

Sentencia de reemplazo

Santiago, veinticuatro de diciembre dos mil ocho.

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

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos 54°, 65° y 66° que se eliminan.

Del fallo invalidado se reproducen su parte expositiva y sus motivos 1° y 2° y en la decisión, el resuelvo B.

En las citas legales, se agregan los artículos 29, 30 y 103, todos del Código Penal; 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal; 4, 5, 16 y 17 de la Ley 18.216.

En lo resolutivo del fallo, en que sus decisiones se indican en número romano, atendida la circunstancia que se repite el número "VI", para evitar confusiones al primero se le agrega a continuación la letra "A" mayúscula, y al siguiente la letra "B" mayúscula.

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

Primero: Que como ha sostenido esta Corte recientemente en sentencia RCS N° 6212-07, 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.

En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo.

En definitiva, la prescripción gradual constituye una atenuante muy calificada cuyas consecuencias inciden sólo en el rigor del castigo, quedando entregada a la discrecionalidad del tribunal del fondo, disminuir en un grado o dos la pena correspondiente o, simplemente, abstenerse de hacerlo, toda vez que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de determinación de la pena que tiende a favorecer a todo procesado.

Segundo: Que aceptada la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 103 del Código Penal, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos para su procedencia y consideración en la determinación de la pena.

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

Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de

secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados conforme se estableció en los motivos 3° y 6° del fallo en alzada.

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

Quinto: Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar que el procedimiento tendiente a la investigación de los secuestros de marras, respecto a Iván Montti, se paralizó el día 2 de diciembre de 1987, mediante la dictación del sobreseimiento definitivo dictado por la Corte Marcial, que rola a fojas 410, reanudándose el día 26 de enero de 2001, por la interposición de la querella que rola a fojas 1. A su turno, en relación a la víctima Díaz Darricarrere, con fecha 8 de noviembre de 1985, se dictó sobreseimiento temporal en la causa, reabriéndose el sumario el día 9 de enero de 1997, según consta de fojas 604 y 628, respectivamente. Que, conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal, habiéndose paralizado la prosecución de esta causa por más de tres años, en ambos casos, los plazos continuaron corriendo como si la suspensión no se hubiera producido y, consecuentemente, para el recuento del término requerido para configurar la morigerante de responsabilidad penal en estudio en los casos de las víctimas de estos hechos, transcurrieron más de veinte años, entre la del inicio de su comisión y la reanudación del procedimiento que culminó con la condena de los encartados, cumpliéndose, de este modo, la hipótesis temporal a la que alude el citado artículo 103 del código punitivo.

Sexto: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto de todos los acusados, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal y, aún cuando las defensas de los sentenciados Contreras Sepúlveda y Morén Brito no alegaron la expresada circunstancia en sus respectivas contestaciones, atendido lo dispuesto por los artículos 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se les beneficiará, igualmente, con la mitigante referida.

Séptimo: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que Marcelo Moren Brito, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Humberto Zapata Reyes, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6°, del Código Penal, reconocidas en el motivo 58° del veredicto en alzada, y por aquella contemplada en el artículo 103 del texto señalado, que se les acuerda en este fallo, sin que les afecte agravante alguna. Por su parte, a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, le beneficia la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal consultada en el artículo 103 del cuerpo legal citado, sin que concurran circunstancias agravantes en su contra.

Octavo: Que los acusados Morén Brito y Wenderoth Pozo resultaron ser responsables, en calidad de coautores de dos delitos de secuestro calificado que se dieron por establecidos en el fallo de primer grado, sancionado, cada uno de ellos en cuanto a penas privativas de libertad se refiere, con presidio mayor en cualquiera de sus grados, habiéndose determinado conforme al razonamiento 67° del fallo en alzada, que para la aplicación de la pena resulta más beneficioso utilizar el sistema de la acumulación jurídica que contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, específicamente la modalidad establecida en su inciso 2°, que le resulta más favorable que imponerle una pena por cada infracción, que procedería si se aplicara el sistema de la acumulación material que prevé el artículo 74 del Código Penal.

En estas condiciones, la pena base es la de presidio mayor en su grado mínimo y, dado que les benefician dos atenuantes, irreproachable conducta anterior y media prescripción, sin que les perjudique agravante alguna, se rebajará en dos grados dicha penalidad, quedando en presidio menor en su grado medio, castigo que por la circunstancia de la reiteración, se eleva en un grado, quedando en definitiva, la sanción penal en presidio menor en su grado máximo.

Noveno: Que, en lo concerniente a Contreras Sepúlveda, corresponde condenarlo también por los dos delitos de secuestro calificado de que es responsable, utilizándose el mismo procedimiento expuesto en el considerando anterior, por lo que la pena considerada base, de presidio mayor en su grado mínimo, se rebajará por la concurrencia de la minorante del artículo 103 del Código Penal, única que le favorece, sólo en un grado atendiendo a las circunstancias particulares de participación del acusado, quedando el castigo corporal en presidio menor en su grado máximo, pena que en virtud de la reiteración se elevará en un grado, con lo que la sanción privativa de libertad que en definitiva se impondrá será la de presidio mayor en su grado mínimo.

Décimo: Que, por último, respecto de los acusados Krassnoff Martchenko y Zapata Reyes, que son responsables de los delitos de secuestro calificado en calidad de cómplices, les resulta más favorable para la determinación del castigo corporal que les corresponde recurrir al sistema de aplicación de penas de la acumulación material que contempla en el artículo 74 del Código Penal, y en consecuencia, deberá imponérsele una pena por cada infracción penal de que son responsables.

En estas condiciones, la pena base del delito de secuestro calificado de presidio mayor en su grado mínimo, a virtud de lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal, debe imponerse en el grado inmediatamente inferior quedando en presidio menor en su grado máximo, castigo que por la concurrencia de las circunstancias atenuantes que le benefician, se rebajará en dos grados, con lo que el castigo corporal que en definitiva se aplicará será de presidio menor en su grado mínimo por cada uno de los delitos de que son responsables.

Undécimo: Que por las razones que se contienen en los motivos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fs. 4.037, del que se disiente en parte, desde que solicitó confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia apelada de catorce de junio de dos mil seis, escrita a fojas 2.627 y siguientes, con las siguientes declaraciones:

I) Que Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, queda condenado a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor en los delitos de secuestro calificado del artículo 141 inciso 1° y 4° del Código Penal, en su texto vigente a la época de los mismos, en la persona de Eugenio Iván Montti Cordero y de Carmen Margarita Díaz Darricarrere, cometidos en Santiago, a contar del 13 de febrero de 1975.

II) Que Marcelo Luis Manuel Morén Brito y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, quedan condenados a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades de autores en los delitos antes señalados.

III) Que a Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Humberto Zapata Reyes se les impone, a cada uno, la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la

condena y el pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades como cómplices en los delitos descritos en la decisión I) de esta sentencia.

IV) Que atendida la circunstancia que los condenados Moren Brito y Wenderoth Pozo, cumplen las exigencias contempladas en el artículo 15 de la Ley N° 18.216 sobre Medidas Alternativas, se les concede aquélla de la Libertad Vigilada, por el lapso de duración de sus condenas, quedando sujetos al control y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile por el tiempo de sus condenas y al cumplimiento de las condiciones que el artículo 17 de esta ley establece. Si dicho beneficio les fuere revocado, y debieren cumplir efectivamente la condena, ser les abonará el tiempo que estuvieron en prisión de que da cuenta la sentencia de primer grado.

V) Que, por cumplir los sentenciados Krassnoff Martchenko y Zapata Reyes los requisitos que establece el artículo 4° de la ley citada, se les otorga la medida alternativa de la Remisión Condicional de la Pena, quedando sujetos al control del organismo también mencionado, por el tiempo de sus condenas, y al cumplimiento de las exigencias que contempla el artículo 5° del mismo texto legal. Si la medida en referencia les fuere revocada, cumplirán el lapso pendiente de sus condenas, abonándosele el tiempo que estuvieron privados de libertad que determina la sentencia de primer grado.

VI) En atención a la extensión de la pena privativa de la libertad impuesta al condenado Contreras Sepúlveda, no se le concede medida alternativa alguna.

Acordada la condena penal de todos los encausados, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por sus defensas y, en cambio, acogéndola, fueron de opinión de declararla en favor de los mencionados acusados, y por consiguiente, en absolverlos de los capítulos 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 este disidente la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?

3.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados". Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

"Artículo 163.

1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

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

4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses."

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" (Aranzadi, 1996,

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

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º 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 no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley. 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 para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

Tampoco se ha acreditado que el 13 de febrero de 1975 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno.

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 Nº 457-05 , Rol Nº 2165-05, Rol Nº 559-04 y Rol Nº 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol Nº 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro "La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 - 1998) Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo "han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra.

Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia.

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

7.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados de los secuestros calificados en la personas de Eugenio Iván Montti Cordero y de Carmen Margarita Díaz Darricarrere, y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que, en lo penal, los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, ya no por tratarse de un delito de lesa humanidad, sino porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de los delitos que en el proceso han quedado establecidos -de consumación permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. 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 la fecha precisa desde la que cabe contar el término, según lo establece el artículo 95 del Código Penal; en consecuencia, 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, Nº 6° del cuerpo legal citado, respecto de Moren Brito, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko y Zapata Reyes y, por ende, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada pura y simplemente. Respecto del acusado Contreras Sepúlveda Rodríguez, a quien no le benefician atenuantes, son del parecer de aplicarle la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, castigo que resulta de elevar por la reiteración, en un grado, la pena base de presidio mayor en su grado mínimo.

Acordada, asimismo, en cuanto a la decisión civil, con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso de

apelación interpuesto por los actores civiles, y en consecuencia revocar la sentencia que se revisa, sólo en aquella parte que rechaza la acción indemnizatoria por daño moral intentada por doña Gloria Araya, cónyuge sobreviviente de Eugenio Iván Montti Cordero y por Raimundo Díaz Darricarrere, hermano de Carmen Díaz Darricarrere, dirigida en contra del Fisco de Chile, y acogerla en todas sus partes, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

1) 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 al fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

2) Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos-cometidas por agentes del estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

3) 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 reparatorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contratos o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo.

4) 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.

5) Que a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de interpretar 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.

Redactó el fallo el Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 1013-08.-

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura Peña, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urrea y Carlos Künsemüller Loebenfelder.