

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, dos de diciembre de dos mil once.

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

VISTOS:

Se reproduce el pronunciamiento apelado, en su premisa expositiva y reflexiones; así como el laudo anulado, sólo en su segmento expositivo y los basamentos 1° y 2°; y se eliminan los restantes.

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

PRIMERO: Que con arreglo al establecimiento de la realidad fáctica que se consigna en el raciocinio sexto del veredicto en examen, ha quedado acreditado que la víctima Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez, fue privado ilegítimamente de su libertad, en un recinto no determinado de esta ciudad, lo que ocurrió entre el quince y diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, data en la que se perpetró, a su respecto, el delito de secuestro por el cual 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 diligencias enderezadas en ese sentido, y la falta de cooperación al efecto, es si tal afectación del bien jurídico cesó, ¿es decir, si el desaparecido murió o bien recuperó su libertad- en alguna ocasión posterior, sea por obra de los secuestradores o por otras

causas independientes del consentimiento de éstos. De allí que no puede hacer otra cosa que entender que subsiste el estado antijurídico creado con la detención del ofendido, sin que le fuera viable fijar un instante en el cual tal fase se suspende. En otras palabras, sencillamente la indagación ha podido demostrar la iniciación del secuestro, 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 la víctima, sin que ambos extremos quedaran esclarecidos.

SEGUNDO: Que como tema preliminar 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 Milit

ar, con la jurisdicción castrense de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de este estatuto y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra?, situación que persistió por seis meses después 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 época, 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 los que reputó ?enemigos internos?.

Y no sólo eso, porque en la discusión del artículo 86 del proyecto del Acta Constitucional de 1978, en su tenor primitivo, que sustrae a los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia correccional de esta Corte Suprema, los comisionados señores Ortúzar (presidente) y Lorca y la señora Bulnes concuerdan en que la idea de la guerra ha cambiado. Antiguamente era un enfrentamiento entre dos Estados, de dos ejércitos. En la actualidad la noción es fundamentalmente diversa, porque nadie podrá decir que no existe guerra con la piratería aérea, que puede ser más peligrosa que dos ejércitos luchando fuera de los centros urbanos. Y si se le diera el tratamiento de cualquier delito ocurrido en tiempo de paz, tal vez se dejaría sin el debido resguardo a principios como los de la seguridad y la defensa nacionales, los que, evidentemente, también han variado en su conceptualización. Y agrega el presidente que estos graves delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado tienen su origen, en realidad, en un enemigo externo que está dentro de la casa (sesión N° 333, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete, divulgada en el opúsculo del Colegio de Abogados de Chile, imprenta Montegrande S. A., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa, páginas 175 y 176).

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, radicando 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, excluyendo 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 y 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 todavía 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 anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho?. Luego continúa, ?el inciso primero del artículo 419 señala para considera

r que una fuerza está `frente al enemigo?, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan `emprendido los servicios de seguridad? en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho `enemigo?, a estar al `frente del enemigo? implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?.

?Por lo tanto, la existencia de un `enemigo interno? es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la

acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (?Plan Lanceta?, ?Plan Ariete?, ?Plan Cobra?, aplicación a nivel nacional de la 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 y Jurídicos: años 1972 y 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

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

En definitiva, 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?. A su turno, 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 e

l 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.

Además, 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 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 las consecuencias que se siguen 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).

La indicada situación 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 debido 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 existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos 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 al secuestro cometido en la persona de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados?.

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones

penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de perpetrar, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellas, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

DÉCIMO 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 el delito de secuestro calificado de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos, a la luz del derecho internacional humanitario, dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones susceptibles de adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

Es así como el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además, el

derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su ?arresto? 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 suica 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 explicit antes, los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad y de ellos deviene como lógico corolario 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 inadmisible 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 también 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 él 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 prolongarse más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una 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 cuál es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: "Derecho Penal, parte general", Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 165; y Luis Cousiño 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 jurídico 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 modo que al ocurrir 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 falta de culpa 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 los basamentos 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 acusados, coincidiendo con los elementos incriminatorios consignados en el fallo recién mencionado, específicamente en sus razonamientos décimo, undécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, en orden a estimar que Miguel Krassnoff Martchenko y Marcelo Luis Manuel Moren Brito intervinieron en calidad de autores directos e inmediatos en los términos del artículo 15, N° 1°, del Código Penal; Juan Miguel Guillermo Contreras Sepúlveda y César Manríquez Bravo, como autores conforme con lo preceptuado en el artículo 15, N° 2, del mismo Código; y Ciro Ernesto Torré Saez como autor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15, N° 3 del señalado Código, en la comisión del ilícito perpetrado en contra del ofendido Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez, perpetrado entre el quince y diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en esta ciudad.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, establecida la participación punible de los agentes citados precedentemente, en el injusto que se les reprocha, importa ahora hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad criminal que pudieran favorecerles, 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 anterior, toda vez que, tal como se señala en el motivo quincuagésimo octavo del fallo de primer grado, sus extractos de filiación y antecedentes carecen de anotaciones que den cuenta de un reproche penal a la fecha de los hechos. Al respecto, cabe aclarar que si bien los prontuarios de los acusados Miguel Krassnoff Martchenko, agregado de fojas 1043 a 1055, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, de fojas 1057

a 1070 y Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, de fojas 1072 a 1090, dan cuenta de la existencia de condenas anteriores éstas o son posteriores a la ocurrencia de los hechos aquí pesquisados o dan cuenta de sentencias que adquirieron el carácter de firmes y ejecutoriadas con posterioridad al ilícito materia del presente sumario criminal, por lo que no afectan el reconocimiento de la minorante que se indica.

Tal circunstancia, en todo caso, no se estimará como muy calificada, debido al reconocimiento de la media prescripción como morigerante muy calificada a formularse más adelante, en vista de lo cual no se dan los presupuestos del artículo 68 bis del Código Penal, con lo que se rechaza la solicitud efectuada por las defensas de los imputados Krassnoff Martchenko, Moren Brito y Contreras Sepúlveda, al contestar las acusaciones de fojas 1.179 a 1.207, 1.152 a 1.159 y 1219 a 1.272, respectivamente.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a la vez, se acogen las peticiones de las defensas de Krassnoff Martchenko, Contreras Sepúlveda y Torré Saez, en el sentido que favorece 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 una atenuante especial, lo que se extiende de oficio a los hechos Moren Brito y Manríquez Bravo, aún cuando no la alegaron, en atención a los términos perentorios de la disposición, que obligan al tribunal a reconocerla.

El señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, 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 objetable que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás,

pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, aunque con una pena menor. De este modo, en los casos como los de autos, 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, que ha de ser atenuado en la forma prev

ista en el artículo 103 del estatuto punitivo.

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 este punto de vista, 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 encausados, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que ?en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir, al menos, del diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para

la procedencia de la institución que se analiza.

VIGÉSIMO SEXTO: Que del estudio de los autos, emerge que contado el lapso de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del hecho punible, en septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, hasta aquella en que se interrumpió, el tres de mayo de mil novecientos noventa y seis, con ocasión de la denuncia por presunta desgracia presentada por Alejandro González Poblete, en representación del Consejo Superior de la Corporación nacional de Reparación y Conciliación, de fojas 1 del tomo I de estos autos, 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 SÉPTIMO: Que, tal como se consigna en los motivos sexagésimo segundo, sexagésimo tercero, sexagésimo quinto y sexagésimo sexto del fallo de primera instancia, 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 cinco acusados es el de coautores, en los términos contemplados en el artículo 15 del mismo ordenamiento, por lo cual cabe determinar la penalidad señalada por la ley para el autor del delito consumado de secuestro calificado.

b) A cada uno de los cinco encartados les favorece la atenuante de su irreprochable conducta pretérita contenida en el artículo 11, N° 6°, del Código punitivo, como se desprende de sus extractos de filiación y antec

edentes agregados en autos, los que no registran anotaciones judiciales previas a la presente causa.

c) Además, aprovecha a los encausados aquella calificada de la prescripción gradual, por lo que en definitiva procede considerar los hechos como revestidos de tres o más morigerantes que obran en favor de los sentenciados; y

d) Finalmente, a los sentenciados no les perjudican agravantes de responsabilidad criminal.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, de esta manera y dado concurren en favor de cada agente a lo menos tres mitigantes, sin que los perjudiquen agravantes, el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados asignado por la ley al ilícito en el instante de su perpetración, se reducirá en un grado desde el mínimo, con lo que la sanción a infligir a cada uno de los convictos queda en presidio menor en su grado máximo, cuya extensión se determinará en lo resolutivo de este edicto.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que la abogada del Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, objetó la concesión de la medida de libertad vigilada al imputado Ciro Ernesto Torrè Saez, porque a su juicio lo impide la circunstancia que el siete de septiembre de dos mil nueve esta Corte dictó sentencia condenatoria en su contra, alegación que será desestimada por no haberse agregado los antecedentes justificativos de dicho aserto.

Con lo expuesto se disiente parcialmente con lo informado por el señor Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 227 a 232 de este tomo, y lo dispuesto en los artículos 24, 26, 47, 69, 76 y 103 del Código Penal, 485, 514, 517, 529 y 534 del de Procedimiento del ramo y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

I.- Que se RECHAZA el recurso de casación en la forma propuesto en lo principal de fojas 153 a 168, por la asesoría jurídica del inculcado Ciro Ernesto Torrè Saez, en contra de la sentencia de seis de octubre de dos mil nueve, que corre de fojas 15 a 147 de este tomo IV reconstituido, la que en conclusión, no es nula.

II.- Se CONFIRMA en lo apelado el mismo veredicto, con declaración

que las penas corporales de presidio menor en su grado máximo impuestas a MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, MARCELO LUIS MANUEL MOREN BRITO, JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, CESAR MANRÍQUEZ BRAVO Y CIRO ERNESTO TORRÉ SAEZ, en la decisión b), se les reducen a tres años y un día, cada uno, por su responsabilidad de coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez, cometido en esta ciudad entre el quince y diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Como corolario el periodo de observación para la medida de libertad vigilada otorgada a los sentenciados César Manríquez Bravo y Ciro Torr  Saez se rebaja también al lapso indicado.

III.- Se APRUEBA en lo demás consultado el mismo fallo.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez, no acepta los párrafos postreros de los basamentos primero, desde los vocablos ?De allí que no puede hacer otra cosa que entender ?? hasta el punto (.) aparte, ni vigésimo quinto, a partir de las locuciones ?teniendo en cuenta para ello que ?? hasta el punto (.) aparte, ni la totalidad del razonamiento vigésimo sexto y concurre al acogimiento de la prescripción gradual o media prescripción, en virtud de 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 consume, 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, 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 enjuiciados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad 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 algunas.

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 del secuestrado, y en que los convictos perdieron el dominio de los hechos, como la denuncia, encaminada a la averiguación de los hechos punibles fue presentada recién en el mes noviembre de mil novecientos noventa y nueve, como se desprende de fojas 2 y siguientes del tomo I, entre ambas fechas han corrido nueve años, lo que significa bastante más de la mitad de los diez años fijados a este propósito por el artículo 94, inciso tercero, del Código sancionatorio.

Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción

de la responsabilidad criminal de los encausados, aunque no impide considerarlo 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 Dolmestch no comparte los considerandos segundo a décimo tercero de este fallo de reemplazo, ambos inclusive, 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 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, las opiniones por él manifestadas en otras sentencias anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al "tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena", cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10). Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatare 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 contabilizarse, un momento de inicio, lo que no es posible fijar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado, dada su naturaleza de ¿permanente?, 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).

Como no es factible considerar la circunstancia atenuante especial prevista en el artículo 103 del Código Penal, 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, el previniente estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a cada uno de los acusados ya individualizados, esto es, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, MARCELO LUIS MANUEL MOREN BRITO, JUAN MANUEL GUILLERMO

CONTRERAS SEPÚLVEDA, CESAR MANRÍQUEZ BRAVO y CIRO ERNESTO TORRÉ SAEZ, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, por sus responsabilidades en el delito de secuestro calificado en que intervinieron en calidad de autores.

Acordada, la condena penal, con el voto en contra del Ministros Sr. Segura y abogado integrante Sr. Peralta, quienes estuvieron por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, absolver a los acusados Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, César Manríquez Bravo y Ciro Ernesto Torr  Saez, 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 est  consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no est  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 decidirse 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 parti

cular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.?

5.- En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), expresa que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?. ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación

instantánea?, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

6.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, 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. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos

armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean

Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de 'conflicto armado no internacional' ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una

ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contr

atante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de detenciones 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 Nº 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. Nº 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que esta

ban 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 Nº 2165-05, Rol Nº 559-04 y Rol Nº 2079-06).

Se estimó pertinente -en los autos Rol Nº 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 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 Miguel Krasnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Cesar Manríquez Bravo Y Ciro Ernesto Torrre Saéz, perpetrados entre el quince y el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

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

iento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Existiendo mayoría legal para condenar a los encausados, en aplicación al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría, en atención a que uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que dos ministros sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en sus respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el abogado integrante señor Peralta reconoció a los procesados la causal de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si

él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

Por lo tanto, con los votos de los señores Rodríguez, Dolmestch y Peralta, se logró la mayoría necesaria para obtener acuerdo respecto de la entidad de la pena, manteniéndose la disidencia del Presidente señor Segura y la prevención del ministro señor Künsemüller.

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

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de la segunda y tercera prevención y disidencias, sus respectivos autores.

Rol N° 3680-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firma el Ministro Sr. Segura y el abogado integrante Sr. Peralta, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica el primero y ausente el segundo.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a dos de diciembre 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.