

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil ocho.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo estatuido en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de Enjuiciamiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los motivos trigésimo quinto, trigésimo sexto, cuadragésimo y cuadragésimo primero, que se eliminan.

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

En cuanto a las apelaciones:

En lo penal:

1°).- Que en cuanto a las defensas fundadas en la inexistencia de los hechos investigados, su falta de acreditación o falta de participación, este tribunal estima que dichos extremos han sido adecuadamente establecidos en los fundamentos 5°, 8°, 11° y 14° del dictamen en alzada, que se han tenido expresamente por reproducidos.

2°).- Que en lo relativo a la adecuada calificación del delito, los hechos fijados irrevocablemente en la reflexión quinta del dictamen que se revisa, sólo pueden enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal tal como lo explicita la sentencia de primer grado en su motivación sexta, porque se dan estrictamente los requisitos de: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) duración de la detención y encierro por más de noventa días tal situación, sin que

obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos la defunción del ofendido como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo, por lo que no es posible concluir la muerte de la víctima. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, como un delito permanente, por cuanto la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

3°).- Que se ha argumentado igualmente que el delito cometido por los acusados no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que aún se encuentran privados de libertad, lo que resulta inverosímil transcurridos más de treinta años.

Sin embargo, en este proceso ha quedado absolutamente acreditado que la víctima fue privada ilegítimamente de su libertad el treinta de julio de 1974, data en que se consumó, a su respecto, el delito de secuestro por el cual se ha sustanciado este proceso. Lo que el tribunal no ha podido establecer, a pesar de las averiguaciones enderezadas en ese sentido, es si tal ilícito cesó de cometerse ? es decir, si las víctimas murieron o recuperaron su libertad - en algún momento posterior. De allí que no se puede hacer otra cosa que entender que tal hecho criminal continúa en curso de consumación, sin que le fuera viable fijar una época en la 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, indagó, aunque sin éxito, lo relativo al cese de la privación de libertad que estima comprobada, lo

que se tradujo en averiguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte del afectado, sin que ambos extremos resultaran establecidos.

4°).- Que, asimismo, se ha alegado que en caso de estimarse legalmente acreditado el delito, la conducta perseguida es subsumible en el tipo contemplado en el artículo 148 del Código Penal, esto es, de detención

ilegal y no de secuestro, porque a la data de la ocurrencia del evento los acusados tenían la calidad de funcionarios públicos, puesto que se desempeñaban en entidades fiscales como el Ejército de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del mismo ordenamiento llamada por la doctrina ?detenciones ilegales? y que es plenamente aplicable al ilícito en estudio. Al respecto, es útil destacar que nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico. Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, los casos en que no concurren los requisitos que hacen precedente la figura privilegiada, corresponden a la conducta genérica de privación de libertad, o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario dependerá del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, contenido en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 del mismo texto, según la siguiente hipótesis disyuntiva: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad contemplada en el artículo 141, ya sea su hipótesis genérica o cu cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso.

De suerte que el delito de detención ilegal cometido por empleado público no es un tipo singular en relación de alternatividad con la figura común de privación de libertad, sino que un título de incriminación especial en conexión de alternatividad con el tipo privilegiado expresamente reconocido por el Código Penal. De este modo, la regla general del sistema es la sanción de la privación de libertad bajo alguno de los supuestos del delito común previsto en el mentado artículo 141, ya sea cometido por un funcionario o por cualquier otra persona. La concurrencia de ciertos elementos, valorados positivamente por el legislador, justifican un tratamiento favorecido, tratándose de funcionarios públicos, el otorgado por el artículo 148 y en el caso de cualquier otra persona, el otorgado por el artículo 143 del Código Penal.

Para discernir donde debe insertarse la conducta de los inculcados, es necesario precisar que el funcionario no sólo debe actuar guiado por un interés en la cosa pública, sino que su intervención debe demostrar también objetivamente un importante grado de congruencia o concordancia con el sistema o procedimiento regular de privación de la libertad individual.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la fórmula lingüística de alcance universal: "el que".

El concepto de "particular" no es idóneo para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos singulares de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales. Y el ciudadano común no tiene un deber específico de respetar o proteger la libertad de sus conciudadanos.

En nuestra sistemática legal, el uso del término "particular", como noción opuesta al de "empleado público", sólo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al delito de comisión por los segundos.

5°).- Que, por consiguiente, la privación de

libertad ejecutada por un funcionario público sólo puede satisfacer el tipo del artículo 148 en la medida que concurren determinadas circunstancias que conduzcan a la valorización del hecho como menos grave desde el punto de vista de su antijuridicidad material. Sólo así se justifica que se desplace la aplicación del artículo 141. Se trata de circunstancias que hacen imposible reconocer en la conducta del funcionario público una determinada conexión con el sistema institucional de vulneración legítima de la libertad de las personas. Si no se satisface esta exigencia de conexión o correspondencia, la conducta del funcionario público debe considerarse punible en los términos del delito común de privación de libertad del artículo 141? (Juan Pablo Mañalich: ?Delitos contra intereses personalísimos?, en Comentario de la Jurisprudencia del año dos mil tres, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Número I: 2004, Peñalolén, año dos mil cuatro, páginas 275 y 276).

Por lo tanto, es preciso la identificación de las propiedades o elementos típicos que definen la posición del injusto de detención por funcionario público como un injusto especial frente al común de privación de libertad.

Con el señalado fin se han estimado como parámetros decisivos para determinar cual de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (Antonio Bascuñán Rodríguez: ?Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución?, materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, de la Universidad de Chile, segunda versión actualizada, mil novecientos noventa y ocho, páginas 23 a 27). Lo esencial, en todo caso, se advierte en el grado de obstaculización del sistema administrativo y judicial de control de la privación de libertad; mientras mayor sea esa obstaculización, mayor será la gravedad del

abuso de la función comprometida en la privación de libertad.

6°).- Que los elementos probatorios reunidos durante el transcurso de la litis no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para enmarcar la acción de los acusados en el aludido artículo 148.

En efecto, no consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada haya obedecido a un delito cometido por la víctima, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se le pusiera a disposición de algún tribunal de la República para su procesamiento, sino que, por el contrario, tal como se lee de los hechos irrevocablemente fijados por el fallo de primer grado no alterado por el de segundo, Ofelio de la Cruz Lazo Lazo fue detenido sin orden de autoridad competente que lo justificase, siendo conducido al centro de detención clandestino conocido como "Londres N° 38", desde donde desaparece luego de su paso por el mismo, por lo que no es posible recalificar el hecho, como de detención ilegítima, según lo pretende la defensa de los acusados.

7°).- Que, la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 1° del Decreto Ley N° 2.191 y genéricamente en el artículo 93, N° 3° del Código Penal, opuesta por los enjuiciados, no aparece configurada, pues como lo ha concluido esta Corte en diversas oportunidades, 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, asumiendo 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 ese momento 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 a lo dispuesto en 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?.

8°).- 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 números 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 disponerse 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.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de

guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era ¿para todos los efectos de dicha legislación?, o sea, del 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 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, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse los injustos materia del actual litigio.

9°).- Que los señalados Convenios de Ginebra 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.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3° común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo r

elativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3° de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, 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, consignó una lista de tales condiciones ¿ sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, para luego puntualizar con la mayor

claridad 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?.

Corroborar lo anterior el hecho que el objetivo 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 está 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 calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje 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.

10°).- Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este proceso criminal, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos de la mínima consideración que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad

humana.

11°).- Que, en consecuencia, resultan plenamente aplicables a los hechos criminosos indagados, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, 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 cometer, 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 medidas necesarias 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 ellos, 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.

12°).- Que, en conclusión, 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, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los a gravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

13°).- Que si bien es cierto, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad, no lo es menos que si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria. Más aún si tenemos en cuenta que el Derecho Internacional en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria una implementación adicional, como sucede con los artículo 131 y 148 de los Convenios de Ginebra III y IV, respectivamente, vigentes en Chile a la época de los sucesos pesquisados y, por ende, no podrán ser desconocidos por la República sin previa denuncia de los Convenios, es directamente aplicable por los tribunales nacionales.

14°).- Que en esta perspectiva la llamada ley de amnistía ? dictada por la autoridad de facto que había asumido el ?Mando Supremo de la Nación?- puede ser claramente señalada como un acto de

autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

15°).- Que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra,

a, por lo que es inaplicable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

16°).- Que, si bien este decreto ley, ha dispuesto expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el ilícito de autos comenzó a perpetrarse el treinta de julio de 1974, y desde entonces no se tuvo más noticias de la víctima existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, época de la expiración del plazo contemplado en su artículo 1°, el ofendido no había aparecido y no se tenía informes de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

De tal manera, a pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que "esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado" (Rafael Fontecilla R.: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y ocho, N° 675, página 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha

institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. Así, no parece razonable que se invoque la aplicación de la ?amnesia? u ?olvido? cuando en la práctica el delito no ha finalizado en sus efectos.

17°).- 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 concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

Efectivamente, el presente ilícito fue cometido en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les atribuyó pertenencia ideológica al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados. Garantizándoles 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 atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.

18°).- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como son presentados en la sentencia que se analiza; así como el contexto en el que indudablemente debe inscribirse la participación que los encartados han tenido en el secuestro calificado de Lazo Lazo, no

cabe duda alguna que debe ser subsumido a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perj

uicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

Es así como el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados 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, constituyendo, 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.

19°).- Que en lo que dice relación con la prescripción de la acción penal que también se alegó respecto de la responsabilidad de Contreras Sepúlveda, Krassnof Martchenko y Moren Brito derivada de los sucesos investigados, contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal; no es dicha causal de exención de la responsabilidad criminal procedente, porque como se consignó anteriormente, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna y eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y

nueve.

20°).- Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: ?Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior?, de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°, 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, la detención ilegal, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

21°).- Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no atañe sólo a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para otorgar extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

22°).- Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos hechos son imprescriptibles.

23°).- Que según se determinó antes, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad

d, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

24°).- Que, de acuerdo con lo anterior y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio, son imprescriptibles, por cuanto, es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

25°).- Que, con todo, cabe advertir que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechores, corresponde a lo que se denomina un delito 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 algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen 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 de 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 delito queda consumado en un solo instante, esto es, 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 de 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 un momento 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 un solo momento, 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 acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo 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 conducta. ¿Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede perdurar 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 conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5°, 225, N° 5°, y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos emplean la expresión "continuar" 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 que 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 MacIver: ?Derecho Penal Chileno?, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cinco, páginas 316 a 319).

26°).- Que el carácter de permanente se ve influido por el bien jurídico amparado por el delito y por las modalidades de comisión. Respecto de lo primero, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito o ambulatoria, valorada como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto. En cuanto a lo segundo, las modalidades de comisión (?encerrar? y ?detener?) determinan que el ilícito 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 ?resultados de las acciones u omisiones- se consuman en un instante efímero de tiempo, como el homicidio. Antes bien, se exige jurisprudencial y doctrinariamente que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el delito.

Conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro ?uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal- el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción, que el artículo 141 del Código Penal describe 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 situación 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.

27°).- Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo?" La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo? (Ob. Cit. página 250; Gustavo Labatut, Ob. Cit. página 298; Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Página 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y dos, página 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal, Parte General", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición actualizada, año 1998, página 257; Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., año mil novecientos noventa, página 92; Gonzalo Yuseff Sotomayor: "La Prescripción Penal", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año dos mil cinco, página 90; y Manuel de Rivacoba: "El delito de usurpación y el problema de su prescripción", en Gaceta Jurídica N° 48, junio de mil novecientos ochenta y cuatro, página 3).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes 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°). 28°).- Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, opera, en la situación del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma ?en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva? (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, página 167).

Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en el evento de haber ocurrido ésta, por lo que se denegará la alegación intentada en este sentido; sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, relativo a la procedencia de la media prescripción. par29°).- Que en relación a la cosa juzgada invocada por la defensa de Contreras Sepúlveda, es preciso tener en cuenta que, en materia penal, la cosa juzgada que emerge de las resoluciones judiciales señaladas por la ley, permite la real vigencia del derecho, impidiendo una nueva persecución penal por los mismos hechos, constituyéndose en un obstáculo para un nuevo enjuiciamiento al entender resuelto el conflicto que motivó el ejercicio de la jurisdicción. La cosa juzgada por una parte posibilita el cumplimiento de lo decidido y, por la otra, impide que el asunto sea revisado en otro juicio, en pos del mantenimiento del orden y la tranquilidad social. El non bis in ídem, que procura impedir una doble sanción por el mismo hecho, es cautelado o garantizado a través de la excepción de cosa juzgada.

30°).- Que ante las distintas modalidades de la cosa juzgada civil y penal, las reglas de la primera no resultan del todo aplicables a la segunda. En efecto las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona responsable él, de este modo al no exhibir la segunda una reglamentación clara, como la tiene en materia civil, la doctrina unánime -compartida en reiterados fallos por este tribunal - sostiene que no le es aplicable la triple identidad proclamada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, postulando como únicas exigencias la identidad de los hechos punibles investigados e identidad de sujetos activos del delito, en función de aquello que constituye lo central del proceso penal, a saber la acreditación de los hechos que constituyen la infracción penal y la determinación de la o las personas responsables del mismo, extremos sobre los cuales, en consecuencia, versa el juzgamiento, cuya repetición se impide a virtud de la cosa juzgada.

31°).- Que lo anterior aparece recogido por el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, de lo que es posible desprender que para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del ?actual procesado?, alcanzando sólo a quienes han sido partes en el proceso anterior, lo que viene a significar- en sede procesal penal- que el actual procesado debe haberlo sido también en la anterior causa.

32°).- Que en los autos Rol N° 553-78 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, que motiva la cosa juzgada esgrimida en estos autos, no se determinó ningún responsable de los hechos denunciados relativos a la desaparición de la víctima de autos, ni se interrogó a persona alguna en calidad de querellado o inculpado, ni se dictaron autos de procesamiento, como se da cuenta en el fundamento 27° del fallo en alzada, en términos que entre ellas no concurre ?la identidad del actual procesado? que permita afirmar la existencia de la excepción

invocada.

33°).- Que, 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, consagrada en el artículo 103 del Código Penal.

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 tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como los que se auscultan, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso no ocasiona la desaparición por completo de la necesidad de la pena, nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido 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 individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado.

Por lo demás, cabe considerar que por su carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal que la consagra, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de

legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Desde este punto de vista, no se advierte ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellos preceptos sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Así, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no existe razón que impida considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata.

34°).- Que como resultado de lo relacionado precedentemente, los acusados se encuentran beneficiados con la causal de mitigación de la pena que contempla el artículo 103 del Código sancionatorio.

35°).- Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que Marcelo Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko, resultan favorecidos por las atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 6°, del Código Penal y 211 del de Justicia Militar, reconocidas en los motivos trigésimo primero y trigésimo segundo del veredicto en alzada, respectivamente, y de la contemplada en el artículo 103 del texto criminal, que se les acuerda en este fallo, sin que les afecte agravante alguna. Por su parte, a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, le benefician las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal consultadas en los artículos 11 N° 6° y 103 del cuerpo legal citado, sin que concurren circunstancias agravantes en su contra.

36°).- Que los tres acusados resultaron ser responsables, en calidad de coautores de un delito de secuestro calificado que se dio por establecido en el fallo de primer grado, sancionado, en cuanto a penas privativas de libertad se refiere, con presidio mayor en cualquiera de sus grados, en términos que en lo que dice relación con Moren Brito y Krassnoff Martchenko, la pena base es la de presidio mayor en su grado mínimo, y, dado que les benefician las tres atenuantes antes

mencionadas, sin que les perjudique agravante alguna, se rebajará en dos grados dicha penalidad, quedando en presidio menor en su grado medio, en el quantum de tres años.

37°).- Que, en lo concerniente a Contreras Sepúlveda, corresponde condenarle por secuestro calificado, por lo que la pena de presidio mayor en su grado mínimo, considerando que le benefician dos circunstancias atenuantes y no le perjudica ninguna agravante, se rebajará en un grado dicha penalidad, quedando en presidio menor en su grado máximo, en el quantum de cinco años.

38°).- Que en lo relativo a las demás defensas esgrimidas por los acusados, esta corte comparte el razonamiento del sentenciador de primer grado, plasmado en los fundamentos 29°, 30°, 33°, 34°, respecto de la falta de concurrencia de las eximentes contempladas en los numerales 10 y 8 del artículo 10 del Código Penal; la alegación de inconstitucionalidad del artículo 141 del mismo cuerpo legal; las minorantes contempladas en el artículo 11 N° 1, en relación con la primera eximente mencionada, así como las atenuantes contempladas en los números 5, 8, 9, 10 del artículo 11 del código punitivo.

39°).- Que conforme a lo expresado, aparece de manifiesto que este tribunal no comparte las opiniones del Ministerio Público Judicial, vertidas en su informe de fojas 1845, en cuanto estuvo por revocar parcialmente la decisión en alzada y absolver a los inculcados Moren y Krassnoff.

En lo civil:

40°).- Que en lo atinente a las alegaciones de incompetencia absoluta formulada por el Fisco de Chile, es dable precisar 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.

41°).- 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.

42°).- 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 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 penal, 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.

43°).- 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.

44°).- Que, a mayor abundamiento, no se puede 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 el presente veredicto, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de ?lesa humanidad?, calificación que no sólo trae 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.

45°).- Que, de esta manera, cabe acoger la acción civil deducida en autos, que tiene 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 de 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. Así, 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.

46°).- Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado de Chile, 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 interno de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Aún más, en lo relativo a la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad objetiva del Estado, es dable recordar que la doctrina nacional más reciente enseña que la responsabilidad del Estado está constitucionalmente prevista y consagrada de modo genérico para todos los órganos estatales en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y

, de modo específico, para todos los órganos administrativos, por varias notas que la hacen diferenciarse de los otros tipos de responsabilidad. Se trata de ¿una responsabilidad de una persona jurídica estatal?, por lo que no es aplicable a ella toda la estructura subjetiva con la que se organiza la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, sobre la base de la culpa o el dolo y, por lo tanto, no puede serle aplicada la regulación normativa correspondiente. ¿Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende de imposible estructuración técnica sobre la base de la culpa o el dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material? atendida la relación causal entre el daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar aquella? (Eduardo Soto Kloss: ¿Derecho Administrativo, Bases Fundamentales?, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, página 309).

47°).- Que en cuanto a la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios, alegada por el Fisco, esta será rechazada, atendido que lo perseguido en la demanda civil es la responsabilidad del Estado de Chile, por la acción de sus agentes, constitutivas del delito de secuestros calificados, ilícitos de carácter permanentes e imprescriptibles, naturaleza jurídica que también afecta a la acción civil intentada en autos, de conformidad a lo estatuido en el artículo 2.332 del Código Civil.

48°).- Que en relación a las alegaciones relativas a la acreditación de los hechos expuesto en la demanda, con el mérito de lo expuesto en los fundamentos quinto, sexto, noveno, duodécimo y décimo quinto de la sentencia en revisión, que se dan por reproducidos, se encuentra acreditado en autos tanto la existencia del delito de secuestro calificado, como la responsabilidad de los autores, que en el caso específico, tienen la calidad de agentes de Estado.

49°).- Que, por último, en cuanto a la alegación fiscal sobre la prueba del daño moral, cabe recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o

dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

50°).- 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.

51°).- Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve al mismo tiempo, la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho mal, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido, de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste.

Entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto producen un sufrimiento, que no requiere de evidencia, pero que, en todo caso, debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

52°).- Que, en consecuencia, ha de darse por establecido que Ruth Alicia y Hugo Gabriel, ambos de apellidos Lazo Pastore, hijos de Ofelio Lazo Lazo ?vinculación que no se ha objetado ni discutido- tenían con el mencionado ofendido una relación de cercanía y afecto, lo que junto

con las declaraciones de fojas 1588, 1591, 1592 hacen presumir que el secuestro de Lazo Lazo, así como las circunstancias en que ello sucedió, han provocado a los actores un dolor, un sufrimiento y angustia por la pérdida y por la manera que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral que debe indemnizarse.

53°).- Que en relación, ahora, al valor de lo demandado a título de indemnización por el daño moral, que se estima excesivo, éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa.

54°).- Que atendido el mérito de los antecedentes del proceso y acorde con lo razonado anteriormente, se acogerá la demanda de autos, rechazándose las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, sólo en cuanto se le condena a pagar la suma de \$100.000.000.- (cien millones de pesos) para cada actor, por concepto de daño moral, suma que se reajustará según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor, fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre la fecha de la notificación de la demanda y su pago efectivo, más los intereses corrientes para operaciones reajustables desde que se constituya en mora.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 30 y 103 del Código Penal, 509 y 514 de su homónimo de Enjuiciamiento Penal, 2.332 del Código Civil, 418 del Código de Justicia Militar, lo establecido en el Decreto Ley, N° 5° de 1973 y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra SE DECLARA que:

I.- SE CONFIRMA la sentencia apelada de quince de junio de dos mil siete, escrita a fojas 1698 y siguientes CON DECLARACIÓN que:

a).- Se condena a JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a enterar las costas del litigio, por su responsabilidad de coautor en el delito de secuestro calificado en la persona de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo, cometido en

esta ciudad de Santiago, desde el treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

b).- Se condena a MARCELO LUIS MANUEL MOREN BRITO Y A MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y a enterar las costas del litigio, por su responsabilidad de coautores en el delito de secuestro calificado en la persona de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo, cometido en esta ciudad de Santiago, desde el treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

II.- En lo civil, SE REVOCA la decisión apelada y, en su lugar se declara que SE ACOGE la demanda civil interpuesta por el letrado Alberto Espinoza Pino en el primer otrosí de su presentación de fojas 1.143 , en representación de Ruth Lazo Pastore y Hugo Lazo Pastore, sólo en cuanto se condena al Fisco de Chile a pagar a cada actor la suma de \$ 100.000.000.- (cien millones de pesos), por concepto de indemnización por el daño moral padecido, con más los intereses y reajustes en la forma que se detalla en el basamento 54°).- de esta sentencia, con costas.

Acordada la decisión penal con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por los condenados y, en cambio, acogéndola, fu

e de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a su favor, consiguientemente 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 pre sidio 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 28 de octubre de 1974. 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 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. 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

o, 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, el disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

?Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que

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

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 un

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

los efectos de dicha legislación.

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

que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley 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 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes 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 de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo, y en ello se funda el parecer de este juez 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, y no obstante estar acuerdo con las consideraciones vertidas en la sentencia de casación que antecede, consideran 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- no es posible 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 ser éstos, como se dijo, de efectos permanentes. 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 fecha cierta de su consumación, 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°, respecto de López Tapia y, por ende, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada pura y simplemente.

El Ministro señor Ballesteros, por su parte, si estuvo por aplicar la media prescripción a favor de los referidos encausados, considerando que dándose en la especie los requisitos legales para la concurrencia

de la prescripción completa, como expresó en su disidencia, desde luego se cumplen aquellos previstos para la media prescripción como causal de disminución de la responsabilidad penal establecida. La circunstancia que, conforme aparece, se inscriba su voto por revocar la sentencia y absolver a los acusados por la concurrencia de la prescripción, no le inhibe, acogidas las condenas y desechada la prescripción, sumarse a los votos tendientes a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje las penas por la media prescripción contemplada en el artículo 103 del texto penal, que exige requisitos distintos, que sí se cumplen.

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Rodríguez y Ballesteros, quienes fueron de opinión de acoger la excepción de incompetencia opuesta por el Fisco de Chile, atendidas las siguientes razones:

1.- Que con arreglo al artículo 10 del Ordenamiento Procesal Penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento punitivo, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

2.- Que, en este orden de ideas, a pesar que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un cánón excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

3.- Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe

preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien, por una parte, pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo los prejudiciales y precautorias; al mismo tiempo estableció un límite claro a las mismas, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata ?consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquel y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y

mentar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

4.- Que, corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: "De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda al campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado".

5.- Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código Adjetivo Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en asiento penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

6.- Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitado el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades

civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y/o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales.

7.- Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

8.- Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro, que como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: ¿la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho?.

Añadiendo que ¿en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad? (Corte Su prema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

9.- Que por las razones consignadas en las reflexiones que anteceden, los disidentes son de opinión de acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, planteada por el Fisco de Chile en lo principal de su escrito de fojas 1.219, y, consecuencialmente, denegar la acción civil incoada.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo, y de las prevenciones y disidencias, sus autores.

Rol N° 6.212 ? 07.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, 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.