

## SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo dispuesto en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

### VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los motivos cuadragésimo tercero, cuadragésimo quinto, cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno, que se eliminan.

En el primer párrafo del motivo noveno se sustituyen los vocablos ?encuentra? por ?encuentran? y ?establecido? por ?establecidos?. En la enumeración de las citas legales, entre las referidas al Código Penal, se intercalan el número ?53?, luego del dígito ?51?, y el guarismo ?103? luego del numeral ?68?, y a su vez, se elimina la referencia al artículo 211 del Código de Justicia Militar.

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

1°).- Que los hechos que se tuvieron por acreditados en el motivo noveno del fallo en alzada, son constitutivos de dos delitos de secuestro calificado, previstos en el inciso 1° con relación al inciso 3°, ambos del artículo 141 del Código Penal y cuya calificación se configura en razón del tiempo durante el cual se ha prolongado la acción típica, evento para el cual, el citado inciso tercero, en su redacción vigente a la época del comienzo de la ejecución de los delitos, disponía que tales delitos se sancionaban con la pena de

presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, causal primera de agravación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Cecilia Bojanic Abad y de Flavio Oyarzún Soto, quienes fueron detenidos en forma ilegal el 2 de octubre de 1974.

2°).- Que en cuanto a la solicitud de las defensas de aplicar la causal de extinción de la responsabilidad penal contenida en el DL N° 2191 de 1978 y en forma genérica en el numeral tercero del artículo 93 del Código Penal, este tribunal, además de compartir los argumentos vertidos por el juez de primera instancia para sustentar el rechazo de dicha petición y que constan en el motivo cuadragésimo segundo del fallo en alzada, tuvo presente para ello que, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, en la época de los hechos -2 de octubre de 1974-, nuestra nación se encontraba en un estado de guerra interna, que impedía al Estado de Chile, en virtud de las obligaciones internacionales asumidas por éste, a exonerar penalmente a los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas en dicho periodo, máxime si aquellos atentados consistieron en la comisión de delitos contemplados en nuestra legislación interna, como sucede en este caso.

En efecto, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", declaró, en su artículo primero, 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.

Dicha situación interna 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?, estado que se prolongó por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

3°).- Que, cabe recordar que el artículo 418 del Código de Justicia Militar entiende que hay estado 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?. Así el referido Decreto Ley N° 5 acata 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.

De este modo, tales decretos revelan, precisamente, el reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realizó el propio gobierno de hecho de la época.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5, que interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, dispuso, asimismo que tal interpretación, 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, porque eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

4°).- Que en relación con lo anterior, resulta destacable que, si bien por regla general, 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, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra), también se emplean, excepcionalmente, en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto y 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), en orden a re

conocer que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto,

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

Además, el referido autor puntualiza que "por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas

que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común?.

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

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

5°).- Que, en tales condiciones, resulta forzoso concluir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dieron origen a este proceso, el territorio nacional se encontraba, en la realidad y jurídicamente, en estado de guerra interna, razón que resulta suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra, ya que sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez más renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo, seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que exige el respeto por el individuo. Es decir, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

6°).- Que, por lo tanto, resultan plenamente aplicables a los delitos de secuestro indagados, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su tantas veces citado

artículo 3° común, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: ?a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados?.

Asimismo, cabe destacar que dicho 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. Además, precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa, las que no podrán ser inferiores a las previstas 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. E igualmente, 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.

7°).- Que, en conclusión, 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.

8°).- Que la mentada prohibición de autoexoneración dice relación, de manera primordial, con 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, sin que obste a ello el hecho de que la función de prevención especial parezca ya satisfecha, porq

ue el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos y ciertamente los Convenios de Ginebra así lo tuvieron presente cuando establecieron la prohibición examinada.

9°).- Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero, si el Estado ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que, vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.



10°).- Que en esta perspectiva, la llamada "ley de amnistía" puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, por lo que es inaplicable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidas en nuestro país durante su vigencia.

11°).- Que, por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, resulta procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, en la actualidad no cabe duda alguna que los ilícitos materia del presente juzgamiento, se efectuaron en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados, 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 atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a

desprestigiar al gobierno autoritario.

12°).- Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente asegurados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que, para la configuración de este ilícito, existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta especial categoría de delitos es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia 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.

13°).- 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.

14°).- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y la forma como son presentados en la sentencia que se analiza; así como el contexto en el que indudablemente deben circunscribirse, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario

dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

15°).- Que, asimismo, los principios internacionales antes referidos, como los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de supremacía constitucional, cuyo significado consiste -de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- que prevalecen sobre la legislación interna, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Esta normativa, a su vez, resulta invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico asumido por el Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

16°).- Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador de entonces no tenía atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podía dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo nacional comporta una contravención al ordenamiento internacional. Y 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, página 887). De esta forma, un acuerdo internacional no puede dejar de aplicarse sino de conformidad

ad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

17°).- Que la consideración de ciertos 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. Como corolario de los razonamientos precedentes, no cabe sino concluir que, 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.

18°).- Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la actual Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por ¿los derechos esenciales que emanan de la naturaleza 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?. Así, los derechos esenciales del hombre son valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que su desconocimiento (Fallos del Mes N°

446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Cabe resaltar que el mencionado inciso segundo del artículo 5, le otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás convenios internacionales, en cuanto garantizan y regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

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

Al respecto, es dable dejar sentado que 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 eran "el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que él debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común", de tal suerte que aún cuando esos derechos no estén en el texto constitucional "no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima" (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

19°).- Que en cuanto a la prescripción de la acción penal alegada por

los procesados respecto de los sucesos investigados, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal sexto del artículo 93 del Código Penal, esta causal

de extinción de responsabilidad criminal tampoco resulta procedente en la especie, tanto porque de hacerlo se infringirían los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, en razón del estado de guerra interna que imperaba a la época de los hechos, como por la circunstancia de que los ilícitos sancionados en la causa, eran y son considerados como delitos de lesa humanidad, categoría que impone como característica esencial, su imprescriptibilidad.

20°).- Que, en efecto, el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior", de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°, 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, la detención ilegal, perpetrada en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

21°).- Que, de este modo, la referida prohibición de autoexoneración atañe no sólo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron creadas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

22°).- Que, por lo expuesto y en atención a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, éstos lamentables hechos no pueden ser favorecidos con la prescripción. En efecto, no cabe duda que los episodios investigados en este caso constituyen crímenes contra la humanidad, de lo cual se deriva, como lógico corolario, la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que este tipo de ilícitos son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

23°).- Que, a mayor abundamiento, la evolución del tratamiento de los derechos humanos, hace imperativa la mentada imprescriptibilidad, por cuanto la normativa internacional que se ha generado al respecto es obligatoria para el derecho chileno y en virtud de ella es inadmisibles cualquier causal de extinción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

En este contexto, la dictación de la Ley 20.357, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009 y que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, entre los cuales se encuentra el secuestro contemplado en el artículo 141 del Código Penal, no es más que una manifestación del cumplimiento, por parte de nuestra nación, de la obligación de adecuar la legislación interna a los parámetros impuestos por el derecho internacional sobre los derechos humanos, sin que su reciente promulgación puede ser interpretada como una falta de regulación previa en tal sentido, como si sólo a partir de esta nueva ley tendrían el carácter de atentados contra la humanidad y de imprescriptibles, delitos como el secuestro, ya que tal planteamiento, por una parte, contradice la vigencia de los Convenios de Ginebra suscritos en el año 1949 y cuya aplicación ha sido sostenida en forma reiterada por esta Corte Suprema y por otra, conllevaría una suerte de involución del derecho interno en materia de derechos humanos, lo que por cierto no fue el espíritu del legislador al dictar esta nueva normativa. En efecto, tal como consta en

el Informe Legislativo del Primer Trámite Constitucional en el Senado de fecha 19 de marzo de 2009, relativo al historia del establecimiento de la Ley en comento, los autores de la moción hacen presente que esta iniciativa tiene por objeto perfeccionar y adecuar la legislación chilena, tipificando a nivel interno las conductas constitutivas de delitos y crímenes contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, lo anterior con miras a avanzar hacia la posterior ratificación de dicho tratado por el Estado de Chile. A su vez, en la discusión general de dicho proyecto, consta que el Subsecretario General de la Presidencia, señor Edgardo Riveros, expresó que: "En relación a la vigencia de la ley, se deja de manifiesto que el proyecto no tendrá aplicación retroactiva ni podrá interferir en los procesos sobre causas de derechos humanos por violaciones cometidas a partir del año 1973", siendo ese, por tanto, el sentido que debe darse al artículo 44 de la Ley, que dispone: "Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo será aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia". Así, se señala que dicha norma tiene por o bjeto dar un efecto neutro a la nueva normativa respecto de las causas actualmente en trámite ante nuestros tribunales.

24°).- Que, acorde con lo anterior, resulta pertinente señalar que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechores, además de considerarse imprescriptible, se ha estimado que, de acuerdo a su forma de ejecución, corresponde a un delito de tipo permanente, noción que si bien es de origen doctrinario, pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, resulta del todo valedera, pues sólo excepcionalmente las clasificaciones de los hechos punibles reconocen alguna mención específica en la ley, por ejemplo, en los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, ya que la gran mayoría de las categorizaciones se asienta más bien en



los distintos patrones que surgen del propio estatuto punitivo, tales como, el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la sección especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes se afina en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende, precisamente, a generar ese quebrantamiento progresivo.

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

él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa figura contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

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

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

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

25°).- Que el carácter de permanente del injusto materia del presente juzgamiento, se ve influido por el bien jurídico amparado por el mismo y por las modalidades de comisión. Respecto de lo primero, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito, locomoción o ambulatoria, valorado como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto. En cuanto a lo segundo, las modalidades de comisión (?encerrar? o ?detener?) auguran que el ilícito de secuestro se consuma con la mantención de un estado de detención o encierro, lo cual torna extremadamente difícil sostener que el encierro o la detención -resultado de las acciones u omisiones- se consuman en un instante efímero de tiempo, como el homicidio. Antes bien, jurisprudencial y doctrinariamente se exige que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado este delito.

Una vez conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que éste constituye un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro -uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal- el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción, que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, con lo crea una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito -objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

26°).- Que entre las particularidades prácticas relevantes que presentan los delitos permanentes, resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo" (Novoa, E., op. cit., página 250; Labatut, G., op. cit., página 298; Cousiño Mac-Iver, op. cit., página 317). En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y dos, página 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición actualizada, año 1998, página 257; Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., año mil novecientos noventa, página 92; Gonzalo Yuseff Sotomayor: "La Prescripción Penal", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición

actualizada, año dos mil cinco, página 90; y Manuel de Rivacoba: "El delito de usurpación y el problema de su prescripción", en Gaceta Jurídica N° 48, junio de mil novecientos ochenta y cuatro, página 3. Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de rapto, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, páginas 166 y 167, considerando 6° y Tomo LXVI, 1969, segunda parte, sección cuarta, páginas 234, reflexión 2°). 27°).- Que, en conclusión, la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, sólo puede operar, en la situación del delito en comento, una vez que este ha terminado, es decir, cuando ha cesado la prolongación de la consumación delictiva, lo que se produce exclusivamente cuando la víctima logra su libertad o bien cuando se produce su fallecimiento, circunstancias que no fueron demostradas no obstante haber sido efectivamente indagadas por el juez instructor y que, en consecuencia, revelan la prosecución de la etapa consumativa.

28°).- Que, sin perjuicio de lo anterior y tal como lo ha sostenido esta Corte en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la prescripción de la acción penal, como causal de extinción de la responsabilidad criminal, no impide otorgar la regla de atenuación de la pena, denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina y que se encuentra consagrada en el artículo 103 del Código Penal.

En efecto, si bien ambas instituciones se encuentran reguladas en un mismo título y sus consecuencias dependen del transcurso del tiempo, la contemplada en el citado artículo 103 constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y por tanto,

la hacen independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, la causal sexta de extinción de la responsabilidad penal, descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales de certeza jurídica y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su razón de ser en lo inconveniente que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello de

ben dejar de ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como los que se examinan, aunque el curso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, por casi 35 años a la fecha, no ocasiona la total desaparición de la necesidad de la pena, parece adecuado que el lapso transcurrido atempere la severidad del castigo.

En este contexto, no se advierte ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para aceptar su aplicación, desde que aquellos preceptos sólo limitan el efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Así, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla en razón del carácter imprescriptible de este tipo de delitos, consagrado por los Convenios de Ginebra, no existe razón de derecho que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la fecha de los hechos- los delitos pesquisados 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 los casos en análisis a partir del 30 de diciembre de 1974, fecha cierta que permite precisar el inicio del plazo que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

29°).- Que como resultado de lo relacionado previamente, procede reconocer, respecto de todos los acusados, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en el artículo 103 del Código sancionatorio, por cuanto el proceso estuvo paralizado por casi veinte años, entre el 24 de octubre de 1977, cuando quedó ejecutoriado el sobreseimiento temporal de la causa y el 06 de diciembre de 1996, cuando se reabrió el sumario, tal como consta a fojas 48 vuelta y 85 vuelta, respectivamente.

30°).- Que, asimismo, corresponde hacerse cargo de la apelación deducida a fojas 3161, por la abogada Loreto Meza Van Den Daele, en representación de la parte querellante y del Programa de Continuación Ley 19.123, en la parte que impugna el fallo en alzada por haber concedido a los sentenciados Moren, Krassnoff, Ferrer, Lauriani y Manzo la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, la que, a su juicio, no concurre, en síntesis, por cuanto los sentenciados favorecidos con la misma han negado su participación en el delito y no consta antecedente alguno que demuestre la existencia de una orden concreta recibida de parte de un superior jerárquico.

Con relación a ello, estos sentenciadores, discrepando de lo manifestado por el juez a quo en el considerando cuadragésimo quinto del fallo apelado, estiman que no es posible favorecer a los procesados aludidos en el párrafo anterior, con la minorante del citado artículo 211, por cuanto en el proceso no se ha logrado establecer la existencia de alguna orden de un superior jerárquico recibida por parte de los cinco enjuiciados que fueron beneficiados con ella, menos aún si aquellos han negado su responsabilidad en el secuestro del matrimonio Oyarzún Bojanic y por tanto, no reconocen haber obrado en cumplimiento de alguna instrucción superior.

Al respecto, es dable precisar que esta minorante, denominada "obediencia indebida", tiene lugar, fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214 del Código de Justicia Militar, tanto en los delitos militares como en los comunes, respecto de quien comete un hecho delictual, en cumplimiento de órdenes recibidas de un

superior jerárquico. Es decir, esta causal de atenuación opera cuando el inferior comete un delito militar o común, en virtud del acatamiento de una orden de un superior jerárquico que así se lo ordena, siempre y cuando ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida.

31°).- Que, en consecuencia, la morigerante del comentado artículo 211, se aplica de manera subsidiaria, para el caso que el delito se ejecute en virtud de una orden de jefatura, respecto de la cual no se cumple con alguno de los demás requisitos de la obediencia propia, los cuales, según lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar, son los siguientes:

1) Que emane de un superior.

2) Que sea relativa al servicio.

3) Que sea dada en uso de atribuciones legítimas.

4) Que si tiende notoriamente a la perpetración de un delito, que haya sido representada por el inferior e insistida por el superior.

Sin embargo y tal como lo sostiene el autor Renato Astrosa (Código de Justicia Militar Comentado, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1985, página 340), si bien a partir del carácter subsidiario de la atenuante, podría concluirse que esta opera cuando un subordinado comete un delito y falta alguno de los cuatro requisitos anteriores, ello no es así, en razón de que no puede faltar el presupuesto esencial en el que ella descansa, a saber, la existencia de la mentada orden del superior jerárquico.

De este modo, probar la existencia de la orden resulta indispensable para poder determinar la procedencia de esta minorante residual, pues sólo a partir de aquella es factible ponderar la no concurrencia de los requisitos que la hacen plausible como eximente. En este contexto, no cabe duda alguna que la negativa de los autores directos en orden a reconocer su responsabilidad en los hechos, impide saber no sólo la

existencia y términos precisos de la orden, sino también si aquellos representaron dicho mandato al superior o si al menos, estuvieron en condiciones de reclamarlo. Es decir, se precisa saber si los ejecutores gozaron o no de la posibilidad real de elegir, cuestión que resulta imprescindible para tener noticia acerca de la conciencia efectiva de la antijuricidad de la conducta por parte del subordinado.

En este sentido, se tuvo en consideración lo expresado por el autor Kai Ambos, en el acápite titulado "Sobre el efecto eximente del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional?", contenido en su obra Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Penal Alemán y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, en cuanto refiere que: "De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal, se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico -crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad- es permitida en casos individuales, ¿si la justicia así lo requiere? (Ambos, K., op. cit., página 138).

A su vez, a fin de concretar lo anterior, plantea dos situaciones en las que es posible aceptar una culpabilidad menor: cuando el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto del mandato o bien cuando su resistencia frente a la orden criminal es muy reducida. Y en relación a este último caso, agrega que si: el subordinado, habiendo reconocido la antijuricidad de la orden, sin embargo, la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Asimismo, postula que en ambos casos, se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución (Ambos, K., op. cit., página 139).

En síntesis, el mencionado autor sostiene que: Desde el punto de vista del derecho penal, el reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, plantea siempre una cuestión de reproche individual por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error



de prohibición),

se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Sin embargo, todas estas cuestiones de orden fáctico y que constituyen presupuestos para discutir la procedencia o no de la atenuación, tal como ya se ha dicho precedentemente, no han podido ser establecidas como ciertas en este proceso, en especial, en razón de la negativa de los acusados. Es decir y dejando a un lado la posibilidad de que hubieran confiado en la legalidad de la orden, dado que la detención y encierro clandestino de personas era una conducta abiertamente ilegal, más aún dado el contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas en que se produjeron, en la especie tampoco se probó -y la negativa de los acusados profundizó aún más dicha carencia-, si los ejecutores representaron o no la orden a su superior o bien si aquellos temían sanciones considerables al rechazarla y en consecuencia, no se supo si en la situación concreta tuvieron la posibilidad de actuar conforme a la norma o no, circunstancia esencial para poder decidir la concurrencia de esta minorante que, como se dijo, tiene un carácter residual o subsidiario a la obediencia debida.

32°).- Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que favorece al total de los sentenciados sólo la morigerante del artículo 103 del Código Penal, en conjunto con la del artículo 11 N° 6 del mismo texto legal, reconocida respecto de todos ellos en el motivo cuadragésimo cuarto del fallo en alzada, sin que los afecte agravante alguna.

33°).- Que en el caso de Contreras Sepúlveda, en la determinación del quantum del castigo, se tendrá en consideración, que ha resultado condenado como coautor de dos delitos de secuestro calificado, en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, toda vez que en su

condición de Director General de la Dirección de Inteligencia Nacional, se concertó con los miembros de la misma, dispuso las acciones de sus oficiales subalternos y facilitó los medios para la ejecución de los ilícitos, tal como se expresa en el motivo décimo tercero del fallo apelado. Ahora bien, la pena base correspondiente a cada ilícito, que a la época de los hechos era de presidio mayor en cualquiera de sus grados, elegida una cualquiera de ellas será rebajada por aplicación de las dos circunstancias atenuantes que lo benefician, sin que le perjudique agravante alguna, pero sólo en un grado en razón de la forma en que fue condenado, sanción que luego se aumentará en otro grado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 509 inciso segundo del Código de Enjuiciamiento Criminal, por la reiteración de delitos, conforme con lo cual se llega a una pena única enmarcada en el presidio mayor en su grado mínimo.

34°).- Que, a su vez, en cuanto a Moren Brito, Krassnoff Martchenko, Ferrer Lima y Lauriani Maturana, se tiene presente que han sido castigados como coautores directos e inmediatos de dos delitos de secuestro calificado en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal. De este modo, la pena base correspondiente a cada ilícito, que a la época de los hechos era de presidio mayor en cualquiera de sus grados, elegida una cualquiera de ellas para la determinación de la pena base, se rebajará en dos grados, por el efecto que se le concede, respecto de estos sentenciados, a las dos circunstancias atenuantes que los benefician, sin que les afecte agravante alguna, para luego aumentarse en otro grado, por la reiteración de delitos, de acuerdo al ya citado inciso segundo del artículo 509. En virtud de lo anterior, se obtiene una sanción única a aplicar, para cada uno de estos enjuiciados, de presidio menor en su grado máximo.

35°).- Que, en el caso de

Manzo Durán, quien resultó condenado como cómplice de dos delitos de secuestro calificado, en los términos del artículo 16 del Código Punitivo, en primer término, debe rebajarse la pena base, el tramo menor de uno cualquiera de los delitos cometidos, en un grado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal. Luego

de ello, la sanción se reducirá en dos tramos más, por el efecto que se produce a su respecto por las dos circunstancias atenuantes que lo benefician, sin que le afecte agravante alguna. Finalmente, por la reiteración de delitos, se aumentará en un grado la sanción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, obteniendo así, como pena única a imponer a este procesado, una sanción de presidio menor en su grado medio. 36°).- Que conforme a lo expresado, tanto en esta sentencia como en la de casación que la precede, aparece de manifiesto que este tribunal comparte parcialmente las opiniones del Ministerio Público Judicial, vertidas en su informe de fojas 3180 a 3181, en cuanto estuvo por confirmar íntegramente la decisión en alzada, discrepándose en relación a la extensión del castigo, en los términos antes referidos, siendo además, incorrecto lo allí planteado en torno al recurso de casación en la forma deducido por el apoderado del procesado Ferrer Lima, por cuanto dicho arbitrio fue declarado extemporáneo, según rola a fojas 3169 y por tanto, no correspondía pronunciarse a su respecto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 53 y 103 del Código Penal, 509 y 514 del Código de Enjuiciamiento Penal, 418 del Código de Justicia Militar, lo establecido en el Decreto Ley N° 5° de 1973 y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, SE DECLARA:

I.- Que se confirma la sentencia apelada de fecha dieciocho de diciembre de dos mil seis, que rola de fojas 2983 a 3106, salvo en lo referente a la condena de Osvaldo Enrique Romo Mena, respecto de la cual no corresponde emitir pronunciamiento en atención a su fallecimiento ocurrido con posterioridad a la expedición del fallo apelado, CON DECLARACIÓN:

a).- Que, el procesado JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, queda condenado a la pena única de DIEZ AÑOS de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación

absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de un sexto de las costas de la causa, en su calidad de coautor de dos delitos de secuestro calificado en las personas de Cecilia Bojanic Abad y Flavio Oyarzún Soto, perpetrados en la ciudad de Santiago, a partir del dos de octubre de 1974.

Por no cumplir con los requisitos legales, atendida la extensión de la pena impuesta, no se le concede a Contreras Sepúlveda beneficio alguno de los contemplados en la ley 18.216, por lo que deberá satisfacer la sanción corporal en forma efectiva, en los términos y con los abonos dispuestos en el punto VII de lo resolutivo del fallo en alzada.

b).- Que, los procesados MARCELO LUIS MANUEL MOREN BRITO, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA y FRANCISCO MAXIMILIANO FERRER LIMA, quedan condenados a sufrir, cada uno de ellos, la pena única de CUATRO AÑOS de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a enterar un sexto de las costas del litigio, en su calidad de coautores de dos delitos de secuestro calificado en las personas de Cecilia Bojanic Abad y Flavio Oyarzún Soto, perpetrados en la ciudad de Santiago, a partir del dos de octubre de 1974.

Atendida la extensión de la pena impuesta, el hecho de que los sentenciados antes señalados gozan de irreprochable conducta anterior y el largo tiempo transcurrido desde la comisión del hecho punible, se estima que aquellos cumplen con los requisitos legales para acceder a la medida alternativa consistente en la libertad vigilada, sin que sea óbice para otorgar dicho beneficio la ausencia de informes presentenciales, por cuanto éstos no son indispensable al no ser vinculantes para el tribunal, conforme con lo cual se les concede la referida medida, con un plazo de observación igual al de la pena impuesta a cada uno de ellos, los que, en todo caso, deberán dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 17 de la Ley

Nº 18.216.

Para el caso que los condenados Moren Brito, Krassnoff Martchenko, Lauriani Maturana y Ferrer Lima deban cumplir la sanción corporal en forma efectiva, les servirán de abono los periodos que se indican, respectivamente, en los acápites VIII, IX, X y XI de lo decisorio del fallo apelado.

c).- Que, el procesado ORLANDO JOSÉ MANZO DURAN, queda condenado a sufrir la pena única de TRES AÑOS de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a enterar un sexto de las costas del litigio, en su calidad de cómplice de dos delitos de secuestro calificado en las personas de Cecilia Bojanic Abad y Flavio Oyarzún Soto, perpetrados en la ciudad de Santiago, a partir del dos de octubre de 1974.

Atendido la extensión de la pena impuesta, la ausencia de condenas pretéritas, la calidad en la que ha sido condenado y el largo tiempo transcurrido desde la comisión del hecho punible, se concede a Manzo Durán el beneficio de la remisión condicional de la pena, previsto en el artículo 4 de la Ley 18.216, con un plazo de observación igual al de la presente condena, debiendo cumplir con las demás exigencias que establece el artículo 5 de la mencionada ley.

Para el caso que el enjuiciado Manzo Durán deba cumplir la sanción corporal en forma efectiva, le servirá de abono el periodo que se indica en el párrafo segundo del acápite XII de lo resolutivo de la sentencia en alzada.

II.- Que se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de fecha catorce de noviembre de dos mil siete, escrito a fojas 3229, decretado por la muerte del sentenciado Osvaldo Enrique Romo Mena.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal alegada como causal de extinción de la responsabilidad penal y declararla a favor de todos los acusados y, por tanto, absolverlos, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1º.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha

de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias?”.

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano, toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146ª, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2º.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia -como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro

privándole de su libertad, pero cuya consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual se deduce que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria, sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

De ser de este modo, surge para estos disidentes la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?.

3°.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una, denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castigaba con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados". Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible, basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que, los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 30 de diciembre de 1974. De esta suerte, los jueces pueden a partir de este hecho claro y evidente, dictar

sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible por terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, sea vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello, conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4°.- Que, este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal -en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141-, el cual es del siguiente tenor:

?Artículo 163.

1.- El particular que

encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.?

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), explica que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?? ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción



con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que: "por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea", y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo han estimado (Prats, J., op. cit., página 144).

5°.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles

graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

6°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. Tales convenios 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 luche conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar

organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en 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 ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

A su vez, Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro ?La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos?, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que ?para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las

fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...?.

Por su parte, el II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección

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

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre

que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

Por lo exp resado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establec

ido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

De este modo, no se ha acreditado que en la época en referencia haya

existido en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 -día en que se dictó el Decreto Ley N° 5-, existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos de dicha resolución. Por ello, el decreto en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 2°, 3°, 4° y 5° del fallo de mayoría, relativos al estado de guerra interna a la época de los hechos y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los ilícitos existía un ?conflicto armado no internacional? y por tanto, no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los episodios delictuales en estudio;

Igualmente, corresponde agregar que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. ?En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ?ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente?, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban?.

Asimismo, los disidentes -al igual que lo manifestaron en los autos Rol N° 2079-06- estiman pertinente citar, a efectos de entender más

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

7°.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de l os acusados de los secuestros calificados de Cecilia Bojanic Abad y Flavio

Oyarzún Soto y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller, en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada ?media prescripción? y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que, en la situación de autos, no es factible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque no es posible

computar el plazo necesario para la prescripción de la acción penal, ya que por la naturaleza de los delitos que en el proceso han quedado establecidos -de consumación permanente- se carece de un hecho cierto a partir del cual se pueda precisar el comienzo de ese término, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal. De esta manera, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11 N° 6 del cuerpo legal citado, respecto de todos los condenados, razones que justifican confirmar la sentencia en alzada, con declaración de que se le impone a todos los procesados, una pena única, por los dos delitos de secuestro calificado, de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados - por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a aquellos, sin producirse acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos - Sres. Rodríguez y Künsemüller- no aceptan la concurrencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero -Sr. Dolmestch- sí la aplica, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto, reconociendo ahora el Ministro señor Ballesteros a los procesados el instituto de la media prescripción, para lo cual se fundó en la circunstancia de que si bien estuvo por absolverlos, por estimar aplicable la prescripción total de la acción penal, ello no lo inhibe y al contrario, resulta del todo consecuente, una vez desechada dicha excepción y resuelta la condena, sumarse al voto que reconoce el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por la concurrencia de la norma del citado artículo 103.



Debido a lo anterior, se efectuó una nueva votación, en la que tampoco se logró mayoría sobre el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar a los procesados sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de reconocer tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantuvo su decisión de absolverlos por concurrir la prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, en tanto los ministros señores Rodríguez y Künsemüller, su posición de rechazar esta última morigerante especial. En tales condi-

ones, el ministro señor Segura, quien reconoce la vigencia y efectos plenos de la prescripción, en tanto eximente de la responsabilidad penal y motivo de absolución -como ocurre en el caso de autos-, e igualmente acepta la total vigencia de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, por cuanto se encuentra vinculada directa e ineludiblemente con la prescripción completa, en cuanto le da su razón de existencia, sin que, por tanto, pueda considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable a los procesados, de manera que concurrió con su voto a la postura que estima aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida al respecto y se formó la mayoría necesaria que se

requiere para dictar sentencia.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Ballesteros y de la disidencia y prevenciones, sus autores.

Rol N° 3378-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Kunsemüller L. No firma el Ministro Sr. Kunsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

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