

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintidós de junio 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 pronunciamiento apelado, así como sus complementos de fojas 5.367 y 5.536, con excepción de los basamentos 58º), 59º), 66º), 68º), 69º), 79º), 80º), 81º), 82º), 83º), 84º), 85º), 86º), insertos en aquel inicial, los que se eliminan, como también los artículos 28 y 74 del Código Penal.

Se reproducen, asimismo, del laudo anulado, los ratiocinios primero a décimo.

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

PRIMERO: Que con arreglo al establecimiento de la realidad fáctica que se asienta en el fundamento 2º), del laudo en alzada, ha quedado acreditado que los ofendidos Claudio Francisco Thauby Pacheco y Jaime Eugenio Robotham Bravo fueron privados ilegítimamente de su libertad en la ciudad de Santiago, en horas de la tarde del treinta y uno de diciembre 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 consumación verificada 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 demostrar la iniciación de los secuestros, pero no ha sido posible comprobar 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 sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de las víctimas, sin que ambos extremos quedaran aclarados.

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

los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra Nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en 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 Código 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, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

TERCERO: 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, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no reprimiendo hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los indicados cuerpos 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 d

el 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).

CUARTO: 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 del aludido cuerpo de leyes, decretó que ¿la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia? (artículo único).

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido ¿las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, ¿con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra? (fundamento 2°). Manifiesta 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 pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 ? 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 ? 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

Y culminó cuando el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

QUINTO: 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 Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando `de hecho ella existiere?. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con a

nterioridad 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 situaci 'f3n que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?.

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

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (?Plan Lanceta?, ?Plan Ariete?, ?Plan Cobra?, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo ?Lautaro?, ?Plan Trueno?, etcétera). Y es más, el mismo `enemigo? habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), `Vanguardia Organizada del Pueblo? (VOP), `Brigada Ramona Parra?, `Brigada Elmo Catalán?, `Frente de Trabajadores Revolucionarios? (FTR) y `Movimiento Obrero Campesino? (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del `enemigo interno? señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...?.

?Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar

en qué momento exacto se inició la guerra en Chile? (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: ?Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra?, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

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

SEXTO: 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 es os 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?.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: 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 esta 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 3º en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

NOVENO: Que, por lo demás, no 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 entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a los corolarios que se s

iguen de haber vulnerado la normativa que regula las conflagraciones bélicas en relación con el 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.

DÉCIMO: 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 los más altas autoridades políticas o administrativas? (Renato Astrosa Herrera: ¿Código de Justicia Militar Comentado?, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

Semejante coyuntura 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.

UNDÉCIMO: 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 exist da 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 del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no 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.

DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables a los secuestros cometidos en las personas de Claudio Francisco Thauby Pacheco y Jaime Eugenio Robotham Bravo, 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 obliga a 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 inculpadados 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 TERCERO: 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 CUARTO: Que, desde otro punto de vista, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, hacen 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 QUINTO: 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 Claudio Francisco Thauby Pacheco y Jaime Eugenio Robotham Bravo, 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 concu

rente (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? 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 SEXTO: 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 SÉPTIMO: 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 OCTAVO: Que, con todo, cabe advertir 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°, 7° y 369 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 afianza 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, vale decir, 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 el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay 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 instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos de consumación permanente son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo o mejor dicho, el resultado perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación 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 dependiente de la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una 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 "continuare?" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio (Eduardo Novoa Monreal: ?Curso de Derecho Penal Chileno?, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

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

DÉCIMO NONO: 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 jurí

dico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito ?objeto material del mismo- y esta coyuntura 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: Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan 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 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; Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Página 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y dos, página 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición actualizada, año 1998, página 257; Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., año mil novecientos noventa, página 92; Gonzalo Yuseff Sotomayor: "La Prescripción Penal", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año dos mil cinco, página 90; y Manuel de Rivacoba: "El delito de usurpación y el problema de su prescripción", en Gaceta Jurídica N° 48, junio de mil novecientos ochenta y cuatro, página 3). 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 rapto, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo

LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, páginas 166 y 167, considerando 6° y tomo LXVI, 1969, segunda parte, sección cuarta, páginas 234, reflexión 2ª).

VIGÉSIMO PRIMERO: 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 éste ha terminado, conforme lo reseñado 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 SEGUNDO: 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, correspondiendo 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 5º), 6º), 8º), 9º), 11º), 12º), 14º), 15º), 17º), 18º), 20º), 21º), 23º) y 24º), en orden a estimar que Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Miguel Krassnoff Martchenko y Daniel Valentín Cancino Varas, intervinieron en calidad de autores directos e inmediatos en los términos del artículo 15, N° 1º, del Código Penal, en la comisión de los ilícitos, cuyos ofendidos fueron Claudio Francisco Thauby Pacheco y Jaime Eugenio Robotham Bravo, perpetrados a partir del 31 de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, probada la participación punible de los agentes citados precedentemente, en los injustos que se les reprocha, importa ahora hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad criminal que pudieran favorecerlos, sin que concurran agravantes que

les perjudiquen.

VIGÉSIMO CUARTO: Que por lo pronto, obra a favor de cada uno de los condenados, 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, y se aclara que si bien los prontuarios los acusados Cancino Varas (fs. 4.021), Contreras Sepúlveda (fs. 4.036), Espinoza Bravo (fs. 4.046), Wenderoth Pozo (fs. 4.051), Krassnoff Martchenko (fs. 4.055), Lauriani Maturana (fs. 4.062) y Moren Brito (fs. 4.1928), dan cuenta de la existencia de anotaciones, en algunos casos estas son posteriores a la ocurrencia de los hechos aquí pesquisados, y en otros dan cuenta de sentencias que adquirieron el carácter de firmes y ejecutoriadas con posterioridad a los ilícitos materia del presente sumario criminal, por lo que no afectan el reconocimiento de la minorante que se indica.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a la vez, se acogen las peticiones subsidiarias planteadas por las defensas de Espinoza, Wenderoth, Lauriani y Contreras, 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 a los hechores Cancino, Krassnoff y Moren, quienes aunque no la alegaron, en atención al tenor perentorio de la disposición, este tribunal se encuentra conminado a reconocerla.

En efecto, el señalad o instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y 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, en cambio, la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás,

pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor. Es así como en los casos como los 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 castigo, 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 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 su 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 reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar 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 los casos en análisis a partir de los meses de enero y febrero de mil novecientos setenta y cuatro, fechas ciertas

que permiten precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

VIGÉSIMO SEXTO: Que en el procedimiento sobre la investigación de los secuestros en estudio, perpetrados a partir del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, la detención o encierro de los ofendidos Robotham Bravo y Thauby Pacheco se prolongó por más de noventa días, lo que aconteció el uno de abril de mil novecientos setenta y cinco, y desde esa data hasta el cuatro de marzo de dos mil, momento en el cual se interpuso una querella criminal por parte de María Cecilia Thauby Pacheco, instruyéndose el sumario respectivo el dieciséis de junio de dos mil, conforme aparece de fojas 120 del tomo I de estos antecedentes, sin que afecte a ese cómputo la existencia del expediente N°693-95, rol del Segundo Juzgado Militar de Santiago, certificada a fojas 403 del tomo II de estos autos, la que finalizó con un sobreseimiento total y definitivo el siete de febrero de mil novecientos noventa y seis, confirmado por la Corte Marcial el siete de agosto 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 tiempos exigidos por el artículo 103 de ese estatuto, por lo que toca a cada uno de los sujetos activos. Tal límite tampoco sufre alteración con la dictación de los correspondientes autos de procesamiento emitidos el cinco de agosto de dos mil cinco, nueve de julio de dos mil uno y diecinueve de mayo de dos mil ocho, por resoluciones que corren a fojas 1.163, 2.591 y 3.840, de los tomos III, VII y XI, respectivamente, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de treinta años desde la ejecución de los injustos y el pronunciamiento de la primitiva resolución judici al, período que aumenta considerablemente en los demás casos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por ende, del examen del litigio, se desprende que contado el lapso de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del hecho punible, en el mes de abril de mil novecientos setenta y cinco, hasta aquella en que se interrumpió - el cuatro de marzo de dos mil-, con ocasión de la querella de María

Cecilia Thauby Pacheco, 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 OCTAVO: 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, previsto y castigado 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 siete sentenciados es el de autores del artículo 15, N° 1°, del mismo ordenamiento, 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 siete encartados les favorece la atenuante de su irreprochable conducta antelada contemplada en el artículo 11, N° 6°, del Código punitivo, como surge de sus extractos de filiación y antecedentes de Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Miguel Krassnoff Martchenko, Daniel Valentín Cancino Varas y Juan Contreras Sepúlveda, aparejados a fojas 1.928, 4.046, 4.051, 4.062, 4.055, 4.021 y 4.036, respectivamente, como se elucidó en el motivo vigésimo cuarto de este veredicto.

Y, además, aquella calificada de la prescripción gradual, por lo que en definitiva procede considerar los hechos como revestidos de tres o más morigerantes a favor de los convictos, y desprovistos de agravantes.

VIGÉSIMO NONO: Que, sin embargo, por haber incurrido Marcelo Luis

Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Miguel Krassnoff Martchenko, Daniel Valentín Cancino Varas y Juan Manuel Contreras Sepúlveda en reiteración de crímenes de la misma especie, como lo son los dos 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: 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 siete condenados, cuya extensión se determinará en lo resolutivo de este edicto.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, conforme a lo antes resuelto, esta Corte se ha hecho cargo de la opinión manifestada en los informes del Ministerio Público Judicial, que obran de fojas 5.353 a 5.358, y el de fojas 5.555, quien estuvo por confirmar, en lo apelado, y aprobar en lo consultado la referida sentencia, así como los sobreseimientos parciales y definitivos de fojas 1.800, 2.004 y 4.121.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en el segmento civil, estos sentenciadores comparten lo expresado en el fallo anulado del tribunal de alzada, reproducidos por el presente, en particular sus raciocinios quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, para desestimar la excepción de incompetencia

absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile a la pretensión reparatoria de los demandantes civiles dirigida en su contra; y también en cuanto el en revisión declara la procedencia de las acciones civiles emprendidas a fojas 4.126 y 4.204, respecto de los siete sentenciados de autos.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que la acción compensatoria que se admite en esta sede penal, con arreglo al artículo 10 de la compilación procedimental del ramo, en su actual redacción, ostenta como única limitación ?que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil instaurada debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, puesto que se trata de la conducta ilícita investigada en la litis -desplegada por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que en la antigua legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Asimismo, y en igual dirección, la responsabilidad civil es la consecuencia de la participación culpable que los demandados han tenido en el delito, por lo que ésta ?la participación real en los mismos-

ha quedado definitivamente manifiesta como consecuencia de la condena que se ha declarado justamente en este mismo fallo.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el fin del conflicto.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, no se puede dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende al resarcimiento integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que, en su concepto, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger las acciones civiles formuladas en autos, que tienen como objeto obtener la compensación íntegra de los daños ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Por tanto, dichas reglas deben tener aplicación preferente en nuestro régimen jurídico, al tenor del artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquella normativa de orden jurídico nacional que posibilitaría eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho

de los Tratados.

TRIGÉSIMO NONO: Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten negar lugar a las restantes alegaciones del demandado planteadas en su escrito de fojas 4.382 a 4.403, en especial las excepciones de prescripción de las acciones civiles ejercidas y de inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se procura hacer efectiva, siendo aquella precisamente la de rango constitucional consagrada en el ya citado artículo 5° de la Carta Magna, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

CUADRAGÉSIMO: Que por lo antes lucubrado, la alegación relativa a la prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios que invoca el Fisco será desechada, atento que lo perseguido en la demanda civil es la responsabilidad del Estado de Chile por la acción de sus agentes, constitutivas del delito de secuestro calificado, ilícito de carácter permanente e imprescriptible, naturaleza jurídica que también afecta a la acción civil intentada en autos, de conformidad a lo estatuido en el artículo 2.332 del Código Civil.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que idénticas conjeturas habilitan para desdeñar el argumento fiscal, en orden a que no es procedente la indemnización impetrada, por cuanto los actores habrían sido favorecidos con beneficios económicos del Estado por la Ley N° 19.123, pues lo anterior no es óbice para que se repare materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un delito cuya certeza se obtiene recién con este proceso.

Por lo demás, el espíritu de la Ley N° 19.123, acerca de los beneficios allí contemplados, expresa que dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el propósito de coordinar, ejecutar y promover las acciones que

fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de veinticinco de abril de mil novecientos noventa, circunstancias éstas que en ningún caso pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, atinentes a la responsabilidad civil como resultado de un delito, conforme lo preceptúan los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, proceden de fuentes diversas.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que en lo que concierne a la defensa fiscal sobre la prueba del daño moral, es útil recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por consiguiente, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que atendida esta singularidad, no es dable aplicar para precisar su existencia similares cánones que los utilizados para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que apunta a su especie como a su monto.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve al mismo tiempo, la prueba de la efectividad del daño moral, de suerte que acreditada la existencia del delito por los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho mal, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil,

por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido. De todo lo cual se concluye que este tipo de detrimento, no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste.

Entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto producen un sufrimiento, que no requiere de evidencia, pero que, sea como fuere, debe ser indemnizado, tomando en cuenta a todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, por último, en lo que concierne a la acreditación de los hechos descritos en las demandas, con el mérito de lo expuesto en los fundamentos 2º), 3º), 5º), 6º), 8º), 9º), 11º), 12º), 14º), 15º), 17º), 18º), 20º), 21º), 23º) y 24º), de la sentencia en alzada, que se dan por reproducidos, se encuentra comprobado, tanto la existencia de los delitos de secuestros calificados, como la responsabilidad de los autores, que en esta situación específica, tienen la calidad de agentes de Estado.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que así se comparte lo expresado en los razonamientos 90º), 91º), y 92º) del fallo recurrido, los que fueron reproducidos por el actual, por lo que ha de tenerse por establecido que los accionantes de fojas 4.126, vale decir, Rosa Alicia Robotham Bravo, Adriana Victoria Robotham Bravo, Roberto Enrique Robotham Bravo y Jorge Robotham Bravo, son hermanos del desaparecido Jaime Eugenio Robotham Bravo; como asimismo los demandantes de fojas 4.126, esto es, Yury Francisco Thauby Cortés, María Cecilia Thauby Pacheco, Marcela Inés Thauby Pacheco, Carmen Laura Godoy Pacheco y Edith Leonor Cortés Herrera, son hijo, hermanos y conviviente, respectivamente, del desaparecido Claudio Francisco Thauby Pacheco, vinculaciones que pese a que no se han objetado ni discutido derechamente, se encuentran acreditadas y hacen presumir que los secuestros calificados de Jaime Robotham Bravo y Claudio

Thauby Pacheco, así como las circunstancias en que ellos sucedieron, les ha provocado a los actores un dolor, un sufrimiento y angustia por las pérdidas y por la forma que se produjeron, lo que por sí solo constituye un daño moral que debe compensarse, en cuanto se dirige contra el Fisco de Chile.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que distinta es la situación de los autores de los injustos que por sí mismos causaron daño, como consecuencias directas, los cuales han sido demandados por los perjudicados, pues ellos enervaron dichas acciones civiles a través de la prescripción extintiva, que Cancino Varas, Espinoza Bravo, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko y Lauriani Maturana, opusieron y que en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar, más que la justicia, la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocer esta causal como un principio general del derecho, de modo tal que, frente al vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en la esfera civil, como sí lo hace el artículo 105, inciso segundo

, del Código Penal, en armonía con el artículo 41 de su homónimo procesal del ramo, no cabe sino concluir que aquél también la admite, tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance exclusivamente a la responsabilidad criminal.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, por ende, no es dable identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con aquellas expresas del derecho interno en lo relativo a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, que tornen aplicable el artículo 2.332 del Código Civil, y por concurrir el transcurso del tiempo exigido, hace procedente la excepción de prescripción a favor de quienes la alegaron, conforme lo estatuye el artículo 2.493 de ese texto legal, ya que ha expirado con exceso el plazo fijado en dicho precepto.

CUADRAGÉSIMO NONO: Que conviene resaltar, como ya se resolvió con anterioridad por esta Corte en la causa N° 4087-08, que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a

garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones?.

De acuerdo a lo prevenido en el artículo 2.497 del Código Civil: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

QUINCUAGÉSIMO: Que, por otra parte, como lo ha dicho el profesor Domingo Hernández en SCS N°s. 3007 ? 07, de veintiuno de enero de dos mil nueve y 4.662 ? 02, de veinticinco de septiembre de dos mil ocho, la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionales reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de *ius cogens*?. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad -categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos- son imprescriptibles, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos.

En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad,

se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese campo, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil.

A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, tod

a vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que es menester desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que sólo vino ser aprobado por decreto supremo N° 778 (RR.EE.), de treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis, publicado en el Diario Oficial de veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve, ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por decreto supremo N° 873 (RR.EE.), de veintitrés de agosto de mil novecientos noventa, publicado el cinco de enero del año siguiente.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la ?indemnización compensatoria? fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y ¿el pago de una justa indemnización a la parte lesionada?, respectivamente.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que la circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a las acciones civiles impetradas, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción, en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última, con antelación

Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, con solo considerar que los ilícitos penales se cometieron a partir desde el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, en tanto la querella criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el cuatro de marzo de dos mil, sin que , en el período intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción civil, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso. Como el referido término es de cuatro años ¿contados desde la perpetración del acto?, según reza el artículo 2.332 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 2.497 del mismo ordenamiento y constatado que el curso de la prescripción no se interrumpió mediante la interposición de una demanda judicial, en los términos del artículo 2.518, la premisa antes asentada no puede merecer dudas.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que se ha dicho por esta misma Corte que la determinación estatal manifestada a través de la creación de la pensión de reparación y demás beneficios reconocidos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, individualizados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concretada en la ley 19.123, que concedió una pensión

mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, ¿importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas?, acto que ¿debe tenerse en cuenta para los efectos de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones que tienen por propósito se condene al Fisco a indemnizar el mismo perjuicio cuya reparación motivó la aprobación de aquel cuerpo l

egal? (SCS. Rol N° 4753/2.001, de 15.05.2.002, consids. 12° y 13°).

Pues bien, incluso atribuyendo a esa regla legal efecto interruptivo, la conclusión propuesta no puede variar, en cuanto aun desde la fecha de su publicación y hasta que los actores civiles pusieron en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho ¿incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querella esa virtualidad ? el término extintivo que interesa se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que, por lo pronto, la normativa atinente, antes referida, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incumbe específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. A su turno, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana - que obliga al Estado infractor al ¿pago de una justa indemnización a la parte lesionada? (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, ¿por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado? (art. 68.2) ? no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.

La inferencia lógica no puede ser sino que, constituyendo la prescriptibilidad de todas las obligaciones civiles la regla general, cualquiera excepción debería ser establecida explícitamente, sin que las mentadas disposiciones ni ninguna otra de las comprendidas en los pactos internacionales reseñados, contenga una alusión expresa e inequívoca al instituto de la imprescriptibilidad, como sí ocurre respecto

de la acción penal, en el Derecho Internacional.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor ?constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más? (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).

En similar sentido, en el caso ?La Última Tentación de Cristo?, de 5.02.01, consid. 99, se resolvió que la sentencia misma constituía per se ?una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas?, excluyendo otra indemnización que el reintegro de los gastos acreditados por las víctimas. Igual planteamiento se formula en ?Claude Reyes y otros vs. Chile?, de 19.09.2006, consid. 156.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que bien podría decirse que la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país.

En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: "Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal". De su tenor se extrae que la disposición convencional se limita a "afirmar" tan relevante principio, con el claro objetivo de "asegurar" su aplicación a todas las naciones, independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: "Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos".

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg define como crimen contra la humanidad: "El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen" (art. 6°).

La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados

comportamientos.

QUINCUAGÉSIMO NONO: Que el artículo IV de la Convención antes aludida - ¿que en este punto se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido?, según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de trece de diciembre de dos mil seis, introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que ¿la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo?, no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

En todo caso, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

SEXAGÉSIMO: Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, particularmente en los artículos 68, relativo a l trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, concerniente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que la Corte Interamericana de

Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, ¿no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho

nacional, sino con independencia del mismo? (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en las reflexiones precedentes, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y, además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

SEXAGÉSIMO TERCERO: Que confirma esta deducción la Asamblea General de Naciones Unidas cuando aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

En lo atinente a la cuestión sub lite, la resolución reza: "7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario".

El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de "las acciones civiles" y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la "víctima" demanda contra el "autor" del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya "recursos efectivos" contra aquellas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: "16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados

resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario?.

Conforme a este canon, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados. SEXAGÉSIMO CUARTO: Que, aún sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contabilizarse desde una época inicial diversa de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al régimen militar el once de marzo de mil novecientos noventa, o aún la de publicación de la ley N° 19.723, de ocho de febrero de dos mil dos, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa a ludida en la reflexión 12ª precedente.

SEXAGÉSIMO QUINTO: Que, por el contrario, es correcto el acogimiento de la acción indemnizatoria endilgada por los demandantes civiles en contra de los acusados Contreras Valdebenito y Moren Brito, desde el momento que dichos demandados no alegaron en su favor la prescripción como se desprende de sus presentaciones de fojas 4.530, 4.503 y 4.446, respectivamente y, en definitiva, no procede el reconocimiento, de oficio, de la misma, con arreglo al artículo 2493 del Código Civil.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 18, inciso

primero, 24, 26, 29, 47, 69, 76, 103 y 105, inciso segundo, del Código Penal, 41, 485, 509, 514, 517, 529 y 534 del de Procedimiento del ramo, 2320, 2322, 2332 y 2493 de su homónimo Civil y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- En cuanto a la acción penal:

a).- Que se RECHAZAN los recursos de casación en la forma formalizados en lo principal de fojas 5.270 a 5.278 y 5.281 a 5.289, por las defensas de los convictos Espinoza Bravo y Wenderoth Pozo, en contra de la sentencia de veintitrés de diciembre de dos mil ocho, escrita de fojas 5.003 a 5.229.

b).- Que se CONFIRMA en lo apelado el mismo veredicto, así como sus complementos de tres de junio de dos mil nueve y cinco de enero de dos mil diez, que rolan a fojas 5.367 y 5.536, respectivamente, con declaración que las penas impuestas a JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS VALDEBENITO, MARCELO LUIS MOREN BRITO, PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, ROLF WENDEROTH POZO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO Y DANIEL VALENTIN CANCINO VARAS, se les sustituyen a cada uno de ellos 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 cada condena, así como al pago proporcional de las costas de la causa, por su responsabilidad de coautores de los delitos reiterados de secuestros calificados en las personas de Jaime Robotham Bravo y Claudio Thauby Pacheco, perpetrados en Santiago a partir del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro

c).-Que por reunir los sentenciados JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS VALDEBENITO, MARCELO LUIS MOREN BRITO, PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, ROLF WENDEROTH POZO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO Y DANIEL VALENTIN CANCINO VARAS, 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 defensas, tomando también en consideración el largo tiempo transcurrido desde la consumación de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que emana de los extractos de filiación y antecedentes de estos siete imputados, SE REVOCA aquella sección del edicto que asegura improcedentes medidas alternativas, y, en cambio, se les concede la gracia de 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 de ellos, 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 satisfacerán todas las condiciones establecidas en el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra b), relativas a 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 les reconoce a cada uno el dictamen apelado.

d).- Se confirma en lo demás apelado, y se aprueba en los consultado el referido dictamen como sus complementos ya singularizados.

e).- Se aprueban, asimismo, los sobreseimientos parciales y definitivos de diez de enero y seis de agosto de dos mil siete, y el de treinta de julio de dos mil ocho, que se leen a fojas 1.800, 2.004 y 4.121 de los tomos V, VI y XII, respectivamente.

II.- En cuanto a la acción civil:

1.- Se REVOCA la misma sentencia apelada que rola de fojas 5.003 a 5.229, en cuanto por su decisión IX), acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile en contra las demandas civiles de indemnización de perjuicios promovidas en autos a fojas 4.126 y 4.204, y en su lugar se declara que queda rechazada, así como también las demás excepciones de fondo propuestas sobre la materia y, en consecuencia, se resuelve que

se acogen las demandas civiles entabladas en el segundo otrosí de las presentaciones de fojas 4.126 y 4.204, por parte de Rosa Alicia Robotham Bravo, Adriana Victoria Robotham Bravo, Roberto Enrique Robotham Bravo, Jorge Robotham Bravo, Yury Francisco Thauby Cortés, María Cecilia Thauby Pacheco, Marcela Inés Thauby Pacheco, Carmen Laura Godoy Pacheco y Edith Leonor Cortés Herrera, y se condena, por lo tanto, al Fisco de Chile, a pagar en forma solidaria con los demandados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Marcelo Luis Moren Brito a cada uno de los demandantes de autos la suma de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), por concepto de daño moral, con los reajustes que en el mismo fallo se precisan; y respecto del Fisco, con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que quede ejecutoriada esta sentencia, sin costas, por haber tenido los demandados motivos plausibles para litigar.

2.- Se confirma, en lo demás apelado, la referida sentencia, así como sus complementos de tres de junio de dos mil nueve y cinco de enero de dos mil diez, que rolan a fojas 5.367 y 5.536, respectivamente, en especial en lo atinente al acogimiento de la acción civil que se hace en el resuelvo X en contra de los indicados demandados Contreras Sepúlveda y Moren Brito.

Se previene que el Ministro señor Dolmestch no comparte los considerandos segundo a duodécimo, 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, reproducidos por la presente sentencia.

Se previene también que el Ministro señor Rodríguez no acepta el razonamiento vigésimo sexto ni las frases de los basamentos primero ?sin que le fuera viable fijar un instante ?? hasta ?pero no ha sido posible comprobar su finalización.?.; en el acápite final del vigésimo quinto, desde las voces ?teniendo en cuenta para ello ?? hasta el punto (.) aparte; y en el vigésimo séptimo, la fecha ?en el mes de abril de mil novecientos setenta y cinco,? y concurre al acogimiento de la prescripción gradual o media prescripción, no obstante incidir en un

delito de secuestro, en que había desestimado esa morigerante, en razón de haber variado su criterio con un mejor estudio y reflexión acerca de este tema. Para ello tuvo presente las elucubraciones que pasa a exponer:

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, situación 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 provoca 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 primera querella, encaminada a la averiguación de los hechos punibles fue presentada recién el cuatro de marzo de dos mil, como se desprende de fojas 1 a 15 del tomo I, entre ambas fechas han corrido 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 fundamentos contenidos en el fallo para sustentar la mitigante y que el previniente comparte.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor Künsemüller estuvo por 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 el primero, 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 blquote 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 delante, 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, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo en el tiempo, de inicio,

de comienzo, lo que no es posible determinar 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, esto es, JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPULVEDA, MARCELO LUIS MOREN BRITO, PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, ROLF WENDEROTH POZO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO Y DANIEL VALENTIN CANCINO VARAS a las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, para cada uno, por sus responsabilidades de coautores en los dos 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 del Ministro Sr. Ballesteros, quien estuvo por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, absolver a los acusados de autos, 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 irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes 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 advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: ?Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere

a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o

detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.?

5.- En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, Jos 9 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, 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, este disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: "Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. 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 q

uien 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 arma

das 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 de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho 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 Nº 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 del delito 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 los acusados JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPULVEDA, MARCELO LUIS MOREN BRITO, PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, ROLF WENDEROTH POZO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO Y DANIEL VALENTIN CANCINO VARAS, acusados de ser autores de dos ilícitos de secuestro calificado, cuyos ofendidos fueron Jaime Robotham Bravo y Claudio Thauby Pacheco, perpetrados en Santiago, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, y en ello se funda el parecer del disidente para absolverlos de los cargos acusatorios, como

se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones expresadas, es necesario advertir que no deja de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por los responsables de ellos y comparte 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.

Acordada la resolución civil con el voto en contra del abogado integrante señor Hernández, únicamente en aquella porción que acoge la demanda civil enderezada contra el Fisco de Chile y, en cambio, estuvo por desestimar también esta acción civil, en razón de encontrarse igualmente extinguida por la prescripción opuesta subsidiariamente por el demandado

En apoyo de su parecer, éste disiden te se remite a las reflexiones transcritas entre los considerandos quincuagésimo a sexagésimo sexto del fallo de reemplazo.

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes fueron de la opinión de confirmar el segmento del pronunciamiento apelado, que rechazó la excepción de prescripción de las acciones civiles propuestas en contra de los acusados Espinoza Bravo, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko, Cancino Varas y Lauriani Maturana, y alegada por éstos. Tuvieron presente, además, al efecto las consideraciones siguientes:

1°.- Que se comparte lo expresado en los razonamientos 90º), 91º) y 92º) del fallo recurrido, los que fueron reproducidos por el presente, por lo que ha de darse por establecido que los actores de fojas 4.126, vale decir, Rosa Alicia Robotham Bravo, Adriana Victoria Robotham Bravo, Roberto Enrique Robotham Bravo y Jorge Robotham Bravo, hermanos del desaparecido Jaime Eugenio Robotham Bravo; como asimismo los demandantes de fojas 4.126, esto es, Yury Francisco Thauby Cortés,

María Cecilia Thauby Pacheco, Marcela Inés Thauby Pacheco, Carmen Laura Godoy Pacheco y Edith Leonor Cortés Herrera, hijo, hermanos y conviviente del desaparecido Claudio Francisco Thauby Pacheco, mantienen vinculaciones con las dos víctimas, lo que no se ha objetado ni discutido derechamente y se encuentran acreditadas, por lo que hacen presumir que los secuestros calificados de Jaime Robotham Bravo y Claudio Thauby Pacheco, así como las circunstancias en que ellos sucedieron, les ha provocado a los actores un dolor, un sufrimiento y angustia por las pérdidas y por la forma que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral que debe compensarse.

2°.- Que la responsabilidad civil extracontractual tiene, en este caso, como fuente la perpetración de un delito y sus responsables están legalmente obligados a indemnizar el daño causado.

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los ministros señores Rodríguez y Ballesteros quienes fueron del parecer de confirmar ese sector del pronunciamiento apelado, que acogió la excepción de incompetencia del tribunal para conocer de las demandas civiles opuestas por el Fisco de Chile; en virtud de los fundamentos que se detallan a continuación:

1°) Que, con arreglo al artículo 10 del ordenamiento procesal penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento punitivo, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

2°) Que, en este orden de ideas, a pesar de que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de

competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada

norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un canon excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

3º) Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien, por una parte, pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo las prejudiciales y precautorias, al mismo tiempo estableció un límite claro a la misma, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata ?consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquél y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo

integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente.

En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata), con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

4º) Que corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: "De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda el campo de las acciones civil es a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado".

5º) Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código adjetivo penal -también modificado por la Ley N° 18.857

- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en sede penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de

opción concedida al actor civil.

6º) Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitado el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales.

7º) Que las peticiones civiles presentadas a fojas 4.126 y 4.204, en cuanto se dirigen en contra del Estado de Chile, argumentando que la responsabilidad estatal está informada por reglas de Derecho Público, que se construyen a partir del artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, y cuyo fundamento básico se encuentra en sus artículos 1º, inciso cuarto; 5º, inciso segundo, 6º y 7º, así como el 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración, normas complementadas por el artículo 19, N° 24º, de la Carta Fundamental y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera que tal responsabilidad del Estado está consagrada y reconocida por el Derecho Internacional Convencional y también por el Derecho de Gentes o Consuetudinario aplicable en Chile y en el orden mundial, consagrando, en síntesis, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales derivadas de violaciones a los derechos humanos.

8º) Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos

que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

9º) Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro, que como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: ¿la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho?. Añadiendo que ¿en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, sólo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad? (Corte Suprema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

Como corolario de las disidencias y prevenciones expuestas, por lo pronto, en cuanto a la regulación de la penalidad definitiva a imponer a los encausados, se deja constancia que para resolver como se hizo, el

tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal para condenar a los encartados, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quántum de la sanción privativa de libertad a infligir, produciéndose la mayoría legal entre los jueces, puesto que sólo uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que otros tres sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en sus respectivos razonamientos.

Por lo tanto, con los votos de los señores Rodríguez, Dolmestch y Hernández, se logró la mayoría legal necesaria para formar acuerdo respecto de la entidad de la pena, y el beneficio alternativo de la libertad vigilada, manteniéndose la disidencia del señor Ballesteros y la prevención del ministro señor Künsemüller.

En lo que toca al apartado civil, con arreglo a lo expresado también se produjo mayoría legal en torno al acogimiento de la prescripción extintiva de la acción civil esgrimida por los demandados Espinoza Bravo, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko, Cancino Varas y Lauriani Maturana; y de aceptar las demandas civiles intentadas respecto de los acusados Contreras Sepúlveda y Moren Brito, que no alegaron la prescripción, con los votos de los Ministros señores Rodríguez y Ballesteros y del abogado integrante señor Hernández. En lo que incumbe a las restantes acciones civiles, se constató discordia de votos para formar acuerdo, por concurrir dos votos a favor de acoger las acciones civiles planteadas contra el Fisco ?de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller? otros dos por abstenerse de emitir pronunciamiento a su respecto, en razón de carecer los jueces en lo penal de competencia absoluta para decidir a cerca de la acción civil interpuesta, lo que obsta a resolver sobre el fondo -posición de los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros? y el voto del Sr. Hernández que fue del parecer de desestimarlas, por encontrarse extinguidas las acciones patrimoniales intentadas por prescripción, se dispuso someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que

ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En correspondencia ¿y por aplicación del inciso 1° del artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales? se excluyó la opinión del Sr. Hernández, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre las restantes, los ministros señores Rodríguez y Ballesteros mantienen su postura relativa a la incompetencia absoluta del juez de primer grado para pronunciarse sobre la acción de carácter patrimonial, sosteniendo los ministros señores Dolmestch, Künsemüller y el abogado señor Hernández, la competencia de la referida judicatura, y la plena procedencia de las pretensiones indemnizatorias intentadas sólo respecto del Fisco de Chile, por lo que éstas deben ser acogidas, en los términos que se consignaron en lo resolutivo de la presente sentencia.

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

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de los votos en contra y prevenciones, sus respectivos autores.

Rol

N° 5436-10.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

rEn Santiago, a veintidós de junio 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.