2 del Código Penal, 503, 504, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

EN SU PARTE PENAL.

*l.- Se **revoca*** la sentencia de primer grado, fechada en Santiago el seis de octubre de dos mil seis, que corre de fojas 2.686 a fojas 2.773, ambas inclusive, la que se ubica en el Tomo V, en cuanto absolvió a los acusados Freddy Enrique Ruiz Bunger; Juan Francisco Saavedra Loyola; César Luis Palma Ramírez; Otto Silvio Trujillo Miranda y a Eduardo Enrique Cartagena Maldonado de los cargos formulados en el auto acusatorio de fojas 2.064, al declarar prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de los inculpados y, en cambio **se los condena** a sufrir las siguientes penas:

a.- Freddy Enrique Ruiz Bunger, Juan Francisco Saavedra Loyola y Otto Silvio Trujillo Miranda, a cada uno la pena de **cinco años** de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para

derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio, y a

b.- César Luis Palma Ramírez y Eduardo Enrique Cartagena Maldonado, a cada uno la pena de **cuatro años** de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio.

Las sanciones impuestas precedentemente, lo son respecto de cada uno de los sentenciados ya individualizados, por ser autores del delito de homicidio calificado del artículo 391 No. 1, circunstancias primera y quinta del Código Penal, en la persona de David Urrutia Galaz, ocurrido el 28 de febrero de 1976.

Estimando estos sentenciadores que los enjuiciados Freddy Enrique Ruiz Bunger; Juan Francisco Saavedra Loyola; César Luis Palma Ramírez y Eduardo Enrique Cartagena Maldonado, cumplen con los requisitos legales para acceder a la medida alternativa consistente en la libertad vigilada del adulto, a pesar de los negativos informes de fojas 2.603, 2.606, 2.612 y 2.615, 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, estableciéndose como plazo de observación uno igual al de las penas impuestas a cada uno.

En el evento que el señalado beneficio les fuere revocado a cualquiera de los beneficiarios y debieren cumplir efectivamente la pena, se abonarán a los mencionados acusados los días que permanecieron privados de libertad, con ocasión de este proceso, en el caso de Cartagena Maldonado entre el 1 de abril y el 24 de junio del mismo año (fojas 1.175 y 1.496); Palma Ramírez, entre

el 2 de abril y el 24 de junio de 2002 (fojas 1.194 y 1.498); Ruiz Bunger, entre el 27 de septiembre de 2002 y el 18 de julio de 2005 (fojas 1.610 y 2.603, 2.678); y finalmente, Saavedra Loyola, entre el 23 de septiembre de 2002 y 18 de abril de 2005 (fojas 1.544 bis y 2.612).

En cuanto a la pena impuesta al sentenciado Trujillo Miranda, y por no cumplir con ninguno de los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 para concederle alguno de los beneficios alternativos allí contenidos, deberá cumplir efectivamente la sanción impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en éstos antecedentes, entre el 2 de abril y el 15 de junio de 2002 (fojas 1.192 y 1.976, 2.679).

En relación a las fechas citadas precedentemente, las que tienen por objeto contabilizar los abonos reconocidos a los enjuiciados en el presente fallo, lo son sin perjuicio de las que en definitiva determine el tribunal respectivo, en atención a los variados registros de ingresos y salidas que aparecen en éstos antecedentes y en otros que posteriormente figuran acumulados y que decían relación con los mismos imputados.

EN SU PARTE CIVIL

*1.- Se **revoca*** la sentencia de primer grado, fechada en Santiago el seis de octubre de dos mil seis, que corre de fojas 2.686 a fojas 2.773, ambas inclusive, la que se ubica en el Tomo V, en cuanto acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile respecto de la demanda civil intentada a fojas 2.109 y siguientes; y, en su lugar se declara, que ésta queda rechazada, procediéndose en consecuencia a **acoger** la indemnización de perjuicios por ella solicitada, debiendo el Fisco de Chile pagar a Mario Edmundo Urrutia Villa la suma de \$75.000.000.- (setenta y cinco millones de pesos), por concepto de daño moral, suma que se reajustará según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de notificación de la demanda y la de su pago efectivo, mas intereses desde que

quede ejecutoriada esta sentencia; sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivos plausibles para oponerse a las acciones indemnizatorias interpuestas en autos.

Acordada la decisión de condena penal con el voto en contra de los **Ministros Sres. Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por confirmar la sentencia absolutoria en virtud de los fundamentos consignados en el voto de minoría de la sentencia de casación que precede.

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 quántum de la pena que deberá imponerse a los encausados, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que el Ministro Sr. Künsemüller, estimó que en cuanto a la magnitud concreta de la pena privativa de libertad de que son merecedores los condenados considera que, siendo facultativa para el tribunal la rebaja de la sanción en uno, dos o tres grados, en aplicación de los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal- a los que se remite la disposición del artículo 103 del mismo cuerpo de leyes- esa disminución es procedente en un grado al mínimo del castigo legalmente previsto; en tal virtud, la pena de presidio mayor a aplicar es la de su grado mínimo, esto es, cinco años y un día, más las accesorias correspondientes, quedando excluidas, por ende, las Medidas Alternativas contempladas en la Ley N° 18.216.

Ante ello, se llama a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoce a todos los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y

aún 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 les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En cuanto a lo civil, el fallo fue acordado con el voto en contra de los **Ministros Sres. Segura y Ballesteros** quienes estuvieron por declarar la incompetencia del juez en lo penal para pronunciarse sobre la acción civil, teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

Primero: Que, con arreglo al artículo 10 del Ordenamiento Procesal Penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento punitivo, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

Segundo: Que, en este orden de ideas, a pesar que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un cánón excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

Tercero: Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos

que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien, por una parte, pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo los prejudiciales y precautorias; al mismo tiempo estableció un límite claro a las mismas, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata –consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquel y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la

doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

Cuarto: Que, corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: “De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda al campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado”.

Quinto: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código Adjetivo Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en asiento penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

Sexto: Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitada el ejercicio de la

pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y/o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales.

Séptimo: Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

Octavo: Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro, que como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades

que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho". Añadiendo que "en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad" (Corte Suprema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia, y de los votos disidentes y prevención, sus autores.

Rol N° 4691-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Oscar Herrera V. No firma el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

