

Sentencia de reemplazo

Santiago, diez de septiembre de dos mil nueve.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primer grado con excepción de los fundamentos VIGESIMO SEXTO, VIGESIMO OCTAVO, VIGESIMO NOVENO y el acápite segundo del basamento 35°, que se eliminan. En el motivo 36° se suprime la oración "a mayor abundamiento" y se reemplaza la frase "sin perjuicio de lo concluido precedentemente debe igualmente" por "debe".

En las citas legales se suprime la referencia al artículo 211 del Código de Justicia Militar.

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

Primero: Que como lo ha sostenido esta Corte en varios pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos -en cuanto al transcurso del tiempo- y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto determina que explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402) Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una "idea afortunada de la CR" la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora).

Segundo: Que, por otra parte, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, ejerciendo en definitiva a su arbitrio la facultad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

Tercero: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la "media prescripción" -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, a través de pronunciamientos reiterados, esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

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

Quinto: Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta."

Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados conforme se estableció en el motivo 8° del fallo en alzada.

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

Séptimo: Que en el procedimiento tendiente a la investigación del secuestro en estudio, cometido el día 27 de septiembre de 1974, con fecha 20 de septiembre de 2005 se dictó auto de procesamiento en contra de los acusados, de manera que para los efectos legales que interesan, y determinar el cumplimiento del requisito temporal exigido por el artículo 103, transcurrieron treinta años desde la perpetración del delito el pronunciamiento de dicha resolución judicial, por lo que está fuera de duda la concurrencia de esa condición. Por lo tanto, la circunstancia atenuante de que se trata será acogida a favor de todos los procesados

Octavo: Que los querellantes, a fojas 1.583 y 1.594, han deducido recurso de apelación, objetando el reconocimiento de la minorante de responsabilidad penal estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, estimando que debió rechazarse.

Noveno: Que, la norma citada expresa: "Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico".

Esta circunstancia denominada de "obediencia indebida", siguiendo a Renato Astrosa (Código de Justicia Militar Comentado, Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, p. 340), tiene lugar cuando el inferior incurre en un delito militar o común por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 334. De conformidad con lo establecido en ese precepto, las órdenes imponen la obligación de ser obedecidas por los inferiores cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1) Orden de un superior; el artículo 430 expresa qué se entiende por superior; 2) Que la orden sea relativa al servicio, o sea, que sea relativa a las funciones que les corresponden a los militares por el hecho de pertenecer a las Instituciones armadas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 421; 3) Que sea dada en uso de atribuciones legítimas; 4) Que si la orden tiende

notoriamente a la perpetración de un delito, se haya representado por el inferior e insistida por el superior. Sólo en el evento de cumplirse los requisitos expresados la obediencia es debida, y si faltare alguno de ellos se trataría de un caso de obediencia indebida. "De lo anterior podríamos concluir que si un militar comete delito militar por cumplir la orden de un superior, faltando cualquiera de los cuatro requisitos señalados, operaría la atenuante del art. 211.

Pero ello no es así, en razón de que no puede faltar el requisito en que descansa la circunstancia: la existencia de la orden del superior jerárquico."

En el caso en estudio, como los sentenciados Iturriaga, Carevic y Altez niegan toda participación en los hechos delictivos materia de la imputación, y ni siquiera insinúan que las conductas ilícitas acreditadas a su respecto fueron ejecutadas en obediencia a órdenes de superiores jerárquicos, procede desechar la atenuante en cuestión, haciendo lugar de este modo a la solicitud contenida en los recursos de apelación indicados en el motivo noveno.

Decimo: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que Manuel Contreras Sepúlveda, Raúl Iturriaga Neumann, Manuel Carevic Cubillos y Risiere Altez España, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Penal, reconocida en el motivo VIGESIMO QUINTO del veredicto en alzada, y por aquella contemplada en el artículo 103 del texto señalado, que se les acuerda en este fallo, sin que concurra agravante alguna.

Undécimo: Que los acusados ya individualizados, Contreras, Iturriaga, Carevic y Altez son responsables, en calidad de coautores, de un delito de secuestro calificado, sancionado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, a la época de su comisión, pero por aplicación de las circunstancias modificatorias anotadas en el motivo precedente, se rebajará respecto de Manuel Contreras Sepúlveda en un grado dicha penalidad, quedando ésta en presidio menor en su grado máximo, mientras que a los restantes sentenciados, se les rebajará en dos grados, por lo que se les sancionará con presidio menor en su grado medio.

Duodécimo: Que con las razones que se contienen en los motivos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fs. 1.614, del que se disiente en parte, desde que solicitó confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

Décimo tercero: Que en lo relativo a la decisión civil, procede confirmar el fallo en cuanto acogió la excepción de prescripción alegada por las defensas de Manuel Carevic y Risiere Altez teniendo presente para esta conclusión, que la imprescriptibilidad de la acción penal emanada de la comisión de un delito de lesa humanidad, no puede extenderse, sin más, al conflicto de índole patrimonial que se ve impulsado con el ejercicio de la respectiva acción civil por parte de quienes están legitimados activamente para ello.

Décimo cuarto: Que este Tribunal ha acogido la excepción de prescripción de la acción civil indemnizatoria deducida en procesos incoados por delitos como el indagado en estos autos, sobre la base de estimar que las normas del Código Civil relativas a la prescripción en materia de responsabilidad extracontractual, tienen plena aplicación y a su tenor han de resolverse las controversias surgidas entre las partes.

Décimo quinto: Que la prescripción, 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 reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, frente al vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance únicamente a la responsabilidad criminal. Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, siendo por tanto aplicable la norma del artículo 2.322 del Código Civil, que, por concurrir el transcurso de tiempo exigido, lleva a acoger en la especie la excepción de prescripción por parte de quienes la alegaron, conforme lo dispone el artículo 2.493 de ese texto legal.

Décimo sexto: Que, en cambio, procede revocar el fallo en cuanto por él se rechaza la acción indemnizatoria deducida en contra de Juan Guillermo Contreras Sepúlveda y Raúl Eduardo Iturriaga Neumann y declarar, que se la acoge, por cuanto dichos demandados no alegaron en su favor la prescripción y, en consecuencia, no procede el reconocimiento, de oficio, de la misma.

Décimo séptimo: 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 término del conflicto.

Que en este caso, la demanda deducida en autos y que se acogerá respecto de los demandados antes indicados, persigue una indemnización por daño moral, representado en este caso, por el dolor, sufrimiento y angustia que afectan la constitución espiritual de los actores. (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 290) Debe tenerse presente que el artículo 2329 del Código Civil obliga a reparar todo daño, sin distinguir su naturaleza, incluyen do el de orden inmaterial o psíquico.

Que como se ha dicho en decisiones anteriores de esta Corte el daño cuya indemnización se pretende, no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de los actores, susceptible de prueba y determinación directa, sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Que atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

Que la naturaleza del menoscabo espiritual, no hace indispensable la prueba sobre el mismo, desde que el hecho delictivo que produjo la desaparición forzada de la víctima, de la que no se tuvieron jamás noticias, les ha provocado naturalmente a sus familiares el perjuicio inmaterial que reclaman, de cuya permanencia e intensidad no puede dudarse.

Que dicho perjuicio debe ser indemnizado, en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 2314 del Código Civil, quedando entregado a la prudencia, equidad y razonabilidad del tribunal determinar -considerando todas las circunstancias pertinentes- el monto a que asciende la indemnización de que se trata. En este caso, se la fija en \$70.000.000 (setenta millones de pesos) para cada uno de los demandantes, la que deberá pagarse solidariamente por los demandados, debidamente reajustada de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y la de su pago efectivo, con más los intereses correspondientes, desde que el deudor se constituya en mora. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

A) Que se confirma la sentencia apelada de dos de abril de dos mil siete, escrita a fojas 1.634, por lo que:

I) Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda queda condenado a cinco años de presidio menor en su grado máximo, con las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Raúl Eduardo Iturriaga Neuman n, Manuel Andrés Carevic Cubillos y Risiere del Prado Altez España, quedan condenados, cada uno de ellos, a tres años de presidio menor en su grado medio, con la accesoria legal de, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; todos quedan condenados, además, al pago proporcional de las costas de la causa, por su responsabilidad de coautores del secuestro calificado en la persona de Félix Santiago de la Jara Goyeneche, cometido en Santiago, a contar del 27 de noviembre de 1974.

II) Atendida la sanción impuesta y reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 17 de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado Manuel Contreras Sepúlveda, la medida alternativa de libertad vigilada, debiendo permanecer sujeto a tratamiento y observación por el mismo lapso de su respectiva sentencia y cumplir los demás requisitos exigidos por el artículo 20 del cuerpo de leyes citado, salvo el señalado en la letra d) del artículo 5º., sin perjuicio que se persiga el pago de las indemnizaciones y costas de acuerdo a las reglas generales.

A los sentenciados Raúl Eduardo Iturriaga Neumannn, Manuel Andrés Carevic Cubillos y Risiere del Prado Altez España, se les concede la medida alternativa de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujetos al control administrativo de la autoridad correspondiente y cumplir con las otras exigencias contempladas en el artículo 5º de la ley citada, salvo la establecida en la letra d) de dicho precepto, sin perjuicio que se persigan las indemnizaciones de acuerdo a las reglas generales.

Si el beneficio concedido les fuere revocado, la pena impuesta se contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que permanecieron privados de libertad con ocasión de este proceso según se consigna en el fallo que se revisa.

III) Que en la parte civil, se revoca el fallo apelado en cuanto rechaza la demanda deducida en contra de los procesados Manuel Contreras Sepúlveda y Raúl Iturriaga Neumann, y se declara, en cambio, que se acoge dicha pretensión, condenándose a cada uno de los demandados al pago solidario de la suma única de \$.70.000.000 (setenta millones de pesos) como indemnización por el daño moral causado a Carmen, María Eugenia, María Luz, Ana María, María José, Juan Pablo, Francisco Javier, Pedro Andrés y Fernando Rafael, todos De La Jara Goyeneche, con los reajustes e intereses señalados en el motivo DECIMO SEPTIMO de esta sentencia.

Acordada la condena en lo penal de todos los encausados, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal en su favor y, consiguientemente, absolverlos de los capítulos de acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

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

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

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

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

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia - como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de "encerrar" o "detener" a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: "Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido" (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

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

3.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena

será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

"Artículo 163.

1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

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

4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses." En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Aranzadi, 1996, pp.37 y ss.), comenta que "es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo"; "Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal". En otra parte sostiene que "Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea", y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (cit, p. 144).

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

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

en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista, 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 órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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 Nº 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un

mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un "conflicto armado no internacional", en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio;

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. "En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo 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 renuncias 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 Pisagüa confirma esa resistencia.

Al otro lado, los militares insisten en hablar de la "guerra interna" de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar" (pág. 44)

7).- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado en la persona de Félix Santiago de la Jara Goyeneche y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que, en lo penal, los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza permanente de los delitos que en el proceso han quedado establecidos y la consecuente subsistencia del estado antijurídico creado, el tribunal está impedido de precisar el comienzo de ese término.

De esta manera, al faltar el elemento básico requerido por el legislador- el transcurso de la mitad del tiempo exigido para la prescripción de la acción penal- debe rechazarse la circunstancia atenuante que reconoce el voto de mayoría y al concurrir únicamente la de irreprochable conducta anterior, debe mantenerse la sanción impuesta.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, en cuanto al aspecto penal, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados -por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual fundamentó en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe 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.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría para el cuántum de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de acoger tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantuvo su decisión de absolver a los sentenciados por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa

norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo y los ministros señores Rodríguez y Künsemüller, su posición de rechazar esta última circunstancia. En tales condiciones, el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia, por lo que no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable a los procesados, de manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Acordada la confirmatoria de la decisión civil, en cuanto acogió la excepción de prescripción de la acción alegada por los encausados Manuel Carevic y Risiere Altez, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller quienes fueron de opinión de rechazarla, con el mérito de los siguientes fundamentos:

1.- 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.

2.- Que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

3.- Que, en consecuencia, y hallándose acreditados los supuestos de hecho y de Derecho que conducen al otorgamiento de una compensación por el daño moral sufrido por los actores, procede acoger la demanda interpuesta por Carmen De la Jara Goyeneche, María Eugenia De la Jara Goyeneche, María Luz De la Jara Goyeneche, Ana María De la Jara Goyeneche, María José De la Jara Goyeneche, Juan Pablo De la Jara Goyeneche, Francisco Javier De la Jara Goyeneche, Pedro Andrés De la Jara Goyeneche y Fernando Rafael De la Jara Goyeneche y condenar a los demandados Manuel Carevic y Risiere Altez, al pago solidario de la suma de \$70.000.000 (setenta millones de pesos) a cada una de esas personas, con el reajuste e intereses señalados en el motivo DECIMO NOVENO, eximiéndolos de las costas, por no haber sido totalmente vencidos. Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 5847-08.

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