

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, cinco de mayo de dos mil once.

En cumplimiento de lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 del de Procedimiento Civil; y lo resuelto por el fallo que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada así como su complemento, con excepción de los fundamentos tercero, décimo, vigésimo quinto, el párrafo primero del trigésimo, trigésimo séptimo y cuadragésimo

En el segundo, se elimina su párrafo final desde la conjunción copulativa "que," y que termina con el guarismo "1973", que se elimina.

Se reemplaza en su motivo vigésimo sexto, la cita de "fojas 1.937" por la de "fojas 2.937".

En el segundo párrafo del considerando cuadragésimo primero, se intercala a continuación de la expresión "alegaciones hechas por el Fisco y", las palabras "algunos de".

Asimismo, del fallo de segunda instancia, que fue previamente anulado, se reproducen sus letras a), b) y c), con sus respectivos razonamientos, referidos a los recursos de casación en la forma interpuestos por las defensas de Urdangarín Romero, Arancibia Solar y del Consejo de Defensa del Estado; como también los que se refieren a los recursos de apelación, con sus respectivos fundamentos, que se leen desde fs. 4.118 a 4.126, esto es, a partir del fundamento 6º) hasta el 37º), ambos inclusive, eliminando de su motivo 25º) toda

referencia el enjuiciado Huber Von Appen; y en lo que respecta a su fracción civil, se reproducen los motivos 43º), 44º), 45º), 46º) y 47º). Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que con arreglo al establecimiento de las realidades fácticas que se consignan en el raciocinio segundo del fallo de primer grado, parcialmente reproducido, así como del 13º del veredicto anulado de segundo grado que fuera mantenido por la presente sentencia, ha quedado absolutamente acreditado que el ofendido Jaime Aldoney Vargas, fue privado ilegítimamente de su libertad en Limache el 12 de septiembre de mil novecientos setenta y tres, desde dependencias de la Compañía de Cervecerías Unidas de esa misma ciudad, siendo llevado a la Base Aeronaval de El Belloto, data a partir de la cual se consumó, a su respecto, el delito de secuestro por el cual se ha incoado este sumario y desde entonces ha perdurado el estado antijurídico creado por la acción de encerrar o detener. Lo que el tribunal no ha podido determinar, a pesar de las pesquisas enderezadas en ese sentido, es si tal afectación del bien jurídico cesó, ¿es decir, si la víctima murió o bien recuperó su libertad- en alguna ocasión posterior, sea por obra de los secuestradores o por otras causas independientes de su voluntad. 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 detiene. 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 aver iguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de la víctima, sin que ambos extremos quedaran esclarecidos.

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

Efectivamente, el actual ilícito fue efectuado 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 p

or 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.

TERCERO: 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 secuestro calificado de Jaime Aldoney Vargas, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

Es así como el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su ?arresto? y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros

interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y al debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; constituye, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como "una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

CUARTO: Que según se explicitó 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.

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

SEXTO: 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 1º, 2º, 3º, 7º y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1º, y 263 del de procedimiento criminal y 165 de su homónimo Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la g

ran 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, 224, N° 5°, 225, N° 5°, 292, 357 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuare?" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio (Eduardo Novoa Monreal: ?Curso de Derecho Penal Chileno?, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

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

SÉPTIMO: 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 en este caso, de la libertad de tránsito, locomoción o ambulatoria, valorado 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?) auguran que 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.

OCTAVO: 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 L abatut, 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).

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 2°).

NOVENO: Que, parece también imprescindible dejar en claro que, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumieron el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo

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

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en esa ocasión en el país constituían un ?caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad?, de acuerdo con el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el ?funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra?, situación que persistió por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

DÉCIMO: Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada era, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con ?bandos? los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no reprimiendo hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: ?Derecho Penal Militar?, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación

posterior que siguió a los indicados cuerpos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitarlos al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político, cuya intromisión se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

En efecto, uno de los primeros síntomas del Derecho Penal autoritario que se introdujo en nuestro sistema jurídico consistió en privilegiar la seguridad nacional por sobre la libertad individual y sobre esta premisa, se incorporó al país en el mundo de la guerra, premuniéndose el gobierno de los inmensos poderes que esta legislación especial radica en el mando militar, que opera sin restricciones en los lugares y ocasiones que determina, y bajo este prisma los bandos autorizaron dar muerte en el acto a quienes atacaran u opusieren resistencia a las autoridades de facto. Por otra parte, sin perjuicio de hacer funcionar los tribunales militares en tiempo de guerra, con procedimientos muy concentrados en que los derechos de la defensa quedaron fuertemente disminuidos, la ficción de la guerra trajo aparejada la inmediata vigencia de tipos penales con muy elevadas sanciones y su aplicación a los ciudadanos que el régimen militar consideró sus adversarios, fijó arbitrariamente la fecha de las ?hostilidades? y castigó así indiscriminadamente por actos anteriores a 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).

UNDÉCIMO: 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 ? 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.

DUODÉCIMO: 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 que: "el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está `frente al enemigo", debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan `emprendido los servicios de seguridad? en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho `enemigo?, a estar al `frente del enemigo? implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...?.

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

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

s 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).

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

de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso?. ¿Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras 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?. Por su parte, 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 subversi

ón 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?.

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

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

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.

DÉCIMO QUINTO: 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

bandillaje y dado que el artículo 3° 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.

DÉCIMO SEXTO: 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 SÉPTIMO: 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.

DÉCIMO OCTAVO: 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 s

us 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.

DÉCIMO NOVENO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al secuestro cometido en la persona de Jaime Aldoney Vargas, 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 participan 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.

VIGÉSIMO: 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.

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 pe

rmanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongaci f3n 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 duodécimo, décimo tercero, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo séptimo y vigésimo octavo, en orden a estimar que Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero y Germán Valdivia Keller, intervinieron en calidad de autores directos e inmediatos en los términos del artículo 15, N° 1°, del Código Penal, en la comisión del ilícito, cuyo ofendido fue Jaime Aldoney Vargas, perpetrado el 12 de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en la Base Aeronaval de El Belloto.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en lo que respecta a las participaciones de Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Mendoza Rojas cabe señalar que del extracto de sus declaraciones contenidas en los reproducidos motivos octavo, noveno y vigésimo tercero del veredicto de primer

grado, resaltan las prestadas por ambos en el cuaderno reservado, en particular en la diligencia de careos de trece de noviembre de dos mil tres, en la cual Vidal Hurtado reconoce que ??el día 13 de septiembre de 1973 yo estaba de Jefe de Servicio de la Comandancia de Aviación Naval El Belloto y siendo las 11:00 de la noche aproximadamente me dieron cuenta que había llegado un prisionero en mal estado de salud, que venía de esta comuna el cual falleció como a las 04:00 horas y al enterarme de ello dí cuenta al Comandante de la Base Sergio Mendoza y conversamos sobre la posibilidad de hacerlo desaparecer en el mar y se enteró de la decisión tomada por Mendoza?? En tanto que Mendoza Rojas, agregó: ??Efectivamente en circunstancias que el día 14 de septiembre de 1973 en la madrugada del mismo me encontraba durmiendo fui despertado por el Teniente Vidal quien me informó que uno de los detenidos que se encontraba en la Base había fallecido y me sugirió arrojarlo al mar y hacerlos desaparecer??.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, como se aprecia, ambos encausados reconocen la existencia de una persona que llegó detenida ilegalmente al recinto en el que se desempeñaban como Encargado de Finanzas y Abastecimientos el capitán de Corbeta Guillermo Vidal Hurtado, en tanto que Sergio Mendoza Rojas era a la sazón el Comandante de la Base Aeronaval de El Belloto, y que coinciden en que el ofendido habría fallecido en la madrugada del día siguiente, deceso que como ya se anticipó al inicio de la presente sentencia no se encuentra debidamente acreditado, puesto que estos solos dichos resultan legalmente insuficientes para producir certeza acerca de la efectividad de sus asertos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, lo anterior se encuentra corroborado por las deposiciones del testigo con reserva de identidad, que posteriormente declaró en el plenario, y que se consigna en el anexo N° 80 del cuaderno reservado, quine sindicó al Comandante Mendoza Rojas, como una de las personas que se constituyó en el Sanatorio Naval ?Almirante Medel?, en la madrugada del 11 de septiembre de 1973 quien provenía de la Base Aeronaval de El Belloto, distribuyéndose grupos de patrullaje, expresando que ??Para el traslado de detenidos,

se utilizaron vehículos requisados, ¿Estos detenidos eran trasladados primero al Sanatorio, donde eran interrogados primero en la oficina del Comandante Sr. Mendoza. En algunos casos en su presencia, pero generalmente los más involucrados estaba el Teniente Sr. Arancibia y el Cabo 1° Luis Jansen, en much

as ocasiones los presionaban en sus interrogatorios, llegando a los apremios con golpes físicos y culatazos con sus armas de fuego??.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, como se aprecia de toda evidencia, ambos enjuiciados consciente y dolosamente controlaron el desarrollo del hecho, manteniendo un dominio sobre el curso causal del mismo en sus últimas etapas, en conexión directa con la privación ilegítima de libertad del ofendido, respecto de quien se ignora hasta la fecha su paradero final; lo que se manifiesta en lo subjetivo, porque convergieron en la lesión del bien jurídico tutelado; en tanto que en lo objetivo, sus aportaciones en la etapa ejecutiva representaron un requisito indispensable para la realización del resultado, y además, gozaban del poder de interrumpir en cuanto quisieran el desarrollo del mismo, por lo que se les castigará como autores en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, respecto del secuestro calificado de Jaime Aldoney Vargas ocurrido en dependencias de la Base Aeronaval de El Belloto, el 12 de septiembre de 1973 .

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, sin embargo, en lo que incumbe a los cargos librados respecto del acusado Huber Von Appen, cabe expresar que estos sentenciadores comparten todo lo señalado en los raciocinios cuarto, quinto, sexto y séptimo, todos del veredicto del a quo, en virtud de los cuales se resolvió absolver al enjuiciado Huber Von Appen de los cargos formulados en su contra de ser considerado autor del delito aquí investigado, a todo lo cual cabe reiterar que no es suficiente para arribar a ello, la función que cumplía el acusado en las dependencias en que laboraba, y que sólo por ello sería factible reprocharle cuanto ocurría a su interior, porque necesariamente debió ser de su conocimiento y responsabilidad. A esto se suma la inexistencia en el proceso de elementos incriminatorios que permitan atribuirle alguna intervención, ya sea como autor, cómplice o

encubridor del ilícito, ausencia que le da suficiencia a la decisión absolutoria adoptada a su respecto.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que como se aprecia en general esos elementos dan cuenta de la detención, posterior traslado y desaparición de la persona afectada entre los días 12 y 13 de septiembre de 1973, a dependencias de la Base Aeronaval de El Belloto, ignorándose a la fecha su paradero, sin que se precise una vinculación directa entre esos extremos con el actuar del enjuiciado Huber Von Appen, que por sí solos no permiten establecer en su contra cargos fundados para estimar que a éste le ha cabido participación culpable en los mismos.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en efecto, su intervención se construye únicamente a partir del ejercicio del cargo de Comandante de la Aviación Naval, de naturaleza logística, cuya dependencia corresponde al Estado Mayor General de la Armada con sede en Santiago, el que no tiene relación con la Primera Zona Naval de Valparaíso, a quien si respondía el Comandante de la Base Aeronaval de El Belloto, que ejecutaba funciones operativas, y que como ya se dijo en los motivos precedentes, era Sergio Mendoza Rojas.

La imputación de ser Comandante de la Aviación Naval, por su generalidad no permite demostrar la existencia de alguna vinculación con los sucesos que configuran el ilícito que se le atribuye, sin que se logre encontrar evidencia que permita probar alguna actividad incriminatoria específica, y por lo que incumbe a las probanzas colacionadas en el motivo primero del fallo de primer grado, éstas no apuntan a la detención ilegal y a los actos posteriores ceñidos al destino del ofendido.

TRIGÉSIMO: Que el propio enjuiciado, si bien reconoce haber conformado la estructura de esa repartición, no admite intervención en la detención ni en la posterior desaparición de la víctima que se le refiere; a su turno, ese aserto se condice con lo expuesto en los considerandos anteriores, por lo que no es factible desprender, mediante inferencia, que aquella persona privara de libertad en forma ilegítima al ofendido, ni exis

te imputación que así lo revele, en los términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que como ya se ha tenido oportunidad de advertir en sentencia de esta Corte Suprema de 26 de abril del año en curso, en el Rol N° 2263-10, una presunción judicial es ?la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona? (artículo 485 del Código de Procedimiento Penal). Y, como toda presunción, constituye el ejemplo más relevante de la prueba indirecta, la cual reside en la inferencia que induce del suceso conocido el hecho sometido a prueba, o sea, que el resultado se obtiene por razonamiento en lugar de ser comprobado o declarado verbalmente por escrito, como en las otras pruebas (Graciela Latorre Ceballos, ?Las presunciones en el proceso penal?, memoria de prueba, Editorial Universitaria S.A., mil novecientos sesenta y cuatro, p. 145; Francois Gorphe, ? De la apreciación de las pruebas?, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa- América, mil novecientos cincuenta y cinco, p. 250)

Las presunciones judiciales, como sus semejantes las legales, parten de lo conocido a lo desconocido, pero esta circunstancia es especialmente importante en materia penal en que el juez, a diferencia del magistrado civil que dispone de una versión de los hechos establecidos por las partes, actúa ante lo desconocido y a él le incumbe la búsqueda del autor del hecho o la determinación de la forma en que habría actuado en su perpetración (Latorre, cit., p. 145). En doctrina suele distinguirse entre indicios y presunciones, conceptos que nuestro Código de Procedimiento Penal identifica, según se desprende del propio mensaje, unido al tenor de los artículos 110 y 457. En realidad- apunta el entonces Ministro de esta Corte, Marcos Libedinsky Tschorne, en su prevención contenida en la sentencia del 30.05.1995, recaída en proceso seguido contra Manuel Contreras y otro- debe concluirse que el indicio y la presunción son conceptos diferentes pero que se relacionan, por cuanto el indicio (la voz latina

indicium deriva de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo), es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro hecho desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. Este es el alcance del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicio o hecho indiciario), deduce el tribunal (razonamiento, operación mental de inferencia lógica), ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona (RDJ, t. XCII, 1995, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 70 y s.s.).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que es menester diferenciar la presunción de las sospechas y conjeturas - aún cuando existe entre estos tres términos una relación estrecha- ya que las dos últimas son anteriores a los indicios y provocan sólo un ligero juicio, por la vaguedad e imprecisión de los indicios no certificados (Latorre, cit., p. 160). La conjetura es el juicio probable que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones. La sospecha es el recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho (Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Garnier Hnos, p. 1545). Para Dellepiane, la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre el camino a la duda, como basada en un indicio bruto, en un indicio que requiere verificarse. Estima que la sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero nunca puede ser fundamento de una condena (Dellepiane Antonio, ?Nueva Teoría General de la P

rueba?, Abeledo, Buenos Aires, mil novecientos treinta y ocho, pp. 93 y s.s.).

La prueba de presunciones, ?basada sobre la inferencia o el razonamiento, tiene, como punto de partida, por tanto, los hechos o circunstancias que se suponen probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, que constituye la X del

problema, ya sea una incógnita por determinar, ya un dato por completar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado? (Gorphe, cit., p. 250).

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, de conformidad con el artículo 488, N° 1°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, las presunciones judiciales sólo pueden llegar a configurar una prueba completa de un determinado hecho, si se basan en hechos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales. No es posible sacar una presunción de otra presunción. El legislador se refiere aquí a la ?calidad? de los hechos y las condiciones de reales y probados que exige la disposición, se satisfacen si los hechos han sido probados por otros medios legales diferentes de la presunción, esto es, que hayan sido legalmente demostrados en el proceso, excluyendo como medio de la comprobación a las presunciones de cualquier naturaleza (Latorre, cit., p. 178). Los hechos generadores deben hallarse probados en la causa y esta prueba debe constar por los otros medios, vale decir, no por otras inferencias (Mauricio Silva Cancino, ?Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas?, Editorial Jurídica Ediar ? Conosur Ltda., mil novecientos ochenta y nueve, p. 58).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, como ya se adelantó, sobre la única base disponible para esta Corte, cuales son los antecedentes reunidos en la indagación, no es factible tener como hechos probados, que resultan esenciales, atendidas las características y circunstancias del ilícito develado, que Huber Von Appen hubiera intervenido en forma directa e inmediata en el secuestro calificado de Jaime Aldoney Vargas, en la ciudad de Limache, por lo que no se está en condiciones de tener por acreditada, a través de presunciones judiciales que satisfagan todas las exigencias del artículo 488 del Código del ramo, la participación del encausado, en calidad de autor en el ilícito cuya comisión se le atribuye en el auto acusatorio de fojas 1.714 y adhesión particular de fojas 1.745.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el Mensaje del Código de Procedimiento

Penal consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto de vista indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo, afirmación ésta, que en el derecho positivo aparece consagrada en el 456 bis del mismo estatuto.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que para la jurisprudencia ¿no bastan para condenar las presunciones que permiten deducir que se ha cometido un delito y que el debe haber sido realizado por una persona o alguna de varias personas que aparecen sindicadas en el mismo, si no llegan a establecer cuales fueron precisamente las que lo cometieron o que lo fueron todas; es decir, no bastan para condenar las presunciones que sirven para comprobar el cuerpo del delito, pero no descubren la persona del delincuente? (SCA Talca, 29.12.1913, G. 1913, 2° sem., No. 1.105, p. 3179, cit. en Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T.II, p. 270).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que como corolario de todo lo razonado, estos sentenciadores acogen la solicitud de absolución formulada por la defensa de Huber Von Appen al contestar la acusación, y por ende comparten a ese respecto, la opinión del Ministerio Público Judicial, manifestada en el informe de fojas 3.844, en cuanto a aprobar la sentencia en aquella parte. Lo anterior

r, también se extiende en relación a igual decisión e informe, en relación a la responsabilidad en los mismos hechos del enjuiciado Manuel Buch López, des arrollada en los motivos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto del fallo apelado, en atención a no hallarse suficientemente comprobada a través de los medios de prueba del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, sus participaciones culpables, y por eso, resulta innecesario hacerse cargo de las restantes peticiones formuladas en sus contestaciones de cargos.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, por el contrario, probada la participación punible de los agentes Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos

Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Valdivia Keller, Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Sergio Iván Mendoza Rojas, todos en calidad de autores en el injusto que se les reprocha, importa ahora hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad criminal que pudieran favorecerlos, sin que concurren agravantes que les perjudiquen.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que por lo pronto, obra a favor de cada uno de los condenados, la mitigante de su irreprochable conducta anterior, que no se procederá a calificar, debido a la inexistencia en autos de antecedentes que permitan efectuar esa determinación.

CUADRAGÉSIMO: Que, a la vez, se acogen las peticiones subsidiarias planteadas por las defensas de Mendoza, Valdivia, Vidal y Villalobos, en el sentido que beneficia a cada uno de ellos la prescripción gradual o media prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal, que a pesar de no conseguir la extinción de la responsabilidad criminal, alcanza a configurar la atenuante denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, lo que se extiende de oficio a los hechos Arancibia y Urdangarín, respecto de quienes aunque no la alegaron, en atención a los términos perentorios de la disposición, este tribunal se encuentra conminado a reconocerla.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, en efecto, como lo ha sostenido esta Corte Suprema en otros 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, la señalada institución penal 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, aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva. Sin embargo, no puede asimilárseles 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 explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

Por su parte, 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.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: 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? se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados- generalmente en votación dividida- 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)

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una ?cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, a an cuando no sea formalmente alegada.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que aceptada la procedencia de la

circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

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, el 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.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, en el caso de los crímenes a que la ley no imponga presidio, reclusión o relegación perpetuos, como es el presente caso, la acción penal prescribe en el plazo de diez años, 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 que, en el caso de autos, corresponde a cinco años.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que en el procedimiento sobre la investigación del secuestro en estudio, cometido a partir del día 12 de septiembre de 1973 la detención o encierro del ofendido Aldoney Vargas, se prolongó por más de noventa días, lo que sucedió el 12 de diciembre mil novecientos setenta y tres, y desde esa data hasta el 20 de julio de mil novecientos noventa, momento en el cual se instruyó el sumario correspondiente, que culminó con un sobreseimiento

temporal, y que fuera aprobado por la Corte respectiva el 20 de octubre de mil novecientos noventa y tres, según aparece de fojas 205 del Tomo I de estos autos, siendo reiniciados estos antecedentes con motivo de la querella de 17 de julio de mil novecientos noventa y nueve, la que rola a fojas 207 del mismo tomo. En consecuencia, cumple con el tiempo exigido por el artículo 103 del Código Penal respecto a cada uno de los enjuiciados de autos. Tal límite no sufre alteración con la dictación de los correspondientes autos de procesamiento que aparecen dictados el 5 de junio de 2003 y el 21 de enero de 2004, por resoluciones que se leen a fojas 1.203 y 1.476 de los Tomos II y III, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de dieciséis años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de la primera resolución judicial.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia del estudio de los autos, fluye que contado el lapso de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del hecho punible en el mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres, hasta aquella en que se interrumpió, el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, con ocasión de la querella de Gabriel Aldoney Vargas, el período necesario para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como causal 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.

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

a) La sanción asignada al delito de secuestro calificado, previsto y castigado en el artículo 141, incisos primero y tercero, del Código Penal, a la época de ocurrencia de los hechos, era la de presidio mayor en cualesquiera de sus grados y el nivel de participación establecida en los hechos para los cinco acusados es el de autores del artículo 15, N° 1°, 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 los extractos de filiación y antecedentes de Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Valdivia Kéller, Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Sergio Iván Mendoza Rojas, aparejados a fojas 3.261, 3.262, 3.263, 3.266, 3.36

5 y 3.260, respectivamente, los que no registran anotaciones judiciales ni policiales previas a la presente causa, a la cual se agrega respecto del sentenciado Mendoza Rojas la del numeral noveno del mismo artículo, referida a la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, reconocida en el párrafo final del motivo trigésimo del fallo de primer grado .

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

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, es así como debe tomarse como base para establecer la pena del secuestro calificado de que se trata, dado que en cada uno concurren en favor de cada agente varias atenuantes muy calificadas, sin que los perjudiquen agravantes, el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados asignado por la ley a dichos ilícitos en el instante de su perpetración, se reducirá en un tramo desde el mínimo, con lo que esa sanción queda en presidio menor en su grado máximo, se obtiene la penalidad definitiva a infligir a cada uno de esos seis condenados, cuya extensión se determinará en lo resolutivo de este edicto.

QUINCUAGÉSIMO: Que, en cuanto a lo civil, el Consejo de Defensa del Estado, conforme se señaló expresamente en el reproducido motivo 45º) del fallo anulado de segundo grado, alegó en estrados la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria en contra del Fisco de Chile y, fundándola,

manifiesta que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo este tribunal penal de competencia para conocer y resolver de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: ?Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados?. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma transcrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también

modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto legal, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inaltera

ble el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: "La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia

penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior?

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para ilustrar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida en contra del Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada exige comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, erradamente rechazada por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que, las acciones civiles ejercidas por Gabriel e Iván Aldoney Vargas en el primer otrosí de fojas 1.745, también se dirigieron en contra de los acusados Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Valdivia Keller, Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Sergio Iván Mendoza Rojas, y piden como indemnización de perjuicios por el daño moral ocasionado por la desaparición de su familiar, la suma de \$200.000.000.- (doscientos millones de pesos) para cada uno de ellos, más los reajustes e intereses desde la notificación de la demanda y hasta el pago efectivo y total de lo adeudado o la que se estime ajustada a derecho y equidad, con costas.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que sólo la defensa del encausado Villalobos Lobos, en el primer otrosí de fojas 2.541, opuso la excepción de prescripción de la acción civil 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.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: 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 proscribiera 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.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: 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 2.332 del Código Civil, que, por concurrir el transcurso del 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.

SEXAGÉSIMO: Que, a mayor abundamiento, como ya se resolvió con anterioridad por esta Corte en la causa Rol N° 4087-08, ¿la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones?.

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

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que, en cambio, procede confirmar el fallo en cuanto por él se acoge la acción indemnizatoria deducida por los

demandantes civiles en contra de los acusados Mendoza, Valdivia, Vidal, Arancibia y Urdangarín, por cuanto dichos demandados no alegaron en su favor la prescripción conforme se aprecia de sus presentaciones de fojas 1.854, 2.053, 2.129, 2.208 y 2.250, respectivamente y, en consecuencia, no procede el reconocimiento, de oficio, de la misma.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: 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.

SEXAGÉSIMO TERCERO: Que 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. Debe tenerse presente que el artículo 2329 del Código Civil obliga a reparar todo daño, sin distinguir su naturaleza, incluyendo el de orden inmaterial o psíquico.

SEXAGÉSIMO CUARTO: 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.

SEXAGÉSIMO QUINTO: 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.

SEXAGÉSIMO SEXTO: 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 quien no se tuvo jamás noticias, les ha provocado naturalmente a sus familiares

el perjuicio inmaterial que reclaman, de cuya permanencia e intensidad no puede dudarse.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: Que encontrándose establecido el ilícito y la responsabilidad que en ella le ha cabido a los acusados y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2314 del Código Civil, se accederá a la indemnización de perjuicios solicitada por esos actores, regulándose el daño moral causado en la suma de treinta millones de pesos para cada uno de los dos familiares que representan a la víctima y que accionaron en la causa, cantidad que se estima prudente atendido el sufrimiento que naturalmente han padecido los demandantes por su vínculo de parentesco tan cercano con la víctima, sumándose la incertidumbre acerca del destino del familiar desaparecido.

A satisfacer esa cantidad quedan obligados solidariamente los acusados Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Valdivia Keller, Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Sergio Iván Mendoza Rojas, la que deberán pagar reajustada conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de su pago efectivo y con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que este fallo quede ejecutoriado.

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Que con lo expuesto y razonado, se disiente parcialmente de lo informado por la señora Fiscal Judicial en sus dictámenes de fojas 3.844, 3.873 y 4.104, en tanto fue partidaria de confirmar el fallo, con declaración de que las penas impuestas en primera instancia sean elevadas a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo respecto de los acusados Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero y Germán Valdivia Keller; mantener las establecidas respecto de los sentenciados Guillermo Ignacio Vidal Hurtado y Sergio Iván Mendoza Rojas, en calidad de cómplices del mismo, aprobando las absoluciones de los enjuiciados Huber Von Appen y Buch López.

Y de conformidad, además de lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 11 N° 9, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 16, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 69 y 103

del Código Penal; 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, 4, 5, 15, 16 y 24 de la Ley 18.216, se declara:

I.- En cuanto a la acción penal:

I.- Que se rechazan las tachas opuestas por la defensa del encartado Arancibia Solar en el sexto otrosí de fojas 2.208.

II.- Que se rechazan los recursos de casación en la forma deducidos por Urdangarín Romero, Arancibia Solar y el del Fisco de Chile de fojas 3.773, 3.782 y 3.792.

III.- Que se CONFIRMA en lo apelado el veredicto de veinticuatro de noviembre de dos mil siete, escrito entre fojas 3.701 y 3.754, así como su complemento de diez de diciembre de dos mil ocho, de fojas 4.087, con declaración de que la pena impuesta a Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Patricio Valdivia Keller y Guillermo Ignacio Vidal Hurtado, es a sufrir cada uno, la de cinco años de presidio menor en su grado máximo; en tanto que respecto de Sergio Iván Mendoza Rojas, se le impone la de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a todos con las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena, así como al pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado de Jaime Aldoney Vargas, ilícito cometido el 12 de septiembre de 1973 en dependencias de la Base Aeronaval de El Belloto.

IV.- Que, por reunir los sentenciados

Patricio Maximiliano Horacio Valentín Villalobos Lobos, Pedro Pablo Arancibia Solar, Jaime Miguel Urdangarín Romero, Germán Patricio Valdivia Keller, Sergio Iván Mendoza Rojas y Guillermo Ignacio Vidal Hurtado, los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, de mil novecientos ochenta y tres, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, procediendo precisamente en mérito de los antecedentes personales consignados en los informes presentenciales de fojas 3.557, 3.559, 3.592, 3.580, 3.584 y 3.563, respectivamente, en consideración el largo tiempo transcurrido desde

la perpetración de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende de los extractos de filiación y antecedentes de estos imputados, de fojas 3.261, 3.262, 3.263, 3.266, 3.260 y 3.265, se les concede la libertad vigilada, se les fija el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un lapso similar al de la pena principal sufrida por cada uno de ellos, debiendo los enjuiciados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; a la vez satisfacerán todas las condiciones establecidas en el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra d), sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales. Si les fuere revocada la medida alternativa en referencia, purgarán la pena inflingida a cada uno, sirviéndoles de abono los tiempos que se les reconocen a cada uno ellos en el dictamen apelado, y que para el caso de Mendoza Rojas, es el que va entre el 11 de junio y el 25 de agosto, ambos de 2003, según consta de fojas 1.239 y 1.331 vuelta. V.- Se confirma en los demás apelado y se aprueba en lo consultado el ya referido fallo de primer grado y su complemento de fojas 4.087.

II.- En cuanto a la acción civil:

1.- Que, se revoca dicha sentencia en cuanto resolvió acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas por los actores civiles de fojas 1.745, en contra del Fisco de Chile, y en su lugar se declara, que se acoge la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por la defensa fiscal, debiendo los demandantes de autos dirigirse al tribunal competente que corresponda, deduciendo su respectiva demanda civil, sin que proceda emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto.

2.- Que se revoca, asimismo, la sentencia en aquella parte que resolvió acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en contra del acusado Villalobos, declarándose, en cambio, que ésta queda rechazada, por haber operado a su respecto la prescripción de la acción civil deducida, excepción expresa y debidamente opuesta por la defensa ya indicada.

3.- Se confirma, en lo demás apelado la referida sentencia, en cuanto acoge la demanda interpuesta en contra de los acusados Valdivia, Vidal, Arancibia, Urdangarín y Mendoza, que no opusieron la excepción de prescripción, con declaración de que quedan condenados al pago solidario de la suma total de treinta millones de pesos para los demandantes civiles de autos que accionaron en la causa, como concepto de indemnización por el daño moral causado a los familiares del ofendido Jaime Aldoney Vargas, la que deberán pagar reajustada conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de su pago efectivo y con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que este fallo quede ejecutoriado.

Acordada la condena penal contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la defensa de los acusados y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar ésta a favor de los mencionados inculpados, consiguientemente por absolverlos del cargo materia de la 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 perseguir 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, páginas 137 y ss.), comenta que "es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo". Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal. En otra parte sostiene que "Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea", y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).
- 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.

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

leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones

internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que estos disidentes interpreten 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 Nº 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 p

ara los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración

que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

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

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un ?conflicto armado no internacional?, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho 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 renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.¿ (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol N° 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro ¿La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 ¿ 1998? Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo ¿han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención

de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de 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 treinta y siete años, por lo que 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 de la persona ya referida en lo resolutivo y en lo que se funda el parecer de estos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

8.- Que, 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 del delito cometido por el o los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos ilícitos existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo las razones dadas en los fundamentos 5° y 6° anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra carta fundamental.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez, no acepta los basamentos cuadragésimo quinto, cuadragésimo sexto y cuadragésimo séptimo del fallo de reemplazo, porque, en su opinión, el cómputo de la prescripción de la acción penal derivada de los injustos de consumación permanente, recién se inicia en el momento de la cesación del estado antijurídico creado por la prolongación del resultado delictual y que en la especie, lo es el once de marzo de mil novecientos noventa, según lo expresa en el desarrollo de esta prevención; y concurre a acoger la prescripción gradual o media prescripción, no obstante incidir en un delito de secuestro, que hasta la dictación del veredicto Rol N° 5698-09 episodio Melipeuco, había desestimado, en razón de haber variado su criterio con un mejor estudio y reflexión acerca de este tema. Para ello tuvo presente las elucubraciones que allí mismo se indicaron y que se pasan a reiterar:

1°.- Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como ya se explicó, el agente encierra o detiene a la víctima y en

ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consuma, pero el encierro o la detención (el resultado) empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

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

Empero, también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados ?cursos salvadores?, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga de la propia víctima o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevinientes 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, 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.

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, en que los convictos perdieron el dominio del hecho, y como la querella criminal encaminada a la averiguación del hecho punible fue presentada recién el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, como se desprende de fojas 207 del Tomo I de estos antecedentes, por lo que entre ambas fechas ha transcurrido un período superior a los nueve años, lo cual significa bastante mas de la mitad de los diez años fijados para la prescripción total por el artículo 94, inciso 3°, del código sancionatorio.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor Dolmestch no comparte los considerandos noveno a vigésimo 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, reproducidas por la presente sentencia, así como las expresadas al inicio del presente veredicto.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller no comparte el considerando vigésimo sexto y estuvo por condenar en calidad de cómplices del delito a los imputados Vidal y Mendoza, puesto que tratándose de un delito permanente debe calificarse como complicidad toda colaboración que se proporcione al autor mientras persiste en mantener la situación jurídicamente indeseable cuya finalización depende de su voluntad. (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición, p.628)

Acordada, la decisión civil, en cuanto acoge la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile; y también en cuanto declara la prescripción de la acción civil, respecto de los encausados que la opusieron formalmente en el juicio, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes fueron de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo, desechando las excepciones opuestas, acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas por los demandantes civiles en contra del Fisco de Chile y de los acusados de autos, atendidas las siguientes razones:

Primero: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal ?de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación ?que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos - cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resu ltando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

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

Cuarto: 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.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional

aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de ?lesa humanidad?, calificación que, en su concepto, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

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

Séptimo: Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar las restantes alegaciones del demandado, en particular la relativa a la excepción de prescripción de las acciones civiles ejercidas y de inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el

ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Octavo: 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.

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.

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 en contra de los acusados y del Fisco de Chile, como ya se ha razonado antes.

Asimismo, y en igual dirección, son de opinión que la responsabilidad civil es la consecuencia de la participación culpable que los demandados han tenido en el delito, por lo que ésta ?la participación real en los mismos- ha quedado definitivamente manifiesta como consecuencia de la condena que se ha declarado justamente en este mismo fallo y será por lo tanto, desde tal data que se cuente la prescripción, por lo que no resulta procedente acoger ésta a favor de los demandados que formalmente la opusieron.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller, en la parte civil estuvo por aumentar a setenta millones de pesos el monto de la indemnización por daño moral para cada uno de los demandantes de

autos.

Se previene asimismo que el Ministro Sr. Künsemüller no acepta 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 ? como lo ha expresado en numerosos fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente del delito que en el proceso ha quedado establecido, no se está en condiciones de precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico creado por la acción de encerrar o detener sin derecho, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6 del Código Penal.

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto a la aplicación de la pena definitiva aplicada a los encausados, se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal para condenar a los encausados singularizados en lo resolutivo de la presente sentencia ?por tres votos contra dos- y 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 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 Ministro señor Ballesteros reconoció a

los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, dicha circunstancia no le impide ahora participar de la decisión acerca de la procedencia de esta minorante especial, sumándose , en consecuencia, con su voto, a aquellos que reconocen 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, Ballesteros y Dolmestch, 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.

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

Rol N° 4915-09.

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de mayo 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.

.