

Santiago, veinticinco de agosto de dos mil once.

VISTOS:

En estos autos N° 2.182-98, denominado “**Episodio Herbit Ríos Soto**”, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintinueve de marzo de dos mil siete, escrita de fojas 2.441 a 2.629, y de su complemento de veintiséis de octubre de ese mismo año, que rola a fojas 2.735, se resolvió castigar a los encausados que se indican a continuación, debiendo satisfacer las siguientes sanciones:

a) **Miguel Krassnoff Martchenko**, a *quince años y un día* de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago.

b) **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** a *quince años* de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago.

c) **Marcelo Luis Moren Brito, Osvaldo Enrique Romo Mena, Rolf Gonzalo Wenderoth Bravo, Basclay Humberto Zapata Reyes, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Eduardo Lauriani Maturana**, a sufrir cada uno de ellos *diez años y un día* de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales respectivas y a satisfacer las costas del litigio, por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago, y

d) **Francisco Maximiliano Ferrer Lima**, a *cinco años y un día* de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales atinentes y a solucionar las costas del pleito, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago. 9

En atención a la extensión de los castigos corporales inflingidos no se les concedió a los enjuiciados ninguno de los beneficios contenidos en la Ley N° 18.216; en la misma sentencia aparece absuelto del cargo de ser autor del delito Orlando José Manzo Durán.

Finalmente, en su sección civil, se acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile a las demandas civiles de indemnización de perjuicios dirigidas en su contra.

La anterior decisión fue recurrida de apelación por las asistencias jurídicas de Contreras, Ferrer, Krassnoff, Moren, Wenderoth, Espinoza y Lauriani según consta de fojas 2.653, 2.655, 2.660, 2.673, 2.678, 2.686 y 2.691, respectivamente; el enjuiciado Romo apeló en el acto de su notificación, a fojas 2.639; en tanto que el mismo medio de impugnación utilizó el querellante particular y demandante civil a fojas 2.707; los informes del Ministerio Público Judicial fueron evacuados a fojas 2.713 y 2.825, quien estuvo por confirmar, en lo apelado, aprobando en lo consultado la referida sentencia. Posteriormente, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por dictamen de diecisiete de abril de dos mil nueve, que rola de fojas 3.015 a 3.017, procedió en primer lugar a rechazar el incidente de nulidad de

derecho público interpuesto en esa sede por la defensa de Contreras Sepúlveda, y a continuación confirmó la sentencia recurrida en todas sus partes, aprobándola en lo demás consultado, así como el sobreseimiento definitivo parcial de seis de agosto de dos mil siete que rola a fojas 2.721.

Contra el anterior pronunciamiento se entablaron sendos recursos de casación en la forma, por parte de la defensa del sentenciado Wenderoth Pozo, contenido en lo principal de fojas 3.041, sustentado en el literal 9° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal; en tanto que dedujeron libelos de casación en el fondo las asesorías letradas de Espinoza Bravo, Zapata Reyes, Wenderoth Pozo y Krassnoff Martchenko, en lo principal de sus presentaciones de fojas 3.019, 3.034, 3.041 y 3.054, respectivamente, asilados en los ordinales 1° y 5° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal; y por último, los querellantes particulares y demandantes civiles dedujeron respecto de la fracción civil un recurso de casación en el fondo, conforme reza de fojas 3.068 y siguientes, sustentado en la causal del inciso final del artículo 546 del cuerpo legal ya citado.

A fojas 3.101, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el inciso primero del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 de su homónimo de Enjuiciamiento Penal, habilita a este tribunal para invalidar de oficio una sentencia cuando del examen de los antecedentes aparece que durante el proceso o con motivo de la dictación del fallo se haya cometido algún vicio que franquea la casación formal.

SEGUNDO: Que la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del edicto censurado, sin que haya sido posible invitar a los abogados de los comparecientes a debatir acerca del tema.

TERCERO: Que el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, en su literal cuarto, manda que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su ordinal quinto, con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.”

CUARTO: Que, en relación a lo dicho, el artículo 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal preceptúa que la Corte deberá invalidar el fallo cuando no se haya extendido en la forma dispuesta por la ley, remitiéndose para ello a lo dispuesto en el artículo 500 del mismo estatuto procesal criminal, expresamente en sus numerales 4° y 5°, transcritos en el motivo precedente.

Tales exigencias imponen al sentenciador la obligación de explicar los motivos por los que, de acuerdo con la ley o la doctrina imperante, se han determinado las penas específicas que impondrá en lo resolutivo, con el objeto de cumplir con el imperativo legal de fundamentar las resoluciones judiciales, otorgando autoridad a las decisiones del órgano jurisdiccional, dando así aplicación a la garantía constitucional de un racional, justo y debido proceso. En efecto, la motivación del fallo es una garantía que procura evitar la arbitrariedad o mera subjetividad, obligando al órgano jurisdiccional a entregar las razones que lo llevan a juzgar como lo hizo.

QUINTO: Que, conforme se aprecia de la

lectura del motivo 61° del fallo de primer grado, el juzgador de esa instancia, analizando la minorante alegada por las defensas de los enjuiciados Espinoza, Romo, Wenderoth, Zapata, Lauriani y Krassnoff, referida a la media prescripción, contenida en el artículo 103 del Código Penal, indicó que: “...*procede desechar la existencia de la denominada “media prescripción”, en razón de lo analizado y resuelto en el motivo 42° de este fallo...*”, en circunstancias que aquél se refiere a los motivos entregados por el mismo jurisdiscente, pero para rechazar una institución del todo diferente, como fue la de la prescripción de la acción penal, opuesta como causal extintiva de la misma responsabilidad, dejando en los hechos sin razones su negativa a acceder a considerar la atenuante mencionada, lo que la transforma en una mera afirmación.

Lo anterior se confirma, al agregarse a continuación en el mismo motivo que “...*sin perjuicio de lo antes expuesto respecto de la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, en cuya virtud los “Convenios de Ginebra” impiden la aplicación de la prescripción total o gradual, respecto de delitos cometidos en caso de conflictos armados sin carácter internacional; de igual modo, como se expresó anteriormente, que las normas de la “Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas” y de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad”, apreciaciones claramente vinculadas a la prescripción total como causal extintiva de responsabilidad penal, utilizadas, no obstante para desechar la aplicación del citado artículo 103.*

SEXTO: Que, el resolver de esa forma el juez de la causa extendió inadecuadamente los efectos de la inoperancia de la causal extintiva de responsabilidad de la prescripción de la acción penal, que es del todo diferente de la atenuante alegada. Y dado que los jueces de alzada reprodujeron en esa parte dicha sentencia, sin agregar ni eliminar reflexión alguna, fluye que conservaron íntegramente las abstenciones e inadvertencias anotadas y el vicio formal consiguiente.

SÉPTIMO: Que, la decisión recurrida ha omitido toda motivación que permita descubrir sus fundamentos y ratiocinios para pronunciarse sobre el punto señalado precedentemente, reproduciendo meras aseveraciones, careciendo por tanto de aquella base legal necesaria para que los litigantes puedan apreciar con certeza la justicia que se les administra.

OCTAVO: Que, dado lo expuesto, dicho veredicto queda sin una base lógica y por la serie de omisiones anotadas, claramente incurso en el literal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el artículo 500, N° 4° y 5°, de la misma recopilación, cuyos textos ya fueron citados en motivos anteriores, lo que implica que la sentencia en análisis no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley, deficiencia que, no puede subsanarse sino con la anulación del fallo respectivo, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544 de la compilación adjetiva penal antes citada.

NOVENO: Que pueden los tribunales, conociendo por la vía del recurso de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

Visto, además, lo prevenido en los artículos 500, N°s. 4° y 5°, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775, 786 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **SE ANULA**

DE OFICIO la sentencia de diecisiete de abril de dos mil nueve, que consta de fojas 3.015 a 3.017, la que es nula, y se la sustituye por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

En razón de lo resuelto, se tienen por no deducidos los recursos de casación en el fondo promovidos por los acusados Espinoza Bravo, Zapata Reyes, Wenderoth Pozo y Krassnoff Martchenko, en lo principal de sus presentaciones de fojas 3.019, 3.034, 3.041 y 3.054, así como el de los querellantes particulares y demandantes civiles de fojas 3.068 y siguientes; y no se emite pronunciamiento sobre el recurso de casación en la forma intentado por la defensa de Wenderoth Pozo a fojas 3.041.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller no concurre a la invalidación del fallo, en virtud de que las anomalías a que se refiere la presente sentencia de casación, basada en la falta de fundamentación para desechar la morigerante de la media prescripción o prescripción gradual de la acción penal, en su opinión, carece de influencia en lo dispositivo de lo resuelto, en atención a que, de todos modos, resulta improcedente, debido a las razones que expondrá en la sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Künsemüller.

Rol N° 6823-09.

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de agosto dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticinco de agosto de dos mil once.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, y de la decisión que precede, se dicta el siguiente edicto de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce el pronunciamiento apelado, así como su complemento de veintiséis de octubre de dos mil siete, escrito a fojas 2.735, con excepción de sus motivos 61º) 67º) y 68º), contenidos en la primera, los que se eliminan.

En la cita de las disposiciones legales, se excluye la referencia que se hace de los artículos 28 y 74 del Código Penal.

Se reproducen, asimismo, de la sentencia anulada, sus motivos 1º) a 5º), ambos inclusive.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que con arreglo al establecimiento de la realidad fáctica que se consigna en el raciocinio 2º), del laudo de primer grado, ha quedado absolutamente acreditado que el ofendido Herbit Guillermo Ríos Soto, fue privado ilegítimamente de su libertad en la ciudad de Santiago en horas de la noche del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, data en la que se cometió, a su respecto, el delito de secuestro por el cual se ha incoado este sumario y desde entonces ha perdurado el estado antijurídico (el resultado) por voluntad de los delinquentes. Lo que el tribunal no ha podido determinar, a pesar de las pesquisas enderezadas en ese sentido, y dada la falta de cooperación al efecto, es si tal lesión del bien jurídico cesó, –es decir, si la víctima murió o bien recuperó su libertad- en alguna ocasión posterior, sea por obra de los secuestradores o por otras causas independientes de su voluntad. De allí que no puede hacer otra cosa que entender que subsiste el estado antijurídico creado con la detención del ofendido, sin que sea viable fijar un instante en el cual tal fase se detiene. En otras palabras, la indagación ha podido demostrar la iniciación del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización. El tribunal, como se dijo, investigó, aunque sin éxito, lo relativo al término de la privación de libertad que estima probada, lo que se tradujo en averiguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de la víctima, sin que ninguno de esos extremos quedara esclarecido.

SEGUNDO: Que, como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, 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 imperantes en el país constituían un “caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo con el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”, situación que persistió por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley N° 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

TERCERO: Que más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en la reseñada época, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con “bandos” los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, o sea, las normas del Derecho de Gentes; no reprimiendo hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: “Derecho Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación que siguió a los indicados cuerpos legales, se agravó con el imperio de la legislación marcial, que extendió su ya amplia competencia, conceptualmente sólo acotada en puridad de Derecho a eventuales casos de guerra, para habilitar a los Tribunales Militares al conocimiento y fallo de la casi totalidad de los procesos relativos a delitos tipificados por diversas leyes penales de carácter político.

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

En la discusión del artículo 86 del proyecto del Acta Constitucional de 1978, en su tenor primitivo, que sustrae a los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia correccional de esta Corte Suprema, los comisionados señores Ortúzar (presidente) y Lorca y la señora Bulnes concuerdan en que la idea de la guerra ha cambiado. Antiguamente era un enfrentamiento entre dos Estados, de dos ejércitos. En la actualidad la noción es fundamentalmente diversa, porque nadie podrá decir que no existe guerra con la piratería aérea, que puede ser más peligrosa que dos ejércitos luchando fuera de los centros urbanos. Y si se le diera el tratamiento de cualquier delito ocurrido en tiempo de paz, tal vez

se dejaría sin el debido resguardo a principios como los de la seguridad y la defensa nacionales, los que, evidentemente, también han variado en su conceptualización. Y agrega el presidente que estos graves delitos que atentan contra la seguridad interior del Estado tienen su origen, en realidad, en un enemigo externo que está dentro de la casa (sesión N° 333, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y siete, divulgada en el opúsculo del Colegio de Abogados de Chile, imprenta Montegrande S. A., Santiago de Chile, año mil novecientos noventa, páginas 175 y 176).

CUARTO: Que, a la vez, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados, fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, condición expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. Aquél, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, apoyado en el Libro I, Título III del aludido cuerpo de leyes, decretó que “la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia” (artículo único).

A su turno, el Decreto Ley N° 13, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifiesta su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”, que abarca a los prisioneros civiles (artículo 86, inciso segundo, del Código de Justicia Militar).

La peculiaridad de la oportunidad descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en tales circunstancias surgieron y a proclamar la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Corroboró la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre dentro de la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Pueden citarse, entre otras sentencias, las pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 – 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 – 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema, de mil novecientos setenta y cuatro.

Además el Presidente de esta Corte Suprema visitó los campos de prisioneros y otro tanto ejecutó la Cruz Roja Internacional.

QUINTO: Que en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objetivo únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la hipótesis de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra, en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país:

“... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando ‘de hecho ella existiere’. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho”. Luego continúa que: “el inciso primero del artículo 419 señala para considerar que una fuerza está ‘frente al enemigo’, debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan ‘emprendido los servicios de seguridad’ en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho ‘enemigo’, a estar al ‘frente del enemigo’ implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...”.

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

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido (“Plan Lanceta”, “Plan Ariete”, “Plan Cobra”, aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo “Lautaro”, “Plan Trueno”, etcétera). Y es más, el mismo ‘enemigo’ habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ‘Vanguardia Organizada del Pueblo’ (VOP), ‘Brigada Ramona Parra’, ‘Brigada Elmo Catalán’, ‘Frente de Trabajadores Revolucionarios’ (FTR) y ‘Movimiento Obrero Campesino’ (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del ‘enemigo interno’ señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...”.

“Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile” (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: “Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra”, tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 – 73) concluyó que “... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar” (Colegio de Abogados de Chile: “La Justicia Militar en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

SEXTO: Que, por lo demás, las autoridades a la sazón reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra interna, así por ejemplo, en

discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno, General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta (“Antecedentes Históricos – Jurídicos: años 1972 – 1973”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta, página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: “sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso”. “Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados”. “Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

En definitiva, razona que en cuanto a la “Legalidad del estado de guerra”, “la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe”.

Por su parte, la Armada de Chile en su respectiva réplica al indicado Informe, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, asegura en su acápite C “Estado de guerra interna y tribunales en tiempo de guerra”, que la promulgación del Decreto Ley N° 5 se hizo indispensable desde que: “la acción de los grupos subversivos y terroristas organizados en cuadros paramilitares y dotados de armamentos y explosivos, gran cantidad de los cuales eran de origen extranjero, continuaban su acción sediciosa y antinacional en todo el país, especial gravedad tenía el hecho público y notorio, que la subversión contaba en su lucha revolucionaria con el debido apoyo de potencias extranjeras, lo que le daba, además, las características de un ataque foráneo a la integridad de nuestra patria y de sus instituciones fundamentales”. Para luego explicar que “la guerra en general, de acuerdo con las definiciones usuales, es la desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más naciones; es la lucha armada entre dos o más Estados o entre bandos de una misma nación. Cuando grupos paramilitares organizados, aplican la violencia armada como instrumento de acción política para alcanzar el poder, se configura una situación de guerra interna, de naturaleza irregular. El caso de Chile, en los años que siguieron al pronunciamiento del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, constituyó un ejemplo típico de un estado de guerra interna, en el que la Junta de Gobierno estaba permanentemente enfrentada a la enconada acción revolucionaria de grupos violentistas organizados, cuyo objetivo final era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la libertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad”. Concluye que “En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan”.

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

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

Además, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad más alta propia de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, en otras palabras, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

OCTAVO: Que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, 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 prevenido en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra, dado que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Refuerza lo anterior que el propósito de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no esta subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de 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.

NOVENO: Que, por lo demás, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la aludida declaración de estado de guerra, establecido por el único

instrumento legislativo disponible después de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para eludir las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración e imprescriptibilidad respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regula las conflagraciones bélicas en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctimas de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

DÉCIMO: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, tornan competentes a los tribunales militares en tiempo de guerra. Se trata de una jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una alteración de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni las más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

La indicada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

UNDÉCIMO: Que en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrió el hecho ilícito que da origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna, lo que es 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, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los responsables de determinadas acciones, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

DUODÉCIMO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al secuestro cometido en la persona de Ríos Soto, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no 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 perpetrar, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerla comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas 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. En el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, el atentar gravemente contra la integridad física o la salud, las deportaciones, los traslados ilegales y la detención ilegítima.

DÉCIMO TERCERO: Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedados los recaudos tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas a lograr la impunidad de sus autores.

DÉCIMO CUARTO: Que, desde otro punto de vista, atendida la naturaleza del hecho pesquisado y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar delito contra la humanidad.

Efectivamente, el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima 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 aquél que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fue sindicado de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política proyectada por los sublevados, garantizando la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante las peticiones de los tribunales ordinarios de justicia, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario.

DÉCIMO QUINTO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza y teniendo en cuenta el contexto en el que indudablemente deben

inscribirse, no cabe duda alguna que debe ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

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 de la libertad ambulatoria, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; configuran, 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 tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

DÉCIMO SEXTO: Que en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

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

DÉCIMO OCTAVO: Que para los efectos de la prescripción de la acción penal –sea total o gradual- necesariamente ha de considerarse la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del cómputo del respectivo plazo de prescripción.

En tal perspectiva, el secuestro es de aquellos que la doctrina conoce como de ejecución permanente, pues perdura en el tiempo su momento consumativo.

En la especie, se produce un instante en que la conducta típica se completa, pero se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituye subsistencia de esa acción: el delincuente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello (consumación), pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una acción susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 148, 224, N° 5°, 225, N° 5°, 357 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan 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).

DÉCIMO NOVENO: Que, como ya se dijo, entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos de consumación permanente resalta aquella de que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la prolongación del resultado. Así lo enseña parte de la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa: “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;).

VIGÉSIMO: Que no obstante lo anterior y para los efectos de considerar la media prescripción que se discute, teniendo en consideración, además, la imposibilidad práctica del secuestro permanente y de que aparezca con vida la víctima, desde que han transcurrido tantos años desde su ilegítima desaparición, cumpliendo los jueces con su deber de interpretar y aplicar la ley, ha de tenerse en cuenta que el artículo 141 del Código Penal, en su redacción a la fecha del hecho que se investiga y para el caso específico del secuestro calificado, contempla dos hipótesis: 1.- que el encierro o la detención se prolongue por más de noventa días; o 2.- si del encierro o detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima.

En consecuencia, la tipificación y sanción del ilícito se produce con la ocurrencia de cualquiera de estas dos circunstancias disyuntivas, pudiendo el juez decidir sobre las respectivas responsabilidades penales.

La figura típica queda consumada, en este caso, al cumplirse los 90 días de encierro y, de hecho, por ello mismo, se dictará condena por el delito de secuestro calificado. La eventualidad de aparecer su cadáver –situación en que variará la tipificación del hecho- no altera lo resuelto, pues el juzgador queda libre de perseguir las responsabilidades criminales resultantes con sujeción a las reglas sobre concursos de delitos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, acorde con lo que se ha venido diciendo en los basamentos precedentes, encuentran los hechos descritos en el veredicto de primer grado su debida adecuación en la figura del secuestro calificado, correspondiendo ahora revisar la participación culpable que en ellos le cupo a los acusados, coincidiendo con los elementos incriminatorios consignados en el fallo recién mencionado, específicamente en sus razonamientos 5º), 6º), 8º), 9º), 11º), 12º), 14º), 15º), 17º), 18º), 22º), 23º), 25º), 26º), 28º) y 29º), en orden a estimar que Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Basclay Humberto Zapata Reyes, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, intervinieron en calidad de autores directos e inmediatos en los términos del artículo 15, N° 1º, del Código Penal, en la comisión del ilícito, cuyo ofendido fue Herbit Guillermo Ríos Soto, perpetrado a partir del 3 de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, establecida la participación punible de los agentes citados precedentemente, en los injustos que se les reprocha, importa ahora hacerse cargo de las minorantes de responsabilidad criminal que pudieran favorecerlos, sin que concurran agravantes que les perjudiquen.

VIGÉSIMO TERCERO: Que por lo pronto, obra a favor de cada uno de los condenados, la mitigante de su irreprochable conducta anterior, que no se procederá a calificar, debido a la inexistencia en autos de antecedentes que permitan efectuar esa determinación, y se aclara que si bien los prontuarios los ocho acusados anteriores, tal como se destaca en el motivo 65°), dan cuenta de la existencia de anotaciones, en algunos casos estas son posteriores a la ocurrencia de los hechos aquí pesquisados, y en otros dan cuenta de sentencias que adquirieron el carácter de firmes y ejecutoriadas con posterioridad al ilícito materia del presente sumario criminal, por lo que no afectan el reconocimiento de la minorante que se indica.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, a la vez, se acogen las peticiones subsidiarias planteadas por las defensas de Espinoza, Wenderoth, Zapata, Lauriani y Krassnoff, en el sentido que beneficia a cada uno de ellos la prescripción gradual o media prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal, que a pesar de no conseguir la extinción de la responsabilidad criminal, a la inversa, alcanza a configurar una atenuante especial, lo que se extiende de oficio a los hechos Contreras, Moren y Ferrer, aún cuando no la alegaron, en atención a los términos perentorios de la disposición, que obligan al tribunal a reconocerla.

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 corolarios diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo objetable que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, aunque con una pena menor. De este modo, en los casos como los de autos, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, que ha de ser atenuado en la forma prevista en el artículo 103 del estatuto punitivo.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos colofones inciden sólo en el rigor del castigo, pero deja entregado a la discrecionalidad del tribunal del fondo, disminuir en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley o, simplemente, abstenerse de hacerlo, ya que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado. Y por su carácter de regla 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 restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun 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 se divisa razón que obstaculice 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, teniendo en cuenta para ello que –en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día

noventa y uno de encierro de las víctimas, lo que ocurre en los casos en análisis a partir del cuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco, fechas ciertas que permiten precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en el procedimiento sobre la investigación del secuestro en estudio, cometido a partir del día 3 de enero de 1975, la detención o encierro del ofendido Herbit Ríos Soto, se prolongó por más de noventa días, lo que sucedió el cuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco, y desde esa data hasta el catorce de febrero de dos mil uno, momento en el cual se interpuso una querrela criminal por parte de Leontina Soto Soto, María Angulo Matamala y Marco Ríos Angulo, instruyéndose el sumario respectivo el once de abril del mismo año, conforme aparece de fojas 64 y siguientes del Tomo I de estos antecedentes; no afecta a ese cómputo la existencia de la causa Rol N° 142-77 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, sobreseída temporalmente de conformidad al artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal el 7 de septiembre de 1977, resolución que aparece aprobada por la Corte Marcial el 22 de noviembre de ese mismo año, según consta de fojas 246; mismo proceso que aparece desarchivado el trece de julio de mil novecientos noventa y tres, para ser sobreseído definitivamente el 19 de julio de ese mismo año, siendo aprobada la sentencia respectiva con declaración de que es temporal, todo ello el 28 de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, quedando paralizado el procedimiento por más de tres años, en los términos planteados por el artículo 96 del Código Penal, por lo que se cumple de todas formas con el tiempo exigido por el artículo 103 del Código Penal respecto de cada uno de los enjuiciados de autos. Tal límite, tampoco sufre alteración con la dictación de los correspondientes autos de procesamiento que aparecen emitidos el 27 de febrero de 2006, por resolución que se lee a fojas 1.208 del Tomo IV, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de veintiséis años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de la primera resolución judicial.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en consecuencia del estudio de los autos, fluye que contado el lapso de la prescripción de la acción penal desde la fecha de consumación y completación del hecho punible en el mes de abril de mil novecientos setenta y cinco, se cumple el período necesario para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal emanada del delito de secuestro calificado, por lo que tratándose de una norma de orden público, los jueces han de aplicar el artículo 103 del Código Penal, aún de oficio, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que se hará en la forma que se especifica a continuación.

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

a) La sanción asignada al delito de secuestro calificado, previsto y castigado en el artículo 141, incisos primero y tercero, del Código Penal, a la época de ocurrencia de los hechos, era la de presidio mayor en cualesquiera de sus grados y el de participación establecido en los hechos para los siete acusados es el de autores del artículo 15, N° 1°, del mismo ordenamiento, por lo cual cabe determinar la penalidad señalada por la ley para el autor del delito consumado de secuestro calificado.

b) A cada uno de los ocho sentenciados les favorece la atenuante de su irreprochable conducta pretérita contenida en el artículo 11, N° 6° del Código punitivo, como se desprende de los extractos de filiación y antecedentes de Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda,

Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Basclay Humberto Zapata Reyes, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, aparejados a fojas 1343, 1.349, 1.366, 1.338, 1.371, 1.354, 1.356 y 1.364, respectivamente, conforme se explicitó en el motivo vigésimo cuarto de la presente sentencia.

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

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, concurren en favor de cada agente tres mitigantes, sin que los perjudiquen agravantes, y dado que el castigo establecido por la ley al ilícito investigado a la fecha de su perpetración estaba compuesto en la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, se reducirá en un tramo desde el mínimo, con lo que esa sanción queda en presidio menor en su grado máximo, penalidad definitiva a infligir a cada uno de esos siete condenados, cuya extensión se determinará en lo resolutive de este edicto.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en lo pertinente a las pretensiones civiles de los querellantes particulares, no resulta atingente emitir pronunciamiento, atendida la transacción que alcanzaron las partes involucradas -como consecuencia del llamado a conciliación efectuado por esta Corte- a cuyos efectos se comisionó al Ministro Sr. Künsemüller, según consta en copia debidamente autorizada que rola a fojas 3.198 y siguientes del Tomo VIII, de estos antecedentes, en donde las partes entre otros aspectos que allí mismo se explicitan, en satisfacción de lo alcanzado, se otorgaron el más amplio, completo y total finiquito por las responsabilidades civiles, administrativas y de cualquier otra naturaleza e índole que pudieran derivarse de los hechos materia del presente juicio, declarando que nada se adeudan y que no existe otro reclamo o pago pendiente entre ellas por ningún concepto, sea de origen legal o convencional originado o que guarde relación con los hechos que fueron materia de esta causa.

TRIGÉSIMO: Que, mediante lo razonado precedentemente, esta Corte se ha hecho cargo de la opinión contenida en los informes del Ministerio Público Judicial, que corren a fojas 2.713 y 2.825, quien estuvo por confirmar, en lo apelado, y aprobar en lo consultado la referida sentencia, discrepando parcialmente del dictamen señalado.

Y lo dispuesto en los artículos 24, 26, 47, 69, 76 y 103 del Código Penal, 485, 514, 517, 529 y 534 del de Procedimiento del ramo y 15 de la Ley N° 18.216, se declara:

a) **Miguel Krassnoff Martchenko**, a *quince años y un día* de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago.

b) **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** a *quince años* de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago.

c) **Marcelo Luis Moren Brito, Osvaldo Enrique Romo Mena, Rolf Gonzalo Wenderoth Bravo, Basclay Humberto Zapata Reyes, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Fernando Eduardo Lauriani Maturana**, a sufrir cada uno de ellos *diez años y un día* de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales respectivas y a satisfacer las costas del litigio, por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la ciudad de Santiago, y

d) **Francisco Maximiliano Ferrer Lima**, a *cinco años y un día* de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales atinentes y a solucionar las costas del pleito, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Guillermo Ríos Soto, llevado a cabo a partir del tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la

I.- En cuanto a la acción penal:

a).- Que se **RECHAZA** el incidente de nulidad de derecho público deducido a fojas 2.832 por la defensa del encausado Contreras Sepúlveda.

b).- Que se **CONFIRMA** en lo apelado la sentencia de veintinueve de marzo de dos mil siete, escrita a fojas 2.441 y siguientes, así como su complemento de veintiséis de octubre del mismo año, que rola a fojas 2.735 y siguientes, **con declaración** de que la pena impuesta a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda**,

Marcelo Luis Moren Brito,
Pedro Octavio Espinoza Bravo,
Miguel Krassnoff Martchenko,
Fernando Eduardo Lauriani Maturana,

**Basclay Humberto Zapata Reyes,
Francisco Maximiliano Ferrer Lima y**

Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, se les disminuye a cada uno de ellos a la única temporal de **cuatro años** de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena, así como al pago de las costas de la causa, por sus responsabilidades de autores, en el delito de secuestro calificado en la persona de Herbit Ríos Soto, perpetrado en Santiago a partir del 3 de enero de mil novecientos setenta y cinco.

c).-Que por reunir los sentenciados **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Basclay Humberto Zapata Reyes, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo**, los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, de mil novecientos ochenta y tres, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, teniendo precisamente en cuenta los antecedentes personales consignados por sus defensas, tomando también en consideración el largo tiempo transcurrido desde la perpetración de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende de los extractos de filiación y antecedentes de estos ocho imputados, se les concede la medida alternativa de la libertad vigilada, fijándoseles un período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un lapso similar al de la pena principal impuesta a cada uno de ellos, debiendo los enjuiciados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de esta sentencia; a la vez cumplirán todas las condiciones establecidas en el artículo 17 de la referida ley, con excepción de las contenidas en la letra d), relativas a la satisfacción de las costas impuestas por el fallo a los agentes como exigencia previa para gozar del beneficio, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Si les fuere revocada la medida alternativa en referencia, purgarán la pena privativa de libertad inflingida a cada uno, sirviéndoles de abono el tiempo que les reconoce el dictamen apelado.

d).- Se confirma en lo demás apelado, y se aprueba en lo consultado el referido veredicto, como sus complementos ya singularizados.

e).- Se **aprueba**, asimismo, el sobreseimiento parcial y definitivo de seis de agosto de dos mil siete, escrito a fojas 2.721.

Acordada, la condena penal, con el **voto** en contra de los **Ministros Srs. Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, absolver a los acusados de autos, teniendo para ello en consideración las siguientes razones:

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, disposición que 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 de la época, 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 a 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).

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

4.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: “Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena

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

5.- 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.), expresa 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).

6.- 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. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, estos disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: “Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. 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”.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario al Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de

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

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CIRC 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.

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no eran aplicables a la fecha de su comisión, por tanto no han tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

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

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

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

acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban. (Causas 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 Pisagua 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) .

8.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta y seis 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 Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Basclay Humberto Zapata Reyes, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, acusados de ser autores de un ilícito de secuestro calificado, cuyo ofendido fue Herbit Ríos Soto, perpetrado en Santiago, el tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones expresadas, es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos punibles existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 6.- y 7.- anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Se previene, asimismo, que el Ministro señor **Dolmestch** no comparte los considerandos segundo a décimo tercero, ambos inclusive, de este fallo de reemplazo, desde que, para fundar la imprescriptibilidad de los delitos investigados en autos, son suficientes las razones dadas por el juez de primera instancia, reproducidos por la presente sentencia, como también el contenido de los fundamentos 14° a 17° de este veredicto, que ratifican tal concepción.

Se previene que el Ministro señor **Künsemüller** estuvo por desestimar el reconocimiento de la denominada “media prescripción” y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello, las opiniones por él manifestadas en otras sentencias anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: “el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes). Pues bien, como ya se expresó, ese transcurso de un plazo, ha de tener un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que no es posible determinar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado dada su naturaleza de “permanente”, perdura o se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el “estado antijurídico” no puede continuar (SCS, 20.12.2010, Rol Nro. 1198-10).

En consecuencia, el previniente desestima el reconocimiento de la denominada “media prescripción” y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación.

Como no es factible considerar la circunstancia atenuante antes mencionada, para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la prevista en el artículo 11, N° 6°, del Código Penal y, en consecuencia, estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a cada uno de los acusados ya individualizados, esto es, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana, Basclay Humberto Zapata Reyes, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y a las costas del juicio.

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

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

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

Por lo tanto, con los votos de los señores Ballesteros, Dolmestch y Mauriz, se logró la mayoría necesaria para obtener acuerdo respecto de la entidad de la pena, manteniéndose la disidencia del Presidente señor Segura y la prevención del ministro señor Künsemüller.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller y de los votos en contra y prevenciones, sus respectivos autores.

Rol N° 6823-09.

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de agosto dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.