

Sentencia de reemplazo.

Santiago, dieciocho de mayo de dos mil diez.

En cumplimiento a lo prevenido en el fallo precedente y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, en relación al 535 de su homónimo penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos decimotercero, decimocuarto, decimoquinto, decimosexto y decimoséptimo, que se eliminan.

De la sentencia anulada con esta fecha, se reproducen sus fundamentos 1° en sus letras a), b) y c); 2°, 3°, 8° y 9°.

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

PRIMERO: Que según reiterada jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, el delito de secuestro, cuyo sujeto pasivo corresponde en este proceso a Miguel Antonio Figueroa Mercado, tiene el carácter de delito de lesa humanidad y, por ende, no procede invocar la amnistía como una causal extintiva de la responsabilidad penal

Que, a la época en que ocurrió el hecho que da origen a este proceso, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna, realidad que es suficiente para concluir que en Chile existía un ?c onflicto armado no internacional?, en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra ? aplicables en este caso, al

haber sido ratificados por el Estado mediante Decreto Supremo Nro. 752, de 5 de diciembre de 1950, publicados en el Diario Oficial de 17,18,19 y 20 de abril del año siguiente- pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son ante todo seres humanos y ni siquiera la guerra puede privarlos de la mínima consideración que el respeto a la dignidad del individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que resulten los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos en el entorno bélico, sin sujeción al derecho y sin respetar normas mínimas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias. Que, en consecuencia, como efecto de la plena aplicación que reciben en este caso los Convenios de Ginebra, los Estados contratantes, en el evento de un conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, están obligados- de acuerdo al artículo 3º común - a dispensar un trato humanitario a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluídos los miembros de la 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 en cualquier tiempo y lugar : ? a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal ,especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.? Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hay an de imponerse a las personas que cometen, o dar

orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio, obligándose también los Estados, a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias a fin de que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre d

efensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra; en el artículo 147 describe lo que se entiende por contravenciones graves, entre ellas, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

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.

SEGUNDO: Que si bien es cierto, los Estados pueden, en ejercicio de su soberanía, amnistiar los delitos que se cometan en su territorio y estén sometidos a su potestad punitiva, no es menos que si se ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional vinculante, como en el caso que nos ocupa, no es lícito sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los mencionados Convenios, suscritos y ratificados por nuestro país, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos; no resulta justificable que, hallándose sometido a ellos, el

ordenamiento nacional eluda su acatamiento invocando la legislación ordinaria.

Que en la perspectiva señalada, la ley de amnistía dictada por la autoridad de facto que asumió el Mando Supremo de la Nación?, Decreto Ley 2191, puede ser caracterizada como un acto de autoexoneración de la responsabilidad criminal derivada de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, puesto que se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder, asegurando de esta manera la impunidad de los culpables, conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra. Que, por consiguiente, y como se ha decidido en numerosos fallos anteriores de este Tribunal, el Decreto Ley mencionado ha de ser interpretado en un sentido conforme a los convenios protectores de los derechos fundamentales del individuo y sancionatorios de los graves atentados cometidos en su contra durante la vigencia de ese cuerpo legal.

TERCERO: Que, asimismo, y habiéndose calificado en el motivo octavo del fallo que se revisa y se ha tenido por reproducido, el injusto investigado en autos como delito de lesa humanidad o crimen contra la humanidad, de conformidad a la normativa internacional que en ese mismo razonamiento se expresa, el ilícito en cuestión es imprescriptible, lo que conduce también al rechazo de la respectiva excepción alegada por la defensa del procesado. En efecto, el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección de 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 delitos regidos por el Derecho Penal Internacional, sino también la prohibición de aplicar el orden jurídico interno en cuanto a las causales extintivas de la responsabilidad criminal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1º, 3º y 147 de esa normativa internacional, protectora de los derechos

esenciales de la persona humana, los que sancionan ,en todo tiempo y lugar, entre otros hechos, la detención ilegal, perpetrada en caso de conflicto armado sin carácter internacional, situación en la que enmarca el caso en examen.

Que la referida prohibición de autoexoneración no atañe únicamente a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder se han valido de l a situación ventajosa en que se encontraban para consagrar extinciones de responsabilidad, como ocurre con las amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como p.ej.,la prescripción de la acción penal, concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales el Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

CUARTO: Que, de acuerdo con lo anterior, y siendo obligatoria para el orden jurídico chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, procede rechazar la prescripción de la acción penal invocada en la especie, que busca impedir la sanción de los responsables de graves violaciones a esos derechos.

En tal virtud, no resulta necesario abundar en consideraciones referidas al carácter de delito permanente que reviste el cometido en la persona de Miguel Antonio Figueroa Mercado - y que es reconocido por la generalidad de la doctrina - peculiaridad que determina la imposibilidad de iniciar el cómputo del plazo requerido para la prescripción aludida, antes de que finalice el estado antijurídico originado por la conducta del agente ,que perdura en el tiempo y sólo puede tenerse por finalizado una vez que el secuestrado ha recuperado su libertad ambulatoria o se ha acreditado formalmente su deceso.

La distinción entre delitos instantáneos y permanentes, reviste entre otras particularidades prácticas, la de que el cómputo del tiempo necesario para la prescripción de la acción penal sólo puede iniciarse una vez que ha concluído el atentado al objeto jurídico del delito de secuestro, provocado por la privación ilegítima de la libertad de

desplazamiento del sujeto pasivo.

Desde el momento que no aparece comprobado en autos que el ilícito haya dejado de cometerse, sea por haber sido dejado en libertad el ofendido, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en el evento de haber ocurrido ésta, no cabe aplicar la prescripción de la acción penal.

QUINTO: Que tal como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es caus al de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, que es una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. De acuerdo al inciso primero del artículo 103 del Código Penal, concurriendo las exigencias que establece, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 de dicho estatuto, sea en la imposición de la pena, sea para disminuirla ya impuesta. Por lo tanto, el castigo del delito subsiste y éste no queda en la impunidad, efecto que la prohibición de la prescripción en cuanto eximente, pretenden evitar las normas de Derecho Penal Internacional invocadas en los motivos anteriores.

La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión

prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

En todo caso, la disposición del artículo 103, al remitirse a los artículos 65, 66, 67 y 68 del estatuto punitivo, otorga una facultad al juez para disminuir o no el quantum de la sanción, ya que esas disposiciones utilizan las expresiones "podrá" y "puede", refiriéndose a la atribución concedida al tribunal.

Esta Corte Suprema ha acogido en diversos fallos la institución de la media prescripción en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, así v.gr., en los autos roles 6188-06, 1.489-07, 1.528-06, 3.587-05, 559-04, 879-08; 2.422-08 y 6105-08.

SEXTO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

SEPTIMO: Que, en lo pertinente al caso en estudio, el delito indagado se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época del hecho punible cometido, cuya penalidad era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Que conforme a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes, en el término de diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar que el ilícito se cometió en el mes de septiembre de 1973 y se dio inicio al procedimiento en el año 2002, de modo que transcurrió con creces el término necesario para el reconocimiento de esta atenuante de responsabilidad, de modo que procede acogerla a favor del acusado.

OCTAVO: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que favorece al acusado la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Penal, reconocida en el veredicto en alzada, y la contemplada en el artículo 103 del Código Penal, que se le acuerda en este fallo, sin que le afecte agravante alguna. En consecuencia, el tribunal debe apreciar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agrava nte y aplicar, en este caso, la regla del artículo 68, inciso 3°, del mismo cuerpo legal que faculta imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias, resolviendo esta Corte que se disminuirá en dos grados al mínimo legal la penalidad contemplada para el delito en cuestión.

NOVENO: Que, de la forma que se ha señalado, se discrepa de lo informado por el Sr. Fiscal, a fs. 1354, quien está por confirmar la sentencia absolutoria de primer grado, pero encuadrando los hechos establecidos en el artículo 148 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara que se revoca la sentencia ap

elada de dieciocho de julio de dos mil ocho , escrita de fojas 1192 a 1299, en cuanto por ella se acogió la excepción de prescripción de la acción penal, absolviéndose al acusado y en su lugar se decide que ella queda rechazada y, por lo tanto, se condena a Claudio Abdón Lecaros Carrasco, por su responsabilidad como autor del delito de secuestro calificado de Miguel Antonio Figueroa Mercado, cometido en el mes de septiembre de 1973, a tres años de presidio menor en su grado medio y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas de



causa.

Por cumplirse los requisitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se concede al condenado el beneficio de la remisión condicional de la pena, fijándosele como plazo de observación el mismo lapso de la sanción privativa de libertad impuesta, debiendo cumplir las demás obligaciones establecidas en el artículo 5° de esa normativa; para el caso que deba cumplir efectivamente la pena remitida, le servirá de abono el tiempo que estuvo privado de libertad en esta causa, de acuerdo a lo que se le reconoce en el fallo recurrido.

Acordada la condena penal del acusado contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia y, en su reemplazo, absolver al acusado, acogiendo la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la respectiva defensa. Para así decidirlo, tienen en consideración lo siguiente:

1.- 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 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2.- 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 su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen 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 a 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).

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 castiga 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. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si 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.- 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. Reza: ?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.

5.- 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.), comenta 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 ha estimado (op. Cit, página 144).

6.- 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.

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: "Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 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. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación 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.

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

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenía vigencia a la época de los delitos investiga

dos, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El 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 para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros



y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un ?conflicto armado no internacional?, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio; Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ?ninguna Alta Parte contratante tendrá 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 pre

cedente?, 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. (causa Rol Nº 457-05 , Rol Nº

2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol N° 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro ?La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 1998 Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo ?han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 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? (pág. 44)

8.- 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 del acusado del secuestro calificado en la persona de Miguel Antonio Figueroa Mercado, y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que, en lo penal, el ministro señor Künsemüller, no acepta el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su admisión, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque - como lo ha expresado en

varios fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente del ilícito que en el proceso ha quedado establecido, resulta impracticable precisar el comienzo de ese término, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada; en tal virtud, para regular la sanción que deberá imponerse al encausado por el delito de secuestro a que ha sido condenado, sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11 N° 6°, del Código Punitivo y, por ende, corresponde imponer al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con sus accesorias pertinentes y el pago de las costas del juicio.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, en cuanto a la fracción penal, específicamente sobre el quantum o entidad de la pena, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar al encausado, por tres votos contra dos, los Sres. Dolmestch, Künsemüller y Hernández estuvieron por sancionar y los Sres. Segura y Ballesteros por absolver al acusado, por lo que dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre la cuantía de la pena que deberá imponerse a éste, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos - el Sr. Künsemüller - no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción respecto de los delitos de secuestro, mientras que los dos restantes - Sres. Dolmestch y Hernández - sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y, en esta etapa del acuerdo, el Ministro señor Ballesteros reconoció al procesado la atenuante de la media prescripción, manifestando que si él estuvo por absolverlo, al adoptarse la resolución de condena o absolución, por aplicación de la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción, dicha decisión no es óbice para que en esta etapa de regulación del quantum de la condena, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, se sume al voto tendiente a reconocer el derecho de los citados acusados a que se les rebaje la pena por la aplicación del artículo 103 del Código Penal.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el ministro señor Carlos Künsemüller L. y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 3302-09.

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

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

En Santiago, a dieciocho de mayo de dos mil diez, 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.