

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, ROL N° 3125-04, DE 13 DE MARZO DE 2007

Santiago, a trece de marzo de dos mil siete.

V I S T O S:

En estos autos N° 03-02-E, rol de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia dictada por la Ministro de Fuero doña María Stella Elgarrista Álvarez el tres de marzo de dos mil cuatro, escrita de fojas 2.468 vuelta a 2.470 vuelta, se sobreseyó total y definitivamente, de acuerdo con lo estatuido en el numeral quinto del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, el conocimiento de este litigio en virtud de encontrarse extinguida por amnistía la responsabilidad penal de Víctor Raúl Pinto Pérez en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, acaecido en la Guarnición Chena, comuna de San Bernardo, dentro de los diez primeros días de diciembre de mil novecientos setenta y tres, injusto por el cual fue procesado de fojas 2.337 a 2.340.

Apelado dicho veredicto, una de las salas de la referida Corte, mediante dictamen de once de junio de dos mil cuatro, que corre de fojas 2.507 a 2.511, luego de eliminar sus motivos octavo y noveno y con mayores consideraciones lo confirmó.

En contra de esta última decisión, la asistencia jurídica de la querellante particular, representada por Nelson Caucoto Pereira, entabló recurso de casación en el fondo, sustentado en el ordinal sexto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, como se desprende de fojas 2.512 a 2.527.

Elevado dicho arbitrio para el conocimiento de este tribunal, se le declaró admisible y se ordenó traer los autos en relación, por resolución de fojas 2.533.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la querellante particular descansa exclusivamente en el artículo 546, N° 6°, del Código de Instruc-

ción Penal, esto es, en haberse decretado el sobreseimiento definitivo incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en el artículo 408, N° 5°, del mismo ordenamiento. Reclama transgredidos los artículos 5°, inciso segundo, y 73 de la Constitución Política de la República; 19, 20 y 22 del Código Civil; 93, N° 3°, 141, inciso primero, y 391 del Código Penal; 279 bis, 413 y 418 de su homónimo de Procedimiento del ramo; 10 del Código Orgánico de Tribunales; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho; 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2°, 14, N° 1°, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 3° común; 49, 50 y 51; 50, 51 y 52; 129, 131 y 150; 146, 147 y 148, respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra, para terminar solicitando la invalidación del fallo impugnado y se emita el de reemplazo que disponga seguir adelante con la investigación hasta su agotamiento.

SEGUNDO: Que en un capítulo inicial el compareciente representa la vulneración de las normas procesales que regulan la institución del sobreseimiento definitivo, aduciendo conculcados los artículos 73 de la Carta Fundamental y 10° del Código Orgánico de Tribunales, los que fijan el marco de la función jurisdiccional, la que no puede ser escindida, como lo ha hecho el pronunciamiento dubitado, al suprimir abruptamente los estados de juzgamiento y ejecución, sobreseyendo antes de estar completamente afinada la investigación. Sostiene que dicha actividad sólo se ha realizado parcialmente, toda vez que se entendió agotada la tarea de identificar a los partícipes del hecho criminoso de marras, determinando sólo uno de ellos, el imputado Pinto Pérez, en circunstancias que este sólo formó parte de una sección militar que respondía a un mando jerárquico y que ejecutó el ilícito pesquisado al interior de un campo militar, interviniendo una diversidad de sujetos activos.

De igual manera y, en lo que dice relación con el cuerpo del delito, manifiesta que el mandato del artículo 413 del Estatuto Procesal Penal se acometió insuficientemente, por cuanto sólo se estableció el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, en circunstancias que dicho injusto fue antecedido por la privación ilegítima de su libertad, manteniéndosele incomunicado y torturándosele en el regimiento de Cerro Chena, lo que fue ignorado por el edicto de alzada. Refiere que los artículos 279 bis y 413 del citado ordenamiento procedimental colocan a los juzgadores en la necesidad de culminar la averiguación judicial, a pesar que en su desarrollo se manifieste una causal de extinción de responsabilidad penal, más aún cuando el artículo 93, N° 3°, del Estatuto Criminal indica la oportunidad procesal en que debe aplicarse la amnistía, a saber, sólo una vez pronunciada la resolución que determina la sanción. Por lo que no habiéndose concluido las indagatorias ni emitido decisión condenatoria, mal podría decretarse el sobreseimiento definitivo por la amnistía que se reclama, citando diversa jurisprudencia de esta Corte en sustento de su posición.

TERCERO: Que enseguida alega transgresión a los artículos 93, N° 3°, y 141 del Código Penal; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho; 19, 20 y 22 del Código Civil, y 408, N° 5°, 413 y 279 bis del Código Adjetivo Criminal, toda vez que los sentenciadores, prescindiendo del particular marco espacial y temporal en que sucedieron los hechos, han reducido la actividad criminal desplegada contra Manuel Rojas Fuentes a un simple delito común, privándole de su especial calidad como crímenes internacionales, a los que le son inoponibles amnistías y prescripciones.

Advierte que el occiso fue ultimado por sus camaradas de armas dentro de un recinto militar denominado Campo de Prisioneros de Chena, al interior de la Escuela de Infantería de San Bernardo. Injustos que Pinto Pérez cometió conjuntamente con otros que aún no han sido reprochados procesalmente, lo que devela que las pesquisas no se encuentran consumidas.

Expone que la resolución recurrida en ninguna parte establece que la víctima lo fue en cuanto los militares lo estimaron “antipatriota”, “subversivo”, “un peligro para la sociedad” o simplemente “adversario de la dictadura”, lo que hace caracterizar los sucesos como de naturaleza genocida, pues se aniquiló a un sector de la población chilena por su ideología, postura política o militancia social, bajo el amparo del Estado que dotó de recursos materiales, humanos e ideológicos a sus agentes, cometiéndose los ilícitos bajo la égida y en nombre de aquél.

Por otra parte, los juzgadores de la instancia han aplicado la amnistía a situaciones en que es improcedente, ya que sin antecedente alguno desconocen los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil, al colegir que las conductas indagadas ocurrieron en el período amparado por ella, e incluso sin salvar los errores procedimentales anteladamente recriminados, señalan en forma arbitraria e infundada que sólo existió un homicidio calificado perpetrado en una data comprendida dentro del Decreto Ley N° 2.191, y de manera automática, hacen primar los efectos de ésta por sobre los acontecimientos.

Argumenta que la amnistía según lo señalan los tratadistas y resuelto los tribunales, no se refiere a la descripción típica de la conducta sancionada, sino a la persona responsable del injusto, o sea, se trata de una causal subjetiva y no objetiva de exculpación. No puede entenderse de otro modo pues, el texto legal que la consagra señala que esta “extingue por completo la pena y todos sus efectos” y sólo existirá legalmente castigo si ha mediado sentencia de término condenatoria en un proceso penal válido, nunca antes. Asimismo y en lo atinente al alcance del mentado texto legal, asegura que no puede comprender aquellos delitos considerados crímenes de guerra o de lesa humanidad por la comunidad internacional.

De todo lo anterior el impugnante infiere que al no haber calificado correctamente el delito cometido en contra de la víctima y no establecer concretamente la identidad de todos los responsables, los juzgadores del fondo jamás debieron emplear el Decreto Ley de Amnistía.

CUARTO Que, del mismo modo, el requirente arguye que se ha decidido el sobreseimiento definitivo en contraposición al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en armonía con los artículos 1.1, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2°, 14, N° 1°, y 15, N° 2°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que se encontraban incorporados al orden interno al momento de pronunciarse el dictamen objetado y que estatuyen la potestad de interponer recursos efectivos en contra de las violaciones señaladas en los aludidos instrumentos, la obligación de los Estados a readecuar sus normas a las disposiciones de aquellos, el derecho a la justicia y a la verdad, así como la prohibición de aplicación de la amnistía a los casos como el de marras.

Refiere que el artículo 6° del Estatuto Político consagra el principio de la supremacía constitucional y de vinculación directa de la Carta, constituyendo pilar esencial del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona humana y los derechos que emanan de ella. Indica que el artículo 15, N° 2°, del reseñado Pacto prohíbe la aplicación de la

amnistía en casos en que la acción típica auscultada es de carácter internacional, los que dan siempre derecho a la acción procesal para su persecución por encima de toda amnistía, prescripción u otra institución extintiva de responsabilidad criminal.

Explica que los sentenciadores de la instancia, al valorar y aplicar la mencionada normativa internacional, yerran al reflexionar que esos instrumentos no han podido restar eficacia al Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, prescindiendo de una interpretación coherente por la cual se concluya que este tiene validez en todo aquello que no haya sido regulado o prohibido por los referidos acuerdos, textos que tienen primacía constitucional conforme al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Magna y que se imponen por sobre la legislación nacional, por lo que necesariamente el Estado chileno queda restringido para conceder un perdón indiscriminado respecto de ilícitos internacionales realizados por agentes estatales.

Afirma que cuando existe una colisión de derechos de rango constitucional, los jurisdicentes olvidan que ante tal antinomia, debe primar la norma que mejor proteja los derechos humanos, en concordancia con el espíritu que emana de el Estatuto Fundamental, prevaleciendo, por tanto, aquellos originarios provenientes de la violación de derechos esenciales por sobre los derivados y procedentes del acto de juzgamiento de la conducta violatoria en que se persigue la responsabilidad penal del hechor. Al no hacerlo así, se han desconocido los convenios multilaterales citados que rigen plenamente en nuestro país.

QUINTO: Que, por último, el requirente considera que se ha incurrido en desacierto de derecho en lo atinente a los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil; 93, N° 3°, 141 y 391 del Código Penal; 408, N° 5°, del Código de Enjuiciamiento del ramo; 1° y 3° del Decreto Ley N° 2.191; 1° del Decreto ley N° 5; y 3° común, 50, 51, 150, 147; 49, 50, 129, 146; y 51, 52, 131 y 146 respectivamente de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

Asegura que a la época de los atentados que comprende esta causa, regía -en virtud del Decreto Ley N° 5, de septiembre de mil novecientos setenta y tres- el estado de guerra interna fundamentado en la “existencia de una acción subversiva de grupos organizados que persiguen el control político del país”, lo que se manifestó concretamente en la utilización de armas de guerra, la creación de campos de prisioneros, la aplicación de la denominada Ley de Fuga, la instauración y funcionamiento de Consejos de Guerra, así como lo manifestado por diversas autoridades de la época e instituciones armadas en ese sentido. En este marco, se vivió en Chile, un conflicto armado sin carácter internacional, situación regulada por los Convenios de Ginebra, que con el objeto de proteger a los contendientes y a los civiles que no lo fueren, consagra normas que tipifican “infracciones graves”, como los tratos degradantes, las lesiones, torturas, mutilaciones, homicidios y desapariciones forzadas.

Dichos acuerdos imponen a los Estados el deber ineludible de castigar tales agresiones proscribiendo exonerarse a sí mismo o a otros, de las responsabilidades en que haya “incurrido ella misma, u otra parte contratante, respecto de las infracciones previstas en los artículos 50, 51, 130, 147, respectivamente, de los cuatro Convenios”.

Califica como “profundamente equivocado” el sentido y alcance del artículo 6°, N° 5°, del Protocolo II de los Convenios, que se determina en el fundamento sexto de la resolución objetada, pues para arribar a una correcta interpretación de dicho precepto necesariamente deben consultarse todas las normas relacionadas con ella. Rea-

lizado aquel análisis, es irredargüible concluir que respecto de los graves crímenes de guerra previstos en los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente de los cuatro Convenios, existe prohibición expresa de que los Estados contratantes se exoneren a sí mismo o a terceros de las responsabilidades por ese tipo de graves transgresiones. Puntualiza que el Protocolo II contempla que –al margen de los crímenes de guerra– los Estados podrán dictar las amnistías más amplias a personas privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado, reflejando de esa manera el espíritu generoso de aquella institución, en que los vencedores perdonan a aquellos que se alzaron en su contra, siempre y cuando no hayan cometido ilícitos de lesa humanidad.

Todo lo anterior deviene en que la amnistía dictada por el régimen militar chileno no puede entenderse aplicable a circunstancias que constituyen contravenciones serias a los Convenios de Ginebra, por lo que resulta jurídicamente ineficaz ante situaciones calificadas como delitos por la ley internacional. Ello en atención a que el orden interno debe ser interpretada en concordancia con el derecho multinacional y porque su sentido y alcance debe determinarse de modo que no pugne con los compromisos exteriores del Estado, por lo que el perdón concedido en Chile no puede entenderse referido a los ilícitos sancionados por la legislación mundial, los que deben ser siempre castigados, acatándose con ello el compromiso que la República ha contraído ante la comunidad mundial al ratificar los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

Planteadas así las cosas no puede pretenderse que nos encontramos frente a un conflicto entre dos reglas jurídicas sino que simplemente se trata de armonizar ambos preceptos. De lo que se infiere que la amnistía tiene eficacia sobre todas aquellas materias que no constituyan las serias vulneraciones señaladas en los tantas veces aludidos Convenios. Más si el orden público internacional no está a disposición de los Estados, pues no tienen competencia para modificar unilateralmente por medio de una regla interna, las situaciones cuya calificación jurídica viene dada por el derecho internacional al que se está expresamente vinculado, mientras no se hayan denunciado tales acuerdos. Por lo demás, esgrime, esta Corte ya ha señalado su preeminencia en el régimen jurídico interior.

Así, en la especie, en ningún caso pudo aplicarse el Decreto Ley N° 2.191 de Amnistía a sucesos reglamentados en los Convenios de Ginebra, y al hacerlo, se ha cometido un grave error de derecho al aplicar el artículo 408, N° 5°, del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el ordinal tercero del artículo 93 del Código Penal, cuando ello es absolutamente improcedente.

Termina por aseverar que el vicio denunciado ha influido sustancialmente en lo decisivo del fallo, en atención a que el incumplimiento de la normativa aludida ha traído como corolario el sobreseimiento definitivo dictado, por lo que insta, en definitiva, que este tribunal deje sin efecto la decisión impugnada y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo donde se dé correcta aplicación al derecho.

SEXTO: Que como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente constituido hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en “la situación

de conmoción interna en que se encuentra el país” y en “la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general”, en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”, situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

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

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

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha

comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”.

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

NOVENO: Que, en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscal’eda de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1-73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: “... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando ‘de hecho ella existiere’. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho”. Luego continúa que: “el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está ‘frente al enemigo’, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan ‘emprendido los servicios de seguridad’ en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho ‘enemigo’, a estar al ‘frente del enemigo’ implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...”.

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

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (“Plan Lanceta”, “Plan Ariete”, “Plan Cobra”, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo “Lautaro”, “Plan Trueno”, etcétera). Y es más, el mismo

‘enemigo’ habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ‘Vanguardia Organizada del Pueblo’ (VOP), ‘Brigada Ramona Parra’, ‘Brigada Elmo Catalán’, ‘Frente de Trabajadores Revolucionarios’ (FTR) y ‘Movimiento Obrero Campesino’ (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del ‘enemigo interno’ señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...”.

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

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449-73) concluyó que “...es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar” (Colegio de Abogados de Chile: “La Justicia Militar en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

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

“Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

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

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

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

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

DUODÉCIMO: Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3° común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3° de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas

discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo–, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Corroborar lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

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

DÉCIMO TERCERO: Que, por otra parte, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya

entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

DÉCIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

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

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

DÉCIMO SEXTO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al homicidio cometido en la persona de Manuel Tomás Rojas Fuentes, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas

Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

DÉCIMO OCTAVO: Que la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se

sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho Penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal”, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63).

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

DÉCIMO NONO: Que, en este mismo orden de ideas y en lo atinente a lo argumentado en la reflexión sexta de la decisión recurrida en cuanto a que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6°, N° 5°, que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo errado de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, dado que ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

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

VIGÉSIMO: Que la señalada omisión tiene una clara justificación, puesto que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4° del Convenio de Ginebra III, relativo al trato debido a éstos.

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

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en cambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas

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

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

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiales del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido a que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para aquellos que han vulnerado el derecho internacional humanitario” (Informe N° 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de suerte que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan no resulten ilusorias. Valiéndose, por lo pronto, del denominado principio

pro homine, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos” (Mónica Pinto: “El principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, página 163, en Martín Abregú: “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y siete). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

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

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

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

VIGÉSIMO CUARTO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

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

VIGÉSIMO SEXTO: Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, con arreglo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los golpistas. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad: destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

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

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

humanidad” (Fernando Gamboa Serazzi: “Tratado de Derecho Internacional Público”, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago, Chile, año dos mil dos, página 361).

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

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

VIGESIMONONO: Que, además, bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones todos los que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y de las sentencias de dicho Tribunal” (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria).

Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta (A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de aquellos axiomas, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: “a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agre-

sión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho ordenamiento, que proscribe tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

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

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos

preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

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

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

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

TRIGÉSIMO TERCERO: Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie –incluso sin ser letrado– podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las

normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el auto de procesamiento que corre de fojas 2.337 a 2.240; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

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

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

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; *Revista Fallos del Mes*, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la *Jurisprudencia*”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).

Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez

tiene en primer término la regla externa, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional. (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero – diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272 y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Lei de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo”. (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, coincidiendo con los tópicos recién expuestos, expresan dos de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que “la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone

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

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

Este corolario, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional

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

TRIGESIMONONO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

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

CUADRAGÉSIMO: Que lo que hasta ahora se ha venido exponiendo es el resultado obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón que ha debido ser adoptada conforme a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber

de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza este colofón si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica. De esta forma se ha señalado que "... siendo los derechos del hombre anteriores del Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal" (Acta Constitucional N° 3, considerando 1°, Decreto Ley N° 1.552, de trece de septiembre de mil novecientos setenta y seis).

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, por último, el fallo recurrido se basó en apreciar extinguida la responsabilidad criminal del imputado por la amnistía, y así ha decidido el sobreseimiento definitivo a que se refiere el numeral quinto del artículo 408 del Estatuto Procedimental Penal que permite hacerlo, cuando se ha terminado la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos contemplados, entre otros, en el artículo 93, N° 3°, del Estatuto Criminal y, en este entendido, aparece evidente que en el presente caso, la aplicación equivocada de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo ha consistido precisamente, en haberse cometido error de derecho al calificar las circunstancias previstas en el N° 5° del artículo 408 del ordenamiento procesal criminal, quedando incurso el dictamen dubitado en el literal sexto del artículo 546 del mencionado cuerpo legal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, incisos primero y cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 764, 765, 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546, N° 6°, y 547 de su homónimo de Instrucción Criminal y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, **SE ACOGE** el recurso de casación en el fondo instaurado por el abogado Nelson Caucoto Pereira, en representación de la querellante particular, en lo principal de su libelo de fojas 2512 a 2527, en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de once de junio de dos mil cuatro, que rola de fojas 2507 a 2511, la que, en conclusión, es nula y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que los Ministros señores Segura y Ballesteros concurren al acogimiento del recurso de casación en el fondo promovido, teniendo únicamente en consideración el quebrantamiento del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la investigación aparece, manifiestamente incompleta pues se han dejado sin efecto diligencias esenciales para el agotamiento de las indagaciones y también se omitieron otros trámites, a saber:

1. Careo de Herman Brady Roche con César Benavides Escobar y Sergio Arellano Stark.

2. Atendida la imputación que efectúan los reservistas Patricio Guzmán, a fojas 1.966 y Héctor Salinas, a fojas 2.159 y las contradicciones que se advierten en las diligencias de fojas 1.967 y 2.184, procede, a los fines de la investigación, indagar las actividades que Walter Kyiling Schmidt desarrollaba en la Escuela de Infantería de San Bernardo en diciembre de mil novecientos setenta y tres.

3. Averiguar acerca de la efectividad del traslado de los restos de Manuel Tomás Rojas Fuentes por el mencionado Carlos Kyiling Schmidt, como consta en el acta de recepción de cadáveres de fojas 19.

4. A fin de determinar con exactitud la actividad o labor específica que le correspondía a Alfonso Faúndez Norambuena en el centro de detención existente en el Cerro Chena y que se identifica por los testimonios de los reservistas en el proceso como “casa de techo rojo”. Especialmente en atención a la labor que según los dichos de Tarcisio Rojas, de fojas 2.038, le cupo junto al capitán Pinto en el Departamento II de Inteligencia o Seguridad.

5. Atendido a que reiteradamente se remitió al tribunal por parte del Ejército información acerca de la destrucción de los expedientes y documentos de los consejos de guerra de la época, como se lee por ejemplo a fojas 806, insistir en la solicitud de remisión de tales antecedentes, atendido a que no se informó que se hubiese afectado por el siniestro aquel que concluyó con la condena a muerte de Juan Martínez Aldana, Manuel Rojas Fuentes y otros.

6. Indagar la responsabilidad de Juan Carlos Nielsen Stambuk, bajo cuyo mando se encontraba la compañía que integraba la víctima a la época de los hechos.

7. Las demás que el nuevo curso de la investigación haga necesarias.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 3125-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Carlos Künsemüller L. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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