

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, once julio de dos mil once.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, y de la decisión que precede, se dicta el siguiente edicto de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los basamentos vigésimo tercero, trigésimo séptimo, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo primero, cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto, y de las referencias a los artículos 28, 30 y 68 bis del Código Penal, que se eliminan.

En el razonamiento trigésimo segundo se sustrae su párrafo cuarto.

En el fundamento trigésimo sexto se suprime, en su acápite tercero, la frase que comienza con "teniendo en cuenta" hasta el punto (.) aparte y se sustituye la coma (,) que la antecede por un punto (.) aparte. En el segmento primero se intercala, antes del nombre "Manuel Andrés Carevic Cubillos" el de "Hugo Hernández Valle", antecedido por una coma (,).

En el raciocinio trigésimo octavo se interpone, antes del nombre "Manuel Andrés Carevic Cubillos", el de "Hugo Hernández Valle", precedido por una coma (,) y se reemplaza la expresión "le es más favorable sancionarlo" por "les resulta una condena menor".

Asimismo, del veredicto previamente anulado, se repiten sus motivos

primero, tercero, quinto y séptimo.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que con lo dicho en el considerando primero del laudo invalidado, y que se ha reproducido, estos sentenciadores dan por acreditada la participación de Hernández Valle en los injustos reiterados que motivaron la acusación particular, y que están claramente establecidos en el proceso, en la calidad de autor que allí se indicó y respecto de las víctimas Soto Cerna, Mahuida Esquivel y González Mella, por lo que denegará la solicitud de absolución impetrada por su defensa.

Igualmente, se desestimarán las excepciones de amnistía y prescripción de las acciones penales, considerando los argumentos dados al efecto por el a quo, que también se repitieron, así como también las eximentes de responsabilidad de los números 8°, 9° y 10° del artículo 10 del Código Penal, esto es, que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causó un mal por mero accidente, o que obró violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable, o que obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, pues no se demostraron los supuestos fácticos que las constituyen, sin que sean suficientes elementos de convicción las elucubraciones teóricas expresadas en la acusación; y por lo que toca a las mitigantes invocadas, se acogerá la de irreprochable conducta anterior, en virtud de presentar un extracto exento de anotaciones penales pretéritas y de lo declarado por los testigos que deponen en su favor a fs. 1343 y 1344, desechándose las demás pedidas, por no reunirse los requisitos exigidos por el legislador para su configuración como eximentes incompletas (N° 1 del artículo 11 del Código Penal), en conexión con las eximentes mencionadas del artículo 10 de este estatuto, ni la minorante del N° 5° del artículo 11, es decir, haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le produjeron arrebatos y obcecación, cuyos ingredientes de hecho tampoco se probaron.

SEGUNDO: Que con arreglo a la realidad fáctica que se asienta en el fundamento 4º) del dictamen en alzada, se desprende que los

ofendidos Antonio Patricio Soto Cerna, Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella, fueron privados ilegítimamente de su libertad en la ciudad de Santiago, los días veinte, veintidós y veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se cometieron los delitos reiterados de secuestro en sus personas, por los cuales se ha incoado este sumario y desde entonces ha perdurado el estado antijurídico (el resultado). Lo que el tribunal no ha podido determinar, a pesar de

las pesquisas enderezadas en ese sentido y la falta de cooperación al efecto, consiste en esclarecer si tal afectación del bien jurídico cesó, sea porque las víctimas murieron o bien recuperaron su libertad en alguna ocasión posterior, por obra de los propios secuestradores u otras causas independientes de su consentimiento. De allí que no puede sino entender que subsiste la prolongación de la consumación iniciada con la detención de los ofendidos, sin que le fuera viable fijar un instante en el cual tal fase se detiene. En otras palabras, sencillamente la indagación ha podido constatar el comienzo de los secuestros, pero no ha sido posible verificar su finalización. El tribunal, como se dijo, investigó, aunque sin éxito, lo relativo al término de la privación de libertad que estima probada, lo que se tradujo en averiguar la eventual obtención de libertad o la muerte de las víctimas, sin que ambos extremos quedaran aclarados.

TERCERO: Que como tema inaugural parece imprescindible dejar en claro que, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumieron 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 posibles las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró,

interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra Nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en esa ocasión 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 con 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 compendio y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra?, situación que persistió por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, o sea, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

CUARTO: Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada era, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con ?bandos?, los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no reprimiendo hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquellos; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: ?Derecho Penal Militar?, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cu

atro, página 38). La situación posterior que siguió a los indicados estatutos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitarlos al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político, cuya intromisión se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar. En efecto, uno de los primeros síntomas del Derecho Penal autoritario que se introdujo en nuestro sistema jurídico consistió en privilegiar la seguridad nacional por sobre la libertad individual y sobre esta premisa, se incorporó al país en el mundo de la guerra, premuniéndose el gobierno de los inmensos poderes que esta legislación especial radica en el mando militar, que opera sin restricciones en los lugares y ocasiones que determina, y bajo este prisma los bandos autorizaron dar muerte en el acto a quienes atacaran u opusieren resistencia a las autoridades de facto. Por otra parte, sin perjuicio de hacer funcionar los tribunales militares en tiempo de guerra, con procedimientos muy concentrados en que los derechos de la defensa quedaron fuertemente disminuidos, la ficción de la guerra trajo aparejada la inmediata vigencia de tipos penales con muy elevadas sanciones y su aplicación a los ciudadanos que el régimen militar consideró sus adversarios, fijó arbitrariamente la fecha de las hostilidades y castigó así indiscriminadamente por actos anteriores a quienes reputó enemigos internos. Y no sólo eso, porque en la discusión del artículo 86 del proyecto del Acta Constitucional de 1978, en su tenor primitivo, que sustrae a los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia correccional de esta Corte Suprema, los comisionados señores Ortúzar (presidente) y Lorca y la señora Bulnes concuerdan en que la idea de la guerra ha cambiado. Antiguamente era un enfrentamiento entre dos Estados, de dos ejércitos. En la actualidad la noción es fundamentalmente diversa, porque nadie podrá decir que no existe guerra con la piratería aérea, que puede ser más peligrosa que dos ejércitos luchando fuera de los

centros urbanos. Y si se le diera el tratamiento de cualquier delito ocurrido en tiempo de paz, tal vez se dejaría sin el debido resguardo a principios como los de la seguridad y la defensa nacionales, los que, evidentemente, también han variado en su conceptualización. Y agrega el presidente que estos graves delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado tienen su origen, en realidad, en un enemigo externo que está dentro de la casa (sesión N° 333, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete, divulgada en el opúsculo del Colegio de Abogados de Chile, imprenta Montegrande S. A., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa, páginas 175 y 176).

QUINTO: Que, a la vez, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, condición expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. Aquél, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, apoyado en el Libro I, Título III de la aludida recopilación de leyes, decretó que ¿la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia? (artículo único). A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido ¿las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia? (considerando 1°), y que, ¿con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra? (fundamento 2°). Manifies

ta su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician ¿en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe?, que abarca a los prisioneros civiles (artículo 86, inciso segundo, del Código de Justicia Militar).

La peculiaridad de la oportunidad descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en

tales circunstancias surgen y a proclamar la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, concentrando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Corroboró la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyó toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre dentro de la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras sentencias, las que cita Enrique López B: "Jurisprudencia Constitucional ? 1950 ? 1979?", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta y cuatro, págs.. 113, 182 y 183; y aquellas pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633, de veintiuno de agosto; amparo N° 170, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro. Y culminó cuando el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

SEXTO: Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objetivo únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la hipótesis de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra, en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: "... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Siti o, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando `de hecho ella existiere. Los

casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho?. Luego continúa que: ?el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está `frente al enemigo, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan `emprendido los servicios de seguridad en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho enemigo?, a estar al ?frente del enemigo? implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?. ?Por lo tanto, la existencia de un ?enemigo interno? es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (?Plan Lanceta?, ?Plan Ariete?, ?Plan Cobr

a?, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo ?Lautaro?, ?Plan Trueno?, etcétera). Y es más, el mismo ?enemigo? habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ?Vanguardia Organizada del Pueblo? (VOP), ?Brigada Ramona Parra?, ?Brigada Elmo Catalán?, ?Frente de Trabajadores Revolucionarios? (FTR) y ?Movimiento Obrero Campesino? (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del ?enemigo interno?

señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...?. ¿Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual ésta sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile? (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

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

SÉPTIMO: Que, por lo demás, las autoridades a la sazón reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno, General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta (Antecedentes Históricos Jurídicos: años 1972 - 1973, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: "sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus

dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso?. ¿Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras estos grupos no fueran militarmente anulados?. ¿Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos?. En definitiva, razona que en cuanto a la ¿Legalidad el estado de guerra?,

¿la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe?. Por cierto la Armada de Chile, en su respectiva réplica al indicado Informe, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, asegura en su acápite C ¿Estado de guerra interna y tribunales en tiempo de guerra?, que la promulgación del Decreto Ley N° 5 se hizo indispensable desde que: ¿la acción de los grupos subversivos y terroristas organizados en cuadros paramilitares y dotados de armamentos y explosivos, gran cantidad de los cuales eran de origen extranjero, continuaban su acción sediciosa y antinacional en todo el país, especial gravedad tenía el hecho público y notorio, que la subversión contaba en su lucha revolucionaria con el debido apoyo de potencias extranjeras, lo que le daba, además, las características de un ataque foráneo a la integridad de nuestra patria y de sus instituciones fundamentales?. Para luego explicar que: ¿la guerra en general, de acuerdo con las definiciones usuales, es la desavenencia

y rompimiento de la paz entre dos o más naciones; es la lucha armada entre dos o más Estados o entre bandos de una misma nación. Cuando grupos paramilitares organizados, aplican la violencia armada como instrumento de acción política para alcanzar el poder, se configura una situación de guerra interna, de naturaleza irregular. El caso de Chile, en los años que siguieron al pronunciamiento del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, constituyó un ejemplo típico de un estado de guerra interna, en el que la Junta de Gobierno estaba permanentemente enfrentada a la enconada acción revolucionaria de grupos violentistas organizados, cuyo objetivo final era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la libertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad?. Concluye que ?En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan?.

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

penalidad más alta propia de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era ¿para todos los efectos de dicha legislación?, en otras palabras, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo

que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

NOVENO: Que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra, dado 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?. Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el

gobierno de turno calificara, 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 infringir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

DÉCIMO: Que tampoco es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la aludida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible después de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a los excesos y las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración e imprescriptibilidad respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya en esa época en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a los corolarios que se siguen de haber vulnerado la normativa que regula las conflagraciones bélicas en lo que atañe al tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctimas de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

UNDÉCIMO: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, torna competentes los tribunales militares en tiempo de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una alteración de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son tales que en tiempo de paz no tienen ni las más altas

autorida

des políticas o administrativas? (Renato Astrosa Herrera: ?Código de Justicia Militar Comentado?, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131). Semejant ecoyuntura de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como imprescindible contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

DUODÉCIMO: Que en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos de la mínima consideración que el respeto por el individuo exige. 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 restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

DÉCIMO TERCERO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables a los secuestros cometidos en las personas de Antonio Patricio Soto Cerna, Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cincuenta y uno, antes reseñados, cuyo artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades,

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

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

DÉCIMO CUARTO: Que, por lo tanto, 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, quedan vedados los recaudos tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renuncia a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, tiene particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

DÉCIMO QUINTO: Que, desde otro punto de vista, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

Efectivamente, los actuales ilícitos fueron efectuados 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 aquél que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se le 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 proyectada por los sublevados, garantizando 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 que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario.

DÉCIMO SEXTO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que los encartados

han tenido en los secuestros calificados de Antonio Patricio Soto Cerna, Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones susceptibles de adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional. Es así como el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su ?arresto ote y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y al debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; constituye, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como: ?una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad? (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal

al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que según se explicitó antes, los sucesos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad y de ellos deviene como lógico colofón la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los

hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

DÉCIMO NONO: Que, con todo, es útil anotar todavía que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechores, corresponde a lo que se denomina uno de los delitos de consumación permanente, noción que si bien es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunas hipótesis de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3° y 7° del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 del de procedimiento criminal y 165 de su homónimo Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se infieren 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 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.

Si el injusto queda consumado en un solo instante, en otras palabras, 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. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos 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 que haya demorado la ejecución, quedó consumado en la coyuntura 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 una oportunidad en que el autor se apropia de la cosa y entonces marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en una sola ocasión, 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 conducta es enterada en un momento determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos de consumación permanente son, en cambio, aquellos en que el proceso consumativo o mejor dicho, el resultado perdura en el tiempo. En ellos se produce también una oportunidad en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa acción. Tal es el caso del secuestro: el delincuente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello (consumación), pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede alargarse más o menos dependiendo de la voluntad del hechor. Es

ta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una acción susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 148, 217, 219, 224, N° 5°, 225, N° 5°, 292, 357 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuar" 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 cuál 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 Mac-Iver: "Derecho Penal Chileno", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos

setenta y cinco, páginas 316 a 319).

VIGÉSIMO: Que la consumación permanente se ve influida por el bien jurídico resguardado por el ilícito y por las modalidades de comisión. Por lo que concierne a aquél, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito, locomoción o ambulatoria, valorada como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o en comunidad, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su ubicación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto. En cuanto a las modalidades de comisión (?encerrar? o ?detener?), el injusto 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, se exige jurisprudencial y doctrinariamente un cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el ilícito.

Conceptualizado el delito de consumación permanente en la forma descrita, queda en evidencia que constituye un supuesto de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el evento de estos ilícitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, tratándose del delito de secuestro -uno entre los varios de consumación permanente que contempla nuestra legislación penal- el sujeto activo que incurre en el injusto comienza por desplegar una conducta, que el artículo 141 del Código Penal define como encerrar o detener, creando así 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 ocasión 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 manera que al producirse esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que entre las peculiaridades prácticas importantes que muestran los delitos de consumación permanente resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr, sino una vez que ha concluido la prolongación del resultado. Así lo enseña unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que: "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo". La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca que 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? (ob. cit. página 250; Gustavo Labatut, ob. cit. página 298; Luis Cousiño Mac-Iver, ob. cit. página 317. En el mismo sentido, Enríque 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 mil novecientos noventa y ocho, 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). Pero no es el único efecto, también es dable que mientras persiste la prolongación, es posible que se produzca una legítima defensa o que subsista la flagrancia y queda excluido el encubrimiento porque la cooperación opera a título de coautoría o complicidad. Igualmente, la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de ilícitos de consumación permanente 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 raptó, 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, mil novecientos sesenta, segunda parte, sección cuarta, páginas 166 y 167, considerando 6° y tomo LXVI, mil novecientos sesenta y nueve, segunda parte, sección cuarta, páginas 234, reflexión 2ª).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la prescripción en general, tanto relativa a aquella de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, opera, en el evento del injusto en comento, una vez que su resultado ha finalizado, conforme lo enseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma ?en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva? (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, página 167).

VIGÉSIMO TERCERO: Que, acorde con lo que se ha venido diciendo en las disquisiciones precedentes, encuentran los hechos descritos en el veredicto de primer grado su debida adecuación en la figura del secuestro calificado, corresponde ahora revisar la participación culpable que en ellos le cupo a los imputados, coincidiendo con los elementos incriminatorios consignados en el fallo recién mencionado, específicamente en sus razonamientos 7º, 8º, 10º, 11º, 13º, 14º, 19º, 20º y 22º), y en los considerandos 1º) del fallo anulado y 1º) de esta sentencia, en orden a estimar que Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, Manuel Andrés Carevic Cubillos, Risiere del Prado Altez España y Hugo del Tránsito Hernández Valle, intervinieron en calidad de autores en los términos del artículo 15, N° 3º, del Código Penal, los tres primeros y de acuerdo al artículo 15, N° 1º, del mismo cuerpo legal los dos últimos, en la comisión de los ilícitos, cuyos ofendidos fueron Antonio Patricio

Soto Cerna, Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella perpetrados a partir del veinte, veintidós y veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, probada la participación punible de los agentes citados precedentemente, en los injustos que se les reprocha, importa ahora hacerse cargo de las morigerantes de responsabilidad criminal que pudieran favorecerlos, sin que obren agravantes que les perjudiquen.

VIGÉSIMO QUINTO: Que por lo pronto, opera a favor de cada uno de los convictos, la mitigante de su irreprochable conducta pasada, que no se procederá a calificar, debido a la inexistencia en autos de antecedentes que permitan efectuar esa determinación, estándose en esta materia a lo resuelto en el fallo en alza y que ha sido reproducido.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, a la vez, se acogen las peticiones subsidiarias impetradas por las defensas de Iturriaga, Carevic, Contreras y Hernández, en el sentido que beneficia a cada uno de ellos la prescripción gradual o media prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal, que a pesar de no conseguir la extinción de la responsabilidad criminal, a la inversa, alcanza a configurar la atenuante denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, lo que se extiende de oficio al hechor Altez, quien aunque no la alegó, en vista del tenor perentorio de la disposición, este tribunal se encuentra conminado a reconocerla.

En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, como lo enseña la doctrina (Gustavo Labatut G.: ?Derecho Penal?, tomo I, novena edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, N° 210, pág. 218; y Gustavo y Gastón González P.: ?De las circunstancias atenuantes y agravantes ? Ley, doctrina y jurisprudencia?, Editorial Samver, Concepción, N° 25, págs.. 118 a 120), pero independiente de la prescripción total, con fundamentos y

corolarios diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso; mientras que la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, resultando de su reconocimiento un castigo menor. Es así como en las hipótesis como las que se auscultan, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del escarmiento, nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante específica o especial muy calificada cuyos colofones inciden sólo en el rigor del castigo, pero deja entregado a la discrecionalidad del tribunal del fondo, disminuir en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley o, simplemente, abstenerse de hacerlo, ya que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado. Y por el carácter de regla de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Desde esta perspectiva no se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas disposiciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los períodos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para menguar la responsabilidad criminal que afecta a los inculcados,

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 data de los hechos- los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, lo que ocurre en las situaciones en análisis a partir de febrero de mil novecientos setenta y cinco, fecha cierta que permiten precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución en comento.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en el procedimiento relativo a la averiguación de los secuestros sub iudice, perpetrados a partir de los días veinte, veintidós y veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, la detención o encierro de los ofendidos Antonio Patricio Soto Cerna, Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella se prolongó por más de noventa días, lo que aconteció respecto de Soto Cerna el veintiuno de marzo; en lo que se refiere a Mahuida Esquivel el veintitrés de marzo y en relación a González Mella desde el veinticuatro de marzo, todos del año de mil novecientos setenta y cinco, y desde esa data hasta el veintinueve de agosto del año dos mil dos, momento en el cual se pidió la reapertura del sumario por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123, en armonía con la indagación por presunta desgracia de Luis Genaro González Mella - último de los injustos verificados- lo que se decretó el seis de diciembre de dos mil dos, como aparece de fojas 2733 del tomo VI de estos antecedentes, sin que afecte a ese cómputo la existencia del expediente N° 9542, rol del Cuarto Juzgado del Crimen de San Miguel, certificado como extraviado a fojas 2732 del tomo VI de estos autos y ordenado reconstituir por resolución que corre a fojas 2733, que fue sobreseído temporalmente por resolución de dieciocho de agosto de mil novecientos setenta y seis, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel el treinta de abril del mismo año, paralizando el procedimiento por más de tres años, a la luz del artículo 96 del Código Penal, por lo que se cumple de todas formas con los lapsos exigidos por el artículo 103 de ese estatuto, en lo que toca a cada uno de los

sujetos activos.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, por ende, del examen del litigio se desprende que contado el término de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del último de los hechos punibles, en el mes de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, hasta aquella en que se interrumpió ?el veintinueve de agosto de dos mil dos-, con la solicitud de reapertura del sumario formulada por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123, el período necesario para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad del delito de secuestro calificado, ha expirado con exceso frente a todos los plazos fijados al efecto por el artículo 94 del Código Penal, y como se trata de una norma de orden público el juez habrá de aplicarla aún de oficio, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que se hará en la forma que se especifica a continuación.

VIGÉSIMO NONO: Que para la regulación definitiva de las sanciones penales han de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

a) La sanción asignada al delito de secuestro calificado, descrito en el artículo 141, incisos primero y tercero, del Código Penal, a la época de ocurrencia de los hechos, era la de presidio mayor en cualesquiera de sus grados y el nivel de participación establecida en los hechos para los cinco enjuiciados es el de autores del artículo 15, N° 1°, del mismo ordenamiento, respecto de Altez España y Hernández Valle, y del 15, N° 3°, del señalado texto legal, en lo que se refiere a Contreras Sepúlveda, Iturriaga Neumann y Carevic Cubillos, por lo cual cabe determinar la penalidad asignada por la ley para el autor del delito consumado de secuestro calificado.

b) A cada uno de los cinco encartados les favorece la atenuante de su irreprochable conducta pretérita consagrada en el artículo 11, N° 6°, del Código punitivo, como se desprende de sus extractos de filiación y antecedentes, respectivamente, los que no registran anotaciones judiciales ni policiales previas a la presente causa.

c) Además, a todos ellos se les reconoce la minorante específica o especial calificada de la prescripción gradual, por lo que en definitiva

procede considerar los hechos como revestidos de tres o más morigerantes que benefician a los sentenciados, y desprovistos de agravantes.

TRIGÉSIMO: Que, no obstante, por haber incurrido Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, Manuel Andrés Carevic Cubillos, Risiere del Prado Altez España y Hugo del Tránsito Hernández Valle en reiteración de crímenes de la misma especie, como lo son los tres secuestros calificados, es preciso discernir el método con arreglo al cual se determinará el castigo, por lo que estos jueces se atenderán al régimen de la acumulación jurídica de las penas contemplado en el artículo 509, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, por corresponderles así una sanción corporal menor que con el sistema de la acumulación aritmética fijado en el artículo 74 del compendio sustantivo del ramo, lo que se desarrolla de la forma que sigue.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que es así como puede tomarse como base cualquiera de los secuestros calificados de que se trata, dado que en cada uno concurren en favor de cada agente a lo menos tres mitigantes, sin que los perjudiquen agravantes y entonces el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados asignado por la ley a dichos ilícitos en el instante de su perpetración, se reducirá en dos tramos desde el mínimo, con lo que esa sanción queda en presidio menor en su grado medio y con el aumento en un tramo, en virtud de la reiteración, se obtiene la penalidad definitiva de presidio menor en su grado máximo a infligir a cada uno de esos cinco inculcados, cuya extensión se determinará en lo resolutorio de este edicto.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que en la situación concreta sub lite, en que se ha atribuido intervención de autores a los encausados, para los fines de la aplicación postrera de la pena, procede distinguir el nivel real de participación de cada cual, considerando que se trata de una institución militar jerarquizada en que es posible ponderar el verdadero efecto en las decisiones de planificación, ejecución y eventual posibilidad de evitar la comisión del hecho.

En tales condiciones, y por aplicación de las reglas ya señaladas precedentemente acerca de las minorantes que contiene el artículo 103 del Código Penal, se impondrá a Contreras Sepúlveda la sanción mayor en el grado que corresponda, aunque en menor extensión respecto de los casos de quienes tenían a esa fecha, menor graduación, como son Iturriaga Neumann, Carevic Cubillos, Altez España y Hernández Valle.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, sea como fuere, se tiene en cuenta el mérito de las probanzas del proceso, y los elementos de juicio colacionados en primera instancia, se mantendrá la absolución, por falta de participación, del acusado Manzo Durán.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que de esta forma esta Corte se ha hecho cargo de la opinión manifestada en los informes del Ministerio Público Judicial, de fojas 4.798 A y 4.799, y el de fojas 4.802, donde propuso confirmar la referida decisión, así como aprobar el sobreseimiento parcial y definitivo de fojas 2.815.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 24, 26, 29, 47, 76, 103 y 105, inciso segundo, del Código Penal, 41, 485, 509, 514, 517, 529 y 534 del de Procedimiento del ramo, y 15 de la Ley N° 18.216, se REVOCA la sentencia apelada de diez de marzo de dos mil nueve, que se lee de fojas 4.612 a 4.730, sólo en lo relativo a la decisión III, que absolvió a HUGO DEL TRÁNSITO HERNÁNDEZ VALLE, y en su lugar, se le CONDENA, respecto de esos cargos criminales librados por el auto acusatorio de fojas 3.647, adhesiones y acusaciones particular de fojas 3.656 a 3.658, a sufrir tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos por el tiempo que dure la condena y al pago de las costas proporcionales del litigio, por su responsabilidad de autor de los delitos reiterados de secuestros calificados en las personas de Luis Omar Mahuida Esquivel, Antonio Patricio Soto Cerna y Luis Genaro González Mella, verificados en Santiago los días veinte, veintidós y veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Se CONFIRMA, en lo demás apelado y se aprueba, en lo consultado, el mismo veredicto, con las siguientes declaraciones:

I.- Que las penas impuestas a JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, en el resuelvo IV, se le sustituyen por la única temporal de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, así como a satisfacer proporcionalmente las costas de la causa, por su responsabilidad de autor de los mismos delitos reiterados de secuestros calificados en las personas de Luis Omar Mahuida Esquivel, Antonio Patricio Soto Cerna y Luis Genaro González Mella.

Por reunir los sentenciados JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS VALDEBENITO y HUGO DEL TRÁNSITO HERNÁNDEZ VALLE los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, precisamente en mérito de los antecedentes personales consignados por sus mandatarios y considerando el largo tiempo transcurrido desde la perpetración de los hechos punibles, se les concede a ambos la libertad vigilada durante el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un lapso similar al de la pena principal sufrida, por cada uno, debiendo los condenados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; a la vez solucionarán todas los condicionantes del artículo 17 de la referida ley, salvo las contenidas en la letra d), sobre la satisfacción de las costas impuestas por el fallo a los agentes como exigencia previa para gozar de la franquicia, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Si les fuere revocada la medida alternativa en referencia, purgarán la pena corporal inflingida, sirviéndoles de abono el tiempo que le reconoce el dictamen apelado, al segundo; y a Contreras Sepúlveda, el período de privación de su libertad desde el doce de marzo de dos

mil dos hasta el ocho de mayo del mismo año, según consta de las certificaciones de fojas 1268 vuelta y 1629.

II.- Que se reemplazan las penas aplicadas a RAÚL EDUARDO ITURRIAGA NEUMAN, MANUEL ANDRÉS CAREVI? CUBILLOS y RISIERE DEL PRADO ÁLTEZ ESPAÑA, en la decisión V, por la única temporal de presidio menor en su grado máximo por el término de tres años y un día para cada uno, accesorias de inhabilitación absoluta para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena y al pago proporcional de las costas, por su responsabilidad de coautores de los delitos reiterados de secuestros calificados que allí se indican.

III.- Se aprueba, asimismo, el sobreseimiento parcial y definitivo, que se lee a fojas 2.815.

Teniendo en consideración que los litigantes arribaron a la transacción, que se ordena agregar en copia de fojas 4.987 a 4.990, en lo que se refiere a la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en contra del Fisco de Chile por la actora Marialina del Rosario González Esquivel a fojas 3661 del tomo VIII de estos autos, que corroboran las actuaciones

es de fojas 4971, 4973 y 4974, en virtud de la cual la demandada se obligó a pagar a la actora la suma única y total de \$ 16.000.000 (dieciséis millones de pesos), debiendo soportar cada parte sus costas, conciliación que se tuvo por aprobada por resolución de veintiuno de enero pasado, que obra a fojas 4.975, y que, por tanto, puso término a este capítulo de la controversia, no se emitirá pronunciamiento acerca de la acción civil de fojas 3.661.

Sobre este punto se provee dicha copia de fojas 4.987, en los términos siguientes: a lo principal, estése al mérito de lo resuelto; al primer otrosí, téngase presente; al segundo otrosí, como se pide a costa del solicitante.

Se previene que el Ministro señor Dolmestch no comparte los considerandos segundo a décimo tercero, ambos inclusive, de este fallo de reemplazo, desde que, para fundar el carácter de delitos de lesa humanidad que revisten los investigados en autos, y su

consecuente imprescriptibilidad, son suficientes las razones dadas por el juez de primera instancia, reproducidas por la presente sentencia.

Se previene también que el Ministro señor Rodríguez no acepta el razonamiento vigésimo séptimo ni las frases de los basamentos segundo, desde las locuciones ?De allí que no puede? hasta el punto (.) aparte; en el acápite final del vigésimo sexto, desde las voces ?teniendo en cuenta para ello? hasta el punto (.) aparte; ni los fundamentos primero, vigésimo tercero y trigésimo, aquél en cuanto acoge la acusación particular contra Hernández Valle, en calidad de autor de los tres secuestros calificados, el que sigue porque sindic a al mismo Hernández como autor de esos ilícitos, y el último, por incorporarlo en una reiteración delictual improcedente en concepto del previniente.

Para ello tuvo presente las elucubraciones que pasa a exponer:

En cuanto a la media prescripción concurre a su acogimiento, a pesar de incidir en injustos en los que con anterioridad la desestimó, en razón de haber variado su percepción con un mejor estudio y reflexión acerca de este tema, por lo siguiente:

1°.- Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como ya se explicó, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consuma, pero el encierro o la detención (el resultado) empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

2°.- Que la cesación de ese estado antijurídico, a la inversa, puede o no depender del arbitrio del delincuente: así ocurre cuando devuelve al ofendido, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal).

Empero, también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados ?cursos salvadores?, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la

fuga de la propia víctima o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevivientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior inimputabilidad (enfermedad o ineptitud mental), o su incapacidad para levantar la prórroga del estado antijurídico, o la muerte de la víctima, conjetura esta última igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

3°.- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace tiempo los imputados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha imposibilidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello pro voca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto, contrariamente a lo que se afirma en las reflexiones que repudia parcialmente.

4°.- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro de los secuestrados, y en que los secuestradores perdieron el dominio de los hechos, más como la reapertura del sumario respecto de la investigación de la desaparición de González Mella se presentó recién el veintinueve de agosto de dos mil dos, como se desprende de fojas 2680 del tomo VI, entre ambas fechas han corrido más de diez años, lo que significa bastante más de la mitad del mismo lapso fijado a este propósito por el artículo 94, inciso tercero, del Código sancionatorio.

Sin embargo, también está acreditado que los secuestros se perpetraron bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los inculcados, aunque no impide considerarlos como la minorante consagrada en el artículo

103 del Código Penal, por los raciocinios contenidos en el fallo para sustentar la mitigante y que el previniente comparte.

En cuanto a la condena de Hernández Valle, estuvo por imponerle las penas de presidio menor en su grado medio por el término de quinientos cuarenta y un días y accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, en su carácter de autor del secuestro calificado en la persona de Antonio Patricio Soto Cerna, en atención a las disquisiciones desarrolladas a continuación:

5°.- Que a fojas 1.256 fue sometido a proceso Hernández Valle como cómplice del único delito de secuestro calificado en la persona de Antonio Patricio Soto Cerna y exactamente por ese solo hecho punible y participación, se libró acusación judicial en su contra a fojas 3.647, no obstante lo cual y en forma subrepticia, la asesoría jurídica de los acusadores privados agregó los secuestros calificados de Luis Omar Mahuida Esquivel y Luis Genaro González Mella, amén de elevar su intervención a la de autor de los tres ilícitos.

6°.- Que estas adiciones de injustos no comprendidos en el encausamiento ni en los cargos de oficio, resultan abiertamente ilegales e improcedentes, porque excedieron los términos del procesamiento, sin cumplir con el requisito previo establecido en el inciso postrero del artículo 274 del Código de Instrucción Criminal, que prescribe: ¿el juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurren las circunstancias señaladas?. Y se trata de una sentencia interlocutoria que ¿resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria?, en la especie, nada menos que la posterior acusación de oficio y/o privada, según los casos, para culminar con la sentencia definitiva. De allí su calidad de trámite esencial para el curso ulterior de la litis, del cual no puede prescindirse sin incurrir en grave irregularidad en su sustanciación, tesis que ha recogido la cátedra (José Quezada M.: ¿El Nuevo Proceso Penal Chileno?, Ediar Conosur Ltda., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa y uno, N° 193, págs. 229 y 230).

7°.- Que, al haberse omitido este trámite capital de la litis, mal pudo

admitírsele a la acusación particular hechos punibles ausentes del auto de procesamiento y de la acusación judicial, ni menos la sentencia otorgar validez y plena eficacia a semejante exceso para configurar una reiteración delictual carente de idoneidad para tales efectos, pues debió ceñirse exclusivamente al único cargo legalmente efectivo promovido contra Hernández.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller estuvo por desestimar el reconocimiento de la denomi-

nada ?media prescripción? y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello las opiniones por él manifestadas en otras sentencias anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente de los delitos que han quedado establecidos, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al ?tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena?, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse

mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes). Pues bien, ese decurso de un plazo, ha de tener, como ya se dijo, un momento de inicio, lo que no es posible fijar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado, dada su naturaleza de permanente, perdura o se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el estado antijurídico no puede continuar (SCS, 20.12.10, Rol Nro. 1198-10). En consecuencia, el previniente coincide en desestimar 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 procede acoger la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, por los razonamientos ya señalados precedentemente.

Como no es factible considerar la circunstancia atenuante antes mencionada, para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la prevista en el artículo 11, N° 6°, del Código Penal y, entonces, estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a los acusados ya individualizados, a las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias pertinentes y a las costas del j

uicio, para cada uno, por sus responsabilidades de coautores en los respectivos delitos de secuestro calificado en que intervinieron en calidad de autores, teniendo en cuenta la regla del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Acordada, la condena penal, con el voto en contra de los Ministros Srs. Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, revocar el fallo en revisión para absolver a los acusados JUAN MANUEL EDUARDO CONTRERAS SEPÚLVEDA, RAÚL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN, MANUEL ANDRÉS CAREVIC CUBILLOS, RISIERE DEL PLADO ALTEZ ESPAÑA y HUGO DEL TRÁNSITO HERNÁNDEZ VALLE, teniendo para ello en consideración las siguientes razones:

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, disposición que 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 de la época, 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 del hecho 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 irrelev

ante 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 sobre concurso 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 advertiera 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.- 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.), expresa 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. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, 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

o, 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, estos 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 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° 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.

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 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 tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no eran aplicables a la fecha de su comisión, por tanto no han 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 se permita 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. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca 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 Nº 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. Nº 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 punible 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 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. (Causa Rol N° 457-05, Rol N° 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 Pisagua 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 de los delitos de autos han transcurrido más de treinta y seis 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 Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, Manuel Andrés Carevic Cubillos, Risiere Del Prado Altez España y Hugo del Tránsito Hernández Valle acusados de ser autores de los ilícitos de secuestro calificado, cuyos ofendidos fueron Luis Omar Mahuida Esquivel, Antonio Patricio Soto Cerna y Luis Genaro González Mella, perpetrados en la ciudad de Santiago los días 20, 22 y 24 de noviembre de 1974, y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes, es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos punibles existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 6.- y 7.- anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Como colofón de todo lo antes relatado, en orden a la determinación de la pena definitiva aplicada a los procesados, se deja constancia que para resolver como se hizo, el tribunal adoptó las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Al existir mayoría legal para condenar a los encartados, con los votos de los ministros señores Rodríguez, Dolmestch y Künsemüller, se hizo aplicación al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, pero al discutirse sobre el quántum de la pena que deberá imponérseles, no medió acuerdo entre los jueces de mayoría, en atención a que uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que dos ministros sí la hacen efectiva, todo en la forma y por los motivos desarrollados en sus respectivos razonamientos y prevención.

Ante esta discordia, se llamó a votación sobre este punto y allí el ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada. Así, con los votos de los señores Rodríguez, Ballesteros y Dolmestch, se obtuvo la mayoría legal necesaria para lograr acuerdo respecto de la entidad de la pena, manteniéndose la disidencia del Presidente señor Segura y la prevención del ministro señor Künsemüller.

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

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de la prevención y disidencia, sus respectivos autores.

Rol N° 5.285-10. r

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de julio de dos mil once, 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.

