

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

SECUESTRO CALIFICADO

VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. I. IMPRESCRIPTIBILIDAD E INAMNISTIABILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. II. PREVENCIÓN: PROCEDENCIA DE LA DICTACIÓN DE BANDOS CUANDO UN CONFLICTO BÉLICO ESTÁ EN CURSO. PERSONAS QUE SE BENEFICIARON CON DECLARACIÓN DE ESTADO DE GUERRA NO PUEDEN DESCONOCER SU VALOR PARA IGNORAR SANCIONES. CONVENIOS NO PUEDEN SER INTERPRETADOS AISLADAMENTE. CONCEPTO DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

HECHOS

Operación Colombo. Episodio Eduardo Francisco Miranda Lobos. Condenados por el delito de secuestro calificado, interponen recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado. La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad substancial deducido, con voto de prevención.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (rechazado)*

ROL: *7308-2015, de 9 de noviembre de 2015*

PARTES: *no se consigna con César Manríquez Bravo y otro*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller C., Sr. Haroldo Brito C., Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.*

DOCTRINA

- 1. Dada la naturaleza de los hechos pesquisados, que representan un ultraje a la dignidad humana y una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en diversos instrumentos internacionales, constituyen un delito de lesa humanidad. El ilícito ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima de este caso y muchas otras un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compa-*

triotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al régimen militar autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado. Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imposibilidad de amnistiarlos, de establecer circunstancias excluyentes de responsabilidad o de declarar su prescripción, institutos que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía. De este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa posible de invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo. Es por ello que en este tipo de transgresiones no es posible invocar la Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, porque lo prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos. (Considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema)

- II. *(Prevención) 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. 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. (Considerando 4º de la prevención de la sentencia de la Corte Suprema)

No es factible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único mecanismo 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. (Considerando 10º de la prevención de la sentencia de la Corte Suprema)

Los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas conforman un solo cuerpo orgánico integral, que se gobierna 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. Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones. Ahora bien, de seguirse un predicamento distinto, 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. (Considerando 17º de la prevención de la sentencia de la Corte Suprema)

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 tal manera que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que surge de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura radica en la modalidad 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: destaca a la vez la presencia del enañamiento 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. (Considerando 20° de la prevención de la sentencia de la Corte Suprema)

Cita online: CL/JUR/6814/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 103 del Código Penal; D.S. N° 873 (05/01/1991; Ministerio de Relaciones Exteriores; Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos)

DELITOS DE LA DICTADURA COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

DR. RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR
Universidad de Concepción

La presente sentencia se pronuncia sobre un recurso de casación en el fondo respecto de delito de secuestro calificado cometido en el marco del régimen militar. La sentencia se manifiesta conforme a la evolución que ha experimentado la jurisprudencia de la Corte Suprema, reconociendo la categoría de crimen de lesa humanidad y la imprescriptibilidad del mismo. Si bien el voto de mayoría no se pronuncia sobre el uso de la media prescripción, el tema es aún discutido al punto de que un miembro de la sala en su voto de prevención estuvo por aplicarla, basándose para ello en el régimen de las Convenciones de Ginebra.

Uno de los problemas constantes de la jurisprudencia chilena respecto de los crímenes de la dictadura dice relación con la tipicidad de los mismos, es decir, si constituyen crímenes de guerra o de lesa humanidad. La distinción es importante debido al marco jurídico que debe aplicarse en cada caso: Tratándose de los críme-

nes de guerra, éstos se rigen por las Convenciones de Ginebra; en caso de crímenes de lesa humanidad, por el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto al crimen de guerra, éste requiere la existencia de un conflicto bélico. Si bien durante la dictadura se dictaron sendos D.L. indicando que existía un estado de guerra en el país¹, en los hechos no se trató más que de una represión de la fuerza pública en contra de las manifestaciones políticas disidentes². La dictadura perseguía erradicar la estructura social-comunista instaurada por *Allende*, sin que existiera una fuerza contraria que se opusiera a alcanzar dicho objetivo³. El tema ha sido discutido en la jurisprudencia de manera vacilante⁴, a tal punto que la sentencia en comento defiende en su voto de mayoría la inexistencia de un estado de guerra y la prevención del Ministro Dolmetsch apoya la existencia de conflicto bélico.

Los crímenes cometidos durante el régimen militar se desarrollaron siguiendo una política estatal de erradicar todo signo de comunismo o ideología socialista en el país. Los crímenes fueron cometidos, además, en el marco de un ataque sistemático y generalizado en contra de la población civil, entre los cuales se pueden mencionar homicidios, torturas, violaciones y violencia sexual, desapariciones forzadas, etc. Es precisamente este el contexto bajo el cual se llevaron a cabo los

¹ D.L. N° 3 (de 11 de septiembre de 1973) declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional debido a la conmoción interna que vivía el país; el D.L. N° 4 (de 11 de septiembre de 1973) declaró el estado de emergencia invocando la ley especial de seguridad del Estado (N° 12.927 de 1958) en ciertas provincias y comunas del país; el D.L. N° 5 (de 22 de septiembre de 1973) establece, literalmente, que el estado de sitio debe entenderse como un estado de guerra o en tiempo de guerra de acuerdo con lo estipulado en el art. 418 del Código de Justicia Militar. Este último agrega que tal declaración persigue aplicar un sistema punitivo establecido en el Código de Justicia Militar durante tiempos de guerra y otras leyes penales, entre las cuales se encuentran las Convenciones de Ginebra.

² Sentencia de CS de 04.08.2010, Rol N° 7089-09, párrafo 1.

³ PEREIRA FERNÁNDEZ, Pamela, *The Path to Prosecutions: A Look at the Chilean Case*, en REÁTEGUI, Felix (editor), *Transitional Justice: Handbook for Latin America* (Nueva York, 2011), p. 272.

⁴ Los argumentos invocados para denegar la aplicación de la Convención de Ginebra fueron, por ejemplo, la falta de declaración oficial de guerra exigida por los arts. 2 y 3 de las convenciones, ver Sentencia de CS de 24.08.1990, Rol N° 27.640, párrafo 26; la inexistencia de grupos disidentes que permitan hablar de un conflicto armado en Sentencia de la Corte Marcial de 09.09.1998, Rol N° 469-98, párrafo 9; Sentencia de CS de 4.08.2005, Rol N° 457-2005, párrafo 8; Sentencia de CS de 30.01.1996, Rol N° 5.476-94, párrafo 2. Aceptando la existencia de una guerra y por lo tanto, considerar a los delitos como crímenes de guerra en Sentencia de CA de Santiago de 29.12.2004, Rol N° 333-2004, párrafo 5; Sentencia del Ministro de Fuero Alejandro Solís Muñoz de 14.05.2004, Rol N° 2.182-98, párrafo 25 c); Sentencia de Corte Suprema de 24.05.2012, Rol N° 288-12, párrafo 11; Sentencia de CS de 11.07.2011, Rol N° 5.285-10, párrafos 12 y 13.

crímenes de la dictadura, por lo que su calificación jurídica será, como lo dice el fallo en su considerando 3º, la de crimen de lesa humanidad⁵.

Un punto que no resuelven los tribunales, sin embargo, es el de la irretroactividad de la norma. Lo cierto es que la tipificación del crimen de lesa humanidad en los términos indicados en el párrafo anterior es posterior a la comisión de los crímenes de la dictadura chilena. Así, el requisito de generalizado y sistemático del ataque fue codificado por primera vez en el Estatuto del TPIR en 1994 (art. 3)⁶. A la época de comisión de los crímenes regía la definición contemplada en la Carta de Núremberg. De acuerdo con esta definición, el crimen de lesa humanidad exigía que fuera cometido en contra de la población civil, antes o durante una guerra o en conexión con cualquiera de los crímenes sometidos a la jurisdicción del tribunal. El *Control Council Law N° 10* eliminó de la definición de crimen de lesa humanidad, sin embargo, la exigencia de una guerra y que se traten de crímenes en conexión con los otros delitos sometidos a la misma jurisdicción⁷. La sentencia en comento, al hacerse cargo del argumento del recurrente de que la conducta imputada se encuentra recién tipificada en la ley N° 20.357, indica que no se ha violado el principio de irretroactividad, pues la conducta delictiva era contraria al ordenamiento internacional vigente a la época de la comisión del hecho (considerando 4º). Sin embargo, la sentencia no menciona las normas relevantes sobre la materia, como las enunciadas anteriormente. Esta falta de especificidad es un punto a mejorar en la jurisprudencia chilena, con la finalidad de velar por el respeto del principio de legalidad.

⁵ Véase Sentencia de CS de 24.05.2012, Rol N° 288-12, párrafos 14 y 15, que califica el delito como crimen de lesa humanidad en virtud de su naturaleza, a pesar que en ciertos párrafos indica que existió un conflicto bélico. En suma, a pesar de constatar la existencia de un conflicto y de dar aplicación a las Convenciones de Ginebra, la Corte Suprema estima que la naturaleza del delito es un crimen de lesa humanidad. En el mismo sentido Sentencia de CS de 11.07.2011, Rol N° 5.285-10, párrafo 16; Sentencia de CA de Concepción de 29.04.2013, Rol N° 372, párrafo 105.

⁶ Por esta razón Zalaquett indica que la CIDH se equivoca en el caso *Almonacid* al calificar el homicidio como crimen de lesa humanidad porque al momento de cometerse el crimen no se exigía en el derecho penal internacional que el ataque fuera generalizado o sistemático, véase ZALAUQUETT DAHER, José, *El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad*, en *Anuario de Derechos Humanos* (2007) p. 193.

⁷ Véase *Control Council Law N° 10, Nuremberg Trials Final Report Appendix D, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20.12.1945, art II (1) (c): "Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated"*.

CORTE SUPREMA:

Santiago, nueve de noviembre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, “Operación Colombo. Episodio Eduardo Francisco Miranda Lobos”, por resolución de veintinueve de agosto de dos mil catorce, que rola a fojas 5.936, en lo que interesa a los recursos, se condenó a César Manríquez Bravo y a Pedro Octavio Espinoza Bravo, como coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Eduardo Francisco Miranda Lobos, perpetrado en esta ciudad a contar desde el 8 de octubre de 1974, cada uno, a purgar trece años de presidio mayor en su grado medio y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa.

Apelada esa decisión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de cinco de mayo recién pasado, que se lee a fojas 6.059, en cuya contra las asesorías letradas de ambos convictos dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de las presentaciones de fojas 6.067 y 6.074, los que se ordenaron traer en relación a fojas 6.097.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del sentenciado Espinoza Bravo se sus- tenta en el numeral quinto del artículo

546 del Código de Procedimiento Penal, por vulneración de los artículos 93 N° 6, 94, 95, 101 y 102 de su homónimo Criminal, al desestimarse la excepción de prescripción de la acción penal. Explica que los hechos investigados ocurrieron hace más de cuarenta años, en octubre de 1974, en circunstancias que el período requerido para la prescripción de la acción es de diez años, cuyo cómputo empieza el día que se comete el delito, de manera que expiró en 1984. A idéntica conclusión se arriba incluso considerando que el término necesario para que opere la prescripción estuvo suspendido durante la vigencia del régimen castrense y que sólo empezó a correr en el año 1990.

Aduce, en lo que concierne a delitos de lesa humanidad, que la única fuente normativa nacional que los trata de manera específica es la ley N° 20.357 de 2009, cuyo artículo 44 impide la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad a que se refiere su artículo 40, de modo que al año 1974 estaba en pleno vigor la preceptiva sobre prescripción del derecho patrio, que el principio constitucional pro reo obliga a aplicar. Los tratados internacionales de imprescriptibilidad tratándose de delitos de lesa humanidad y sobre derechos humanos e incluso la Convención de Viena, que permitiría asimilar las reglas de *ius cogens* al derecho interno, tienen una jerarquía menor que la Constitución Política, en vista de lo cual tales disposiciones quedan sujetas al control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

Termina por requerir la invalidación del fallo impugnado y se dicte el correspondiente de reemplazo que absuelva a Espinoza Bravo, y declare extinguida su responsabilidad por prescripción de la acción penal.

Segundo: Que la asistencia jurídica del acusado Manríquez Bravo entabló recurso de casación en el fondo por los literales primero y séptimo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Aquélla critica error de derecho al determinar la participación que le ha cabido en el ilícito, dado que en el proceso no aparece configurado el secuestro que se le endilga ni su calidad de autor del mismo y de allí deriva transgresión al artículo 15 del Código Penal, puesto que no hay en el proceso antecedentes que permitan considerarlo autor ejecutor, inductor o cooperador, ni suponer que tuvo conocimiento del secuestro. Las funciones que cumplió en la DINA entre diciembre de 1973 y noviembre de 1974 fueron administrativas y logísticas, pero no está probado que hubiese tenido bajo su control las operaciones de cuarteles de dicho organismo y los elementos incriminatorios a que alude el fallo para efectos de comprobar su participación son inexactos, de suerte que no es dable constituir prueba completa para dar por configurado el delito que se le reprocha. Aún si se le considera cómplice, por haber cooperado a la ejecución del secuestro por actos anteriores o simultáneos, en razón de la calidad de Jefe de la Brigada de Inteligencia Metropolitana que se le ha atribuido, debió aplicarse la pena inmediatamente inferior en grado a la asignada por la ley

para los autores, con arreglo al artículo 51 del Código Penal, esto es, presidio mayor en su grado mínimo, que todavía es preciso reducir por favorecerlo la atenuante del artículo 11, N° 6, de esta recopilación.

Por lo que toca a la contravención al artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, expone que, en atención a la época de los sucesos, debió pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad penal emanada de la amnistía y la prescripción, contempladas en el artículo 93, N°s. 3 y 6, del Código Penal, y descarta la posible aplicación de los Convenios de Ginebra, merced a la primacía en estas materias del estatuto jurídico interno de los estados partes, y de otros tratados internacionales que propugnan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de estos ilícitos o la imposibilidad de ser amnistiados, como es el caso, por ejemplo, de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el Convenio sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues tal postulado conculca los artículos 5°, inciso 2°, y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República, al pretender dar efecto retroactivo a tales disposiciones posteriores a los hechos indagados e imponerlas a pesar de no encontrarse ratificados pues lo fueron después de acaecidos los sucesos. Similar criterio se desprende de la ley N° 20.357, cuyo artículo 44 estatuye que los hechos ocurridos con anterioridad a su pro-

mulgación continúan rigiéndose por los preceptos vigentes a ese momento.

El ordinal séptimo de casación en el fondo, también esgrimido, refuta inobservancia del artículo 488, N.ºs. 1.º y 2.º, del Código de Procedimiento Penal, toda vez que las presunciones que sustentan la decisión no reúnen los supuestos exigidos por la ley para adquirir completo mérito acerca de su participación culpable, por cuanto no se fundan en hechos reales y probados, ni existen otros indicios múltiples ni graves, ni media concordancia entre ellos, imputándole intervención sobre la base del desempeño de un cargo operativo que desconoce.

Con esos argumentos, en la conclusión impetra la nulidad de lo resuelto y se dicte sentencia de reemplazo absolutoria.

Tercero: Que, en lo que concierne al recurso promovido por la defensa de Espinoza Bravo, es manifiesto que, dada la naturaleza de los hechos pesquisados, que representan un ultraje a la dignidad humana y una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en diversos instrumentos internacionales, constituyen un delito de lesa humanidad. El ilícito ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima de este caso y muchas otras un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo

de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al régimen militar autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imposibilidad de amnistiarlos, de establecer circunstancias excluyentes de responsabilidad o de declarar su prescripción, institutos que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía. De este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de

la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa posible de invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo. Es por ello que en este tipo de transgresiones no es posible invocar la Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, porque lo prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos.

Cuarto: Que de este modo no es posible sostener, como pretende el recurso, que ultrajes a la dignidad de las personas como los que aquí se han perseguido y sancionado, solo hayan sido tipificados como delito en Chile con ocasión de la dictación de la ley N° 20.357. Conforme a esa normativa, nuestro país ha recogido de modo expreso en su legislación interna conductas que eran punibles desde los inicios de nuestra legislación penal, por contravenir el ordenamiento internacional.

Quinto: Que de esta manera, atendiendo a las reflexiones precedentes, resulta inconcuso que las infracciones denunciadas carecen de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación que han recibido los sucesos delictuosos, que este tribunal comparte, torna impropcedente la concurrencia de causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, no han errado en la aplicación del derecho, lo que

conlleva el rechazo del recurso en este segmento.

Sexto: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo instaurado a favor del condenado Manríquez Bravo, es más conveniente abocarse, desde luego, a la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, dirigida únicamente al quebrantamiento del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y si bien la sección en que se asila reviste la condición requerida por la motivación, su lectura no muestra la imputación de haberse violentado tal canon, pues exclusivamente se plantea discrepancia en torno a la valoración que se confiere a los elementos de convicción reunidos y relacionados en el fallo, con apego a los cuales se estimó acreditada la actuación de Manríquez Bravo en los hechos, y disiente de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso extraordinario, de naturaleza sustantiva y de derecho estricto.

Séptimo: Que el restante acápite del arbitrio, que descansa en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, permite la invalidación cuando la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al hechor una pena más o menos grave que la designada, con error de derecho, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al delincuente, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al determinar la naturaleza y el grado del castigo.

Octavo: Que el recurrente sostiene este motivo de casación en la equivocación

ción del tribunal de alzada al determinar la existencia del delito o su eventual participación, por no concurrir los elementos necesarios para sancionarlo e instar en definitiva por su absolución. Pero en seguida, en forma subsidiaria, pretende la recalificación de la participación que se le carga a la de cómplice, para arribar así a una sanción más benigna.

Noveno: Que el soporte convocado está dado para repudiar sólo aquellos casos donde, si bien se acepta una participación culpable del agente en el ilícito, se cree desacertada la calificación efectuada en la resolución objetada, como por ejemplo, si se ha considerado autor a quien únicamente debería conceptuársele cómplice o encubridor. La inexistencia de responsabilidad penal por falta de participación criminal del enjuiciado, la falta de comprobación del hecho punible o la extinción de la responsabilidad criminal no hallan cabida en esta causal que, por ende, no habilita para solicitar la absolución, como lo persigue el desarrollo de algunos de sus apartados. El propio tenor del precepto ratifica este aserto cuando expresa que el error de derecho denunciado debe haber conducido a imponer al justiciable una pena más o menos grave que la asignada en la ley, y así su ámbito tampoco puede extenderse a las hipótesis propuestas.

Décimo: Que el postulado mediante el cual procura una participación de cómplice, no obstante ceñirse a dicho núcleo y ser subsidiario de los anteriores, resulta incompatible porque se trata de un vicio que no puede darse en forma simultánea con aquéllos, bajo riesgo de

delegar en el tribunal la elección de la causal que, de existir y ser procedente, se considere más acertada para la decisión del asunto, lo que en un recurso de derecho estricto como el presente está vedado.

Undécimo: Que, sea como fuere, es un hecho inamovible y probado que a la época de la detención de la víctima, Manríquez Bravo estaba al mando de la Brigada de Inteligencia Metropolitana, bajo cuyo control se encontraban brigadas y grupos operativos encargados de la detención y eliminación de personas contrarias al gobierno militar, con poder de decisión sobre las operaciones en los cuarteles de detención clandestina de la DINA y participación, previo concierto, en el destino de los detenidos, lo cual suprime el pretexto que su tarea se limitó a funciones logísticas y elimina su proclamada complicidad en los hechos.

Dichas circunstancias, unidas a los elementos de juicio reseñados en el motivo Octavo del fallo de primer grado, que el de alzada reproduce, permitieron a los jueces del fondo construir presunciones judiciales que cumplen todas las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en tanto se fundan en hechos reales y probados, y son múltiples, graves y concordantes entre sí, para sostener, como hace el fallo, que Manríquez Bravo es autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Duodécimo: Que por las consideraciones precedentes el recurso será desestimado, por ambas causales.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, N°s. 1°, 5° y 7°, y 547

del Código de Procedimiento Penal SE RECHAZAN los recursos de casación en el fondo formalizados a fojas 6.067 y 6.074, en representación de los sentenciados Pedro Espinoza Bravo y César Manríquez Bravo, respectivamente, en contra de la sentencia de cinco de mayo del año en curso, que corre a fojas 6.059, la que, en consecuencia, no es nula.

Sin perjuicio de lo decidido, el juez de la causa estudiará la posible unificación de las penas impuestas a los condenados, en los términos que ordena el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch estuvo por invalidar de oficio la sentencia, por el erróneo desconocimiento de la circunstancia especial de atenuación prevista en el artículo 103 del Código Penal y, en la de reemplazo, aplicar la media prescripción, rebajando la pena impuesta en dos grados, circunstancia que igualmente debería aprovechar a los otros condenados, aun cuando no hayan recurrido formalmente por esta vía. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el

supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante –que también se explica gracias a la normativa humanitaria– halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho penal.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice con-

siderarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, teniendo en cuenta para ello que –en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos– los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de enero de mil novecientos setenta y cinco, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución en análisis ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla.

Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez concurre a desechar la amnistía y prescripción de la acción penal impulsadas, en atención a las razones que pasa a exponer:

1º) Que como punto de partida es preciso resaltar que el estado antijurídico creado por la extensión indeterminada de la privación de libertad del secuestrado mantendrá su ilicitud mientras dependa de la voluntad del delincuente, porque la cesación de dicha prórroga bien puede deberse al libre arbitrio del hechor, como cuando libera a la víctima de propia iniciativa, hipótesis regulada por el artículo 142 bis del Código Penal; pero también puede obedecer a causas independientes de su albedrío, como la fuga del ofendido, o

su libertad por obra de terceros ajenos a los sucesos e incluso a los denominados “cursos salvadores”, que se producen por motivos sobrevinientes tampoco queridos por el agente y que lo hacen perder su dominio del hecho, tales como su incapacidad física o síquica, o, por último, la muerte del secuestrado, igualmente prevista en el artículo 141 del ordenamiento mencionado.

2º) Que bajo este prisma es indispensable traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace bastante tiempo los encausados, según consta en el proceso, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad suya para continuar la afectación voluntaria del bien jurídico derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, por causa autónoma, con el subsecuente comienzo del cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto, a partir desde ese instante.

3º) Que esa clausura del estado antijurídico cabe fijarla en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro delictuales. Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los encartados.

En efecto, como tema preliminar parece imprescindible recordar que después 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 N° 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

4°) 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, p. 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.

5º) 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 1º), 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 2º). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”.

La peculiaridad de la situación descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos

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

6º) Que, en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado decreto ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos seten-

ta 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 ley sobre control de armas, 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, pp. 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, pp. 65 y 66).

7°) 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, p. 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”.

8°) 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.

A la vez, 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.

9°) 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 enunciar 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”.

Corroborando 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 3º 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.

10º) Que, por otra parte, no es factible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referi-

da declaración de estado de guerra, establecido por el único mecanismo 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 regula 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.

11º) 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 tiempo de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el imputado, 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 las 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, p. 131).

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

12º) Que, en tales condiciones este previniente 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 3º 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 restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

13°) Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al secuestro y desaparición de Eduardo Francisco Miranda Lobos, 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, heridas, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en 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”.

Igualmente, 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 inculcados 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.

14°) Que, por consiguiente, 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.

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, p. 63).

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

15º) Que, en este orden de ideas y en lo atinente al argumento 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 6º 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”, es menester tener en cuenta 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 este aspecto si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no aparece 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.

16°) Que semejante omisión adquire justificación en el supuesto de confrontaciones internacionales, en que los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo prescriben los artículos 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 cuando se trata de inobservancias graves, u otras sanciones por los restantes incumplimientos cometidos, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Entonces no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, por cuanto los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

A la inversa, en los conflictos internos los alzados en armas contra el gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, ya que jurídicamente carecen del derecho a combatir y empuñar las armas y si lo hacen, incurren, por ese solo hecho, en los delitos de rebelión o sedición reprimidos 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 plano el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de índole internacional y es, precisamente por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2°, la protección humanitaria a aquellas personas que continúen privadas de la libertad por motivos vinculados con el conflicto interior.

En tales circunstancias, se entiende la inteligencia de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por razones relacionadas con el conflicto, una vez concluido, como se desprende claramente del texto y contexto de la norma, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en la conflagración y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el restablecimiento de la paz social.

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

Nº 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

17º) Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas conforman un solo cuerpo orgánico integral, que se gobierna 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”, p. 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.

Ahora bien, de seguirse un predicamento distinto, 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 conoce 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 constantemente asociado al conjunto de máximas humanitarias, desde que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales.

18º) Que en el ejercicio de su soberanía la nación puede amnistiar las infracciones penales que se ejecuten y estén sometidas a su potestad. Empero si ha acotado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento sub lite, no puede soberanamente sobrepasar dicho deslinde autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los tantas veces aludidos Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, puesto que no es

justificable que vinculado voluntariamente mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento escudado en su legislación nacional ordinaria.

Desde 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. Conculca así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

Y, por ende, el decreto ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe interpretarse en armonía con los Convenios de Ginebra, ante lo cual se torna inexequible respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y verificados en el país durante su vigencia.

19º) Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, de acuerdo a los antecedentes reunidos hasta estas alturas de la indagación, hacen procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en nombrar como delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito se llevó a cabo dentro de 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 compuesto 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 tachado como sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los nuevos gobernantes. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento o tergiversación 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 acerca de la falsedad de las denuncias formuladas y que respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno instaurado.

20º) 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 tal manera que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que surge de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura radica en la modalidad

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: destaca a la vez 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.

21º) 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 concordaron en 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 nacen 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, p. 361).

Por otra parte, 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, llamado “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 el conjunto de las naciones miembros de 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 el asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II, letra c), y de modo 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.

22°) 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; y recoge por base las contravenciones graves detalladas 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 N° 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria).

Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario designado 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 incumbe la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los aforismos de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, proverbios 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, señala, específicamente en el numeral sexto de aquellos brocárdicos, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: “a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra

o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión constituye 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 proscribía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, mil novecientos setenta y siete, p. 35).

23º) 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.

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, conforman el derecho chileno.

24º) Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir por haberse aceptado, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ella contenida. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o simple voluntad unilateral, 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 reseñado 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, que en su artículo 53 dispone: “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 brocados o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente admitidos por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con autonomía de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel,

Barcelona, primera reimpression, año mil novecientos noventa y tres, p. 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 significa 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, los refranes de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, que no pueden ser dejadas sin efecto ni modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente imperio.

25°) Que, si bien es cierto que una de las más severas críticas contra la noción de *ius cogens* estriba en 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, p. 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 dogmas enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Justamente, 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, pp. 235 a 269).

26°) Que si se repara en la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el secuestro y desaparición de Eduardo Francisco Miranda Lobos, 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 susceptibles de adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

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 las leyes internas, toda vez que se entiende que las perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa inaplicable, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

27º) Que sobre el punto, esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario sobre derechos humanos integran el ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. Es así como en el caso “Lauritzen con Fisco” 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, p. 66).

De igual manera 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. Afirma 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, p. 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, págs. 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, p. 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, págs. 38 y 39) y lo corrobora la doctrina autorizada cuando asevera que de presentarse 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 desconocer 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, p. 272; y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, p. 13). A mayor abundamiento, 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 5º: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2º 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, p. 426); y Manuel Egidio Ballesteros escribe: “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (“La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, p. 571).

El propio gobierno chileno ha tomado similar posición, tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario y así la asesoría jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en un caso en que un tribunal de menores decretó 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, señaló: “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, pp. 408 a 410).

28º) Que, en consonancia 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 vinculación jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos” (Reinhart Maurach y Heinz Zipf: “Derecho Penal. Parte General”, traducido de la séptima edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, p. 430).

29º) Que la obligación estatal que dimana 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 atribu-

ción 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°s. 2 y 3, tomo II, mayo-diciembre de mil novecientos noventa y tres, p. 887). Un acuerdo internacional, por ende, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s. 177 y 185, págs. 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.

30°) 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, p. 2.066), aún en virtud de

consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos deslindes y confiere a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos una jerarquía mayor que a los demás convenios 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 y adquieren plena vigencia, validez y eficacia jurídica, sin que ningún órgano del Estado pueda desconocerlos y, por el contrario, queda obligado a respetarlos, promoverlos y protegerlos, a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar su pleno ejercicio, deber que no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también de los 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre ellos el artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que también lo entroniza.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz, al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, y aun cuando 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).

31°) Que lo que hasta ahora se expone 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 suerte se ha dicho 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).

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del abogado integrante señor Rodríguez y de las prevenciones, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller C., Haroldo Brito C. y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.

Rol N° 7308-2015.