

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo: VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, a excepción del párrafo segundo del motivo décimo octavo, que se elimina; y en la cita de las normas se agrega la del 103 del Código Penal.

Se reproducen, asimismo, los motivos 1º y 2º de la sentencia anulada, en lo que se refiere al recurso de casación en la forma interpuesto en el primer otrosí de fojas 1.436, lo que se extiende a los fundamentos esgrimidos en la sentencia de casación que antecede.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

1º) Que los enjuiciados Leonardo Reyes Herrera, Luis Soto Pinto, Heriberto Pereira Rojas, Jorge Soto Herrera, Luis Yáñez Silva, Jorge Valdebenito Isler y Enrique Rebolledo Sotelo, en su contestación a la acusación de fojas 1.179 y siguientes, alegaron en su favor la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 103 del Código Penal, den ominada media prescripción o prescripción gradual, por darse en la especie los supuestos fácticos de dicha norma.

2º) Que, examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados hasta aquélla en que se interrumpió, el término necesario para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la

mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

3º) Que la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la pretensión penal contemplada en el artículo 93 del Código Penal, no trae aparejada, como efecto inherente, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo estatuto.

En efecto, lo que consagra el segundo precepto legal precitado es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias 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, ejercido mediante el castigo del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de delitos que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, la que, en estas circunstancias, queda excluida.

Además, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente y, en caso de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la concreta rebaja que se concederá.

4º) Que concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 103, se dará aplicación a la referida circunstancia atenuante, además por tratarse de una norma de orden público que el juez ha de aplicar aún

de oficio y que es claramente favorable a todos los encausados. La forma de determinar la magnitud de la sanción y la incidencia de esta atenuante se hará de la manera que más adelante se precisa, toda vez que la propia disposición que la contiene remite al sentenciador a las reglas generales contenidas, entre otros, en el artículo 68 del Código Penal.

5º) Que para la aplicación definitiva de las sanciones penales han de considerarse las siguientes circunstancias:

a) Que la pena asignada al delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141 incisos primero y cuarto del Código Penal, a la fecha de acaecimiento de los hechos, era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

b) Que a los acusados enjuiciados Leonardo Reyes Herrera, Luis Soto Pinto, Heriberto Pereira Rojas, Jorge Soto Herrera, Luis Yáñez Silva, Jorge Valdebenito Isler y Enrique Rebolledo Sotelo, todos mayores de edad a la fecha de acaecimiento de los hechos, les favorece la atenuante consistente en sus irreprochables conductas anteriores, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de sus extractos de filiación y antecedentes de fojas 1.167, 1.142, 1.140, 1.133, 1.135, 1.131 y 1.138, respectivamente, en el que no registran anotaciones penales anteriores.

c) Que el grado de participación establecido en los hechos para todos los enjuiciados de autos es el de autores del artículo 15 del texto penal.

d) Que son dos los delitos de secuestro calificados en el que intervinieron de manera directa e inmediata, por lo que debe considerarse la reiteración de delitos en los términos que establece el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, resolviendo imponerles una sola sanción por ambos ilícitos, siendo tal sistema más favorable para los imputados, que el establecido en el artículo 74 del Código Penal, que ordena aplicar tantas penas como delitos se cometieron.

e) Que, al efecto, primeramente, se rebajará la pena en dos grados, tomando como base el mínimo legal establecido, esto es, presidio mayor en su grado mínimo, producto de la minorante del 103 y la de sus irreprochables conductas anteriores, quedando en presidio menor en su grado medio, y luego, dada la reiteración, subir un grado, quedando en el presidio menor en su grado máximo, fijándola en el máximun .

6º) Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 1.468, disintiendo parcialmente del mismo, por cuanto proponía la confirmación del fallo condenatorio de primer grado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 29 y 103 del Código Penal; 10, 509 y 514 de su homónimo de enjuiciamiento penal, SE DECLARA;

En lo penal:

I.- Que se confirma la sentencia apelada de treinta de mayo de dos mil ocho, escrita de fojas 1.388 a 1.432, ambas inclusive, con declaración que Leonardo Reyes Herrera, Luis Alberto Soto Pinto, Heriberto Pereira Rojas, Jorge Eduardo Soto Herrera, Luis Osmañ Yáñez Silva, Jorge Aliro Valdebenito Isler y Enrique Alberto Rebolledo Sotelo quedan condenados a sufrir cada uno, la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades criminales, que en calidad de autores, les correspondió en los delitos de secuestro calificado en las personas de Jorge Aillón Lara y María Arriagada Jeréz, perpetrados en la ciudad de Temuco a partir de fecha indeterminada del mes de octubre del 1973, ilícito que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 141 incisos primero y cuarto del

Código Penal.

II.- Que atendida la extensión de la pena y reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los encausados Leonardo Reyes Herrera, Luis Alberto Soto Pinto, Heriberto Pereira Rojas, Jorge Eduardo Soto Herrera, Luis Osmañ Yáñez Silva, Jorge Aliro Valdebenito Isler y Enrique

Alberto Rebolledo Sotelo, el beneficio alternativo de cumplimiento de penas consistente en la libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe por Gendarmería de Chile por el mismo tiempo fijado para sus condenas y cumplir, además, las exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma Ley. Si tal beneficio les fuere revocado, la pena establecida se contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono los tiempos que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de este proceso, conforme se consigna en lo resolutivo del veredicto de primer grado.

Se aprueba en lo consultado, el sobreseimiento definitivo parcial dictado el uno de febrero de dos mil siete, y que aparece escrito a fojas 1.178.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal alegada como causal de extinción de la responsabilidad penal y declararla a favor de todos los acusados y, por tanto, absolverlos, 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 cuya consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual se deduce 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 un a 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 cas tígaba 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, esto es, en este caso concreto, a partir del día 2 de febrero de 1974. De esta suerte, los jueces pueden a partir de este hecho claro y evidente, dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible por terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, sea vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello, conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4°.- Que, este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un

sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advertiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal -en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141-, el cual es del siguiente tenor:

¿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.), explica 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 han estimado (Prats, J., 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 (Causas Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06), en base a los siguientes fundamentos:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y

20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. Tales convenios 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 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Al respecto, 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 im-

portante 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.

A su vez, 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...?.

Por su parte, 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° 1, 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 instrumento 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.

En conclusión, si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, en tanto el Estatuto de Roma de la

Corte Penal Internacional sólo fue publicado en el Diario Oficial recién el 01 de agosto de este año 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), son ilustrativos para éstos disidentes en orden a interpretar que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Al respecto, cabe destacar que el Decreto Ley N° 5 de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás

leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que en 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.

De este modo, no se ha acreditado que en la época en referencia haya existido 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 y que le permitiera a esta última, realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 -día en que se dictó el Decreto Ley Nº 5-, existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos de dicha resolución.

Por ello, el decreto en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 2°, 3°, 4° y 5° del fallo de mayoría, relativos al estado de guerra interna a la época de los hechos y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los ilícitos existía un "conflicto armado no internacional" y por tanto, no resultan aplicables los Convenios de Ginebra a los episodios delictuales en estudio;

Igualmente, corresponde agregar 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".

Asimismo, los disidentes -al igual que lo manifestaron en los autos Rol N° 2079-06- estiman pertinente citar, a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, 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?? (Página 44).?

7°.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados de los secuestros calificados de Jorge Aillón Lara y María Arraigada Jeréz y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller y el Abogado Integrante Sr. Bates, estuvieron por desestimar el reconocimiento de la denominada "media prescripción" y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello el primero, las opiniones por él manifestadas en otras sentencias, las que se reproducen en el párrafo final de la presente prevención; en tanto que el segundo, conforme a lo que se señala a continuación:

a).- Que, comparte los fundamentos de aquella opinión doctrinaria y jurisprudencial vertida en diversos fallos de esta Corte en el sentido que el delito de secuestro es un delito de carácter permanente que lesiona la libertad, bien jurídico del ser humano reconocido universalmente y que en el caso sublite tiene la perversa particularidad de perdurar y prolongarse en el tiempo sin que conste el paradero, la muerte o los restos de las víctimas, por obra del terrorismo de Estado imperante a la época de los hechos y las conductas voluntarias de los propios sujetos activos en la comisión de los delitos y posteriormente ante la justicia que los investiga. Porque en vez de estar el Estado y sus funcionarios al servicio de las personas y su realización material y

espiritual (artículo 1° de la Constitución Política de la República) destruyero

en las vidas de las víctimas, las violentaron y usaron ilícitamente como instrumentos o medios para fines ideológicos con flagrante atropello a la dignidad de las mismas, dignidad necesaria de reconocer, promover y proteger en cualquier tiempo, lugar y circunstancias.

b).- Que, como consecuencia lógica del carácter permanente del delito de secuestro cabe desestimar la prescripción alegada por las defensas, tanto como causal de extinción de la responsabilidad penal como de circunstancia atenuante de la misma, debido a la inexistencia de antecedentes que permitan dar inicio al cómputo del plazo de prescripción por obra de un contexto que facilitó los secuestros de autos y la acción de los propios sujetos activos de los delitos que sin hacer cesar la privación de libertad, sabían o no podían menos que saber el destino final de las víctimas.

c).- Que, el transcurso del tiempo ?fundamento base de las dos modalidades de prescripción precitadas-, debe analizarse a la luz de la identificación de sus causas, en el caso sublite la existencia de patrones sistemáticos y generalizados orientados a sustraer de la justicia determinados hechos imposibilitando y dificultando significativamente su realización; encubrir violaciones a derechos fundamentales y pretender la impunidad de los involucrados.

d).- Que en ese contexto, la institución de la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal, debe interpretarse progresivamente acorde con la mayor evolución del derecho internacional de los derechos humanos y aplicarse las penas correspondientes dentro de las facultades discrecionales que la ley autoriza de acuerdo a las complejidades y particularidades propias de cada caso. Al respecto, el caso sublite ocurrió en un período de la historia y de la vida de Chile en que se perpetró la mayor parte y los más violentos crímenes de estado a la sazón imperante, tal como lo explicitó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ?Almonacid Arellano y otros vs. Chile?: ?desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de Marzo de 1990 gobernó en Chile una dictadura

militar que dentro de una política del Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas y 33.221 detenidos de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura. De igual forma la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses de gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura? (Sentencia de 23 de Diciembre de 2006, párrafo 103). La aplicación del artículo 103 del Código Penal y sus alcances en la reducción significativa de las penas, no han pasado inadvertidas para la O.C.D.E. en un informe reciente, si bien sobre la aplicación de la Convención contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, párrafo 179.

e).- Que, las precedentes consideraciones no significan un juzgamiento histórico ni institucional pero sí la necesaria argumentación para desestimar los planteamientos de las defensas de los encausados al tenor de lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal y concluir, en el presente caso, la improcedencia de aplicar la atenuante referida. Admitir la prescripción gradual en casos como el de autos puede incentivar la burla de la ley y la justicia eludiendo o minimizando el castigo con infracción al principio de proporcionalidad de la pena. Además, los fines de prevención de la pena ?general y especial-, dejan de cumplirse ante delitos que por su magnitud y características en el presente caso no autorizan olvidos totales ni parciales, fundamento doctrinario d

e la prescripción. Sin que deba olvidarse, por otra parte, la norma del Reglamento de Disciplina de las Fuerza Armadas en orden a que ?la discreción en asuntos del servicio o estrictamente militares dura para el militar toda la vida?. (artículo 24) la que puede contribuir a explicar las actitudes de los encausados frente a la jurisdicción. Las penas

finalmente aplicadas de aceptarse la prescripción gradual pasan a ser equivalentes a delitos comunes que por la entidad de los bienes jurídicos que protegen no son comparables con los de autos, finalmente,

f).- Que, la aplicación de las Convenciones de Ginebra (Diario Oficial de 17 al 20 de Abril de 1951) y la consiguiente imprescriptibilidad e inamnestiabilidad de los crímenes de guerra tiene un sólido y explícito reconocimiento al estado o tiempo de de guerra que se vivía en el país en la época de los hechos de esta causa, con la dictación de los Decretos Leyes N°s. 3 y 5 de Septiembre de 1973 emitido precisamente por las autoridades especializadas en la materia: miembros de las Fuerzas Armadas de la época y con el funcionamiento de los Consejos de Guerra. De modo que no es coherente pretender la invalidez de tales normas legales para efectos de juzgamientos posteriores de la justicia ordinaria. Finalmente, el objetivo de mayor penalidad derivada de dichos decretos leyes esgrimido como argumento para excluirlos de su aplicación, en opinión del previniente no es tal, sino que sólo consecuencia natural del reconocimiento a ese estado de guerra, pero no autoriza su invalidación. Por lo tanto, las Convenciones de Ginebra impiden aplicar la amnistía y la prescripción con respecto a delitos cometidos en caso de conflictos armados con o sin carácter internacional, situación jurídica vivida en Chile a partir del 11 de Septiembre de 1973.

En consecuencia ambos previnientes coinciden en desestimar el reconocimiento de la denominada ?media prescripción? y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos no procede acoger la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por el carácter de permanente que tiene el delito establecido, no es posible 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 este caso. De esta manera, el cómputo necesario para establecer la

procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir época cierta de término del estado antijurídico creado por la realización del tipo. Se desprende de lo anterior, 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 atenuante del artículo 11, N° 6°, y, entonces, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a los acusados ya individualizados, Leonardo Reyes Herrera, Luís Alberto Soto Pinto, Heriberto Pereira Rojas, Jorge Eduardo Soto Herera, Luís Osmán Yáñez Silva, Jorge Aliro Valdebenito Isler y Enrique Alberto Rebolledo Sotelo, a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, para cada uno, por sus responsabilidades de coautores del delito de secuestro calificado en las personas de Jorge Aillón Lara y María Arriagada Jerez.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados ?por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no

produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a todos los procesados el beneficio de la media prescripción, parecer que fundamentó en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, ello no lo inhibe de participar en esta etapa de la decisión y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y

resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

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

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo; en tanto que el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado integrante Sr. Bates, reiteraron su posición de rechazar esta última circunstancia. En tales condiciones, el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia, por lo que no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable a los procesados, de

manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Bates, y de las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 5.337-08

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a veintitrés de diciembre de dos mil nueve, 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.

