

Santiago, ocho de septiembre de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 16.289, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Curanilahue, por resolución de **catorce de julio de dos mil siete**, que rola de fojas 1.611 a 1.656, correspondientes al tomo IV de estos antecedentes, se absolvió a Luis Hernán Zúñiga Guzmán, José Arnoldo Bustos Vivanco y René Orlando Rodríguez Salgado, de los cargos librados en su contra en el auto acusatorio de fojas 1.134 y su adhesión particular de fojas 1.152 a 1.170, en su calidad de autores del **delito de secuestro calificado de María Edith Vásquez Fredes**. Por la misma decisión, se condenó al enjuiciado Guillermo Arturo Cofré Silva, a sufrir cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y al pago de las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del referido delito de secuestro calificado de María Edith Vásquez Fredes, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, perpetrado el veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y tres, en la comuna de Curanilahue. Se acogió la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por seis hermanos de la víctima, como aparece de fojas 1.152 a 1.170 y ordenó al demandado Cofré Silva enterarle a cada uno de ellos \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), más los reajustes e intereses que en dicho fallo se detallan. En lo que toca a la misma acción civil, pero ahora dirigida en contra del Fisco de Chile, se aceptó la excepción de incompetencia del tribunal opuesta por este demandado en su presentación de fojas 1.178 a 1.190, sin costas; en tanto que idéntico predicamento se adoptó respecto de los otros tres encausados, atendida su absolución en el segmento penal, también sin costas.

Recurrido de apelación dicho pronunciamiento por los querellantes particulares y demandantes civiles por intermedio de su presentación de fojas 1.663 y 1.664; por el programa de la Ley N° 19.123, en su escrito de fojas 1.673 a 1.677 y por la defensa del convicto Cofré Silva en el acto de su notificación de fojas 1.689 vuelta, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial, a fojas 1.698, la Corte de Apelaciones de Concepción, por veredicto de **tres de septiembre de dos mil ocho**, que corre a fojas 1.717 y 1.718, lo reprodujo previo efectuar tres modificaciones formales, para luego tener además presente otros cuatro raciocinios y en definitiva confirmar el laudo apelado.

Contra este edicto, el Programa de la Ley N° 19.123 dedujo sendos recursos de casación en la forma como en el fondo, según se desprende de fojas 1.719 a 1.726, asilado aquél en el literal 9° del artículo 541 del Código de Instrucción Criminal y éste, en el ordinal 1° del artículo 546 del mismo ordenamiento; en tanto que los querellantes particulares y actores civiles lo hicieron a través de uno de fondo que obra de fojas 1.728 a 1.733, el que descansa en el ordinal 7° del precepto recién mencionado y que, por resolución de fojas 1.734, fue declarado inadmisibles por extemporáneo por el tribunal de alzada.

A fojas 1.742 se trajeron los autos en relación para conocer sólo de los recursos de fojas 1.719 a 1.726.

CONSIDERANDO:

1.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que la motivación de casación invocada en el presente recurso es la consagrada en el numeral noveno del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Penal, esto es, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, vinculándola con el número tercero del artículo 500 del mismo cuerpo legal, que exige como requisito de toda sentencia el contener, entre otros aspectos, una exposición breve y sintetizada de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, de las acciones, de las acusaciones libradas contra los procesados, de las defensas y de sus fundamentos. Cita también el inciso primero del artículo 527 del mismo estatuto, que preceptúa que el tribunal de alzada tomará en consideración y resolverá las cuestiones de hecho y las de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la litis, aunque no medie discusión sobre ellas ni las comprenda el dictamen de primera instancia.

SEGUNDO: Que en lo que concierne a la manera en que se produjo el vicio denunciado, se explica que el recurrente objetó el laudo a quo en la sección que absolvió a los encartados Zúñiga, Bustos y Rodríguez, requiere la revocación de esa fracción y se dicte en su lugar otro condenatorio. Agrega que en ese mismo libelo se especificaron las piezas de cargo que existen en el litigio para adoptar tal decisión, por lo que el tribunal de alzada estaba obligado a considerar y resolver su apelación, sin embargo, no se refirió a ella en lo más mínimo,

TERCERO: Que asevera que su arbitrio está debidamente preparado, en los términos del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la falta que se critica tuvo lugar en el pronunciamiento que se trata de anular, razón por la cual no fue posible reclamar del defecto con antelación, impetra que se acoja su recurso, se invalide el veredicto que lo contiene y se extienda otro de reemplazo que lo confirme en aquella porción que condenó a Guillermo Cofré Silva, y lo revoque en cuanto absolvió a los acusados Zúñiga, Bustos y Rodríguez, o se extienda otro que crea conforme a la ley y al mérito del pleito, con costas.

CUARTO: Que, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, en una infinidad de fallos uniformes, la causal de casación contemplada en el artículo 541, N° 9°, del Código Procedimental de penas que se esgrime, en consonancia con el numeral tercero del artículo 500 de esa misma compilación, sólo concurre si el edicto carece por completo de elucubraciones o razonamientos relativos al punto de que se trate. En cambio, si tales reflexiones existen, la motivación no se presenta, aunque se estime que son equivocadas, erróneas, exiguas o insuficientes.

La nulidad formal sub judice tiene por único objeto asegurar que los juzgadores del fondo efectúen una exposición breve de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, lo que debe ir necesariamente en la división expositiva y comprende la enunciación sumaria de las acciones, de los cargos formulados contra los imputados, de sus defensas y en qué consistieron sus fundamentos, expresando los medios legales en virtud de los cuales dieron por probados los hechos, a continuación un examen de conjunto de los elementos allegados al proceso, sin que puedan en esta sección estimarse obligados a un estudio exhaustivo de todos ellos, por más que sea loable que así lo hagan cuando el asunto lo amerite.

QUINTO: Que del análisis del dictamen impugnado fluye que dichas obligaciones se cumplen a cabalidad. Tal edicto hace suyos los raciocinios del pronunciamiento apelado que envuelven la enumeración de las pruebas producidas e introduce cuatro adicionales razonamientos en el segmento penal del fallo del a quo, de su negativa a calificar una minorante, y de tópicos civiles a los que añade la cita de tres precedentes jurisprudenciales de este máximo

tribunal; y a su tiempo respecto de lo reproducido surge de manifiesto que determina los hechos que se han dado por acreditados y, por último, contiene un examen pormenorizado y razonado de todos los elementos de juicio acumulados y que apuntan a la condena penal y civil de uno de los actores y la absolución de otros tres con la consecuente denegación de la demanda civil, en lo relativo a la reparación de perjuicios por daño moral ocasionados por la conducta ilícita investigada. En efecto, el veredicto ad quem, luego de menores rectificaciones y de adicionar cuatro nuevas lucubraciones, reprodujo el de primer grado, que hizo suyo, donde se encierra y acata la exigencia del numeral tercero del artículo 500 del Código Adjetivo de penas, y si esos fundamentos del fallo son erróneos, superficiales o insuficientes, ello debe discutirse por la vía del recurso de casación en el fondo sin acudir al de forma, de manera que el medio de impugnación promovido por el Programa de la Ley N° 19.123, no puede prosperar.

SEXTO: Que las discrepancias de la recurrente ante las reflexiones y conclusiones adoptadas por los jurisdicentes, en ningún caso habilitan la procedencia del recurso de casación en la forma, pues al no existir deficiencia formal, aquellos son soberanos en la apreciación de la prueba, y no demostrándose las anomalías delatadas, ni se advierten otros yerros, hacen concluir que el arbitrio intentado en cuanto persigue la corrección de semejantes irregularidades carece de asidero legal.

SÉPTIMO: Que, no obstante lo expuesto y a mayor abundamiento, conviene dejar en claro que lo pretendido, aunque no se diga expresamente, procura que se mantenga la condena de uno de los inculcados y se revoque la absolución de los otros tres, vulnerándose en todo caso el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del 535 de su homónimo penal, puesto que para ser admitido un recurso de casación en la forma es indispensable que quien lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley. De lo dicho se sigue que no puede fundarse un recurso de casación en la forma contra el laudo de alzada en vicios o defectos de que adolece la resolución del inferior o en la omisión de trámites en que se habría incurrido durante la sustanciación del proceso en esa etapa, si esos vicios, defectos o abstenciones no fueron censurados oportunamente.

OCTAVO: Que del examen de los antecedentes se desprende que el Programa de la Ley N° 19.123, aparece por primera vez en el presente litigio, recién después de la recepción de la causa a prueba a fojas 1.273, exclusivamente para hacerse parte como coadyuvante, según consta de fojas 1.283 a 1.285, sin formular observaciones, reparos ni peticiones de ningún carácter, como también es menester destacar que en torno del auto acusatorio de fojas 1.137, sólo la querellante particular se adhirió a él, de fojas 1.158 a 1.170.

Más tarde la única actuación procesal de trascendencia siguiente del Programa de la Ley N° 19.123, ocurrió luego de la dictación del dictamen de primer grado, en cuya contra instauró, de fojas 1.673 a 1.677, un recurso de apelación, donde consigna los argumentos que han servido de sustento al presente recurso de casación en la forma, para estimar que en su opinión se encontraría debidamente acreditado el delito, así como la participación de los cuatro inculcados, pero la anomalía evidenciada revela que esos temas no fueron sometidos al tribunal a quo, de forma tal que no estaba en condiciones de aquilatarlos y resolverlos. Y, por lo demás, dada la forma como la desarrolla, el eventual defecto que se reprocha, contradictoriamente lo supone cometido en la sentencia del inferior, desde que en su escrito aduce que el tribunal superior no procedió a salvar las omisiones en que incurrió aquél, por lo que debió ser materia de un recurso de casación en la forma, no utilizado, ni instó en la fase procesal pertinente, por la invalidación del dictamen apelado por el mismo defecto que hoy es fundamento de este arbitrio, abstención

que tampoco logra salvarse en la presente casación formal o con su denuncia verbal en los alegatos de estrados. El compareciente se limitó a apelar contra el pronunciamiento de primer grado que ya ostentaba la deficiencia que recién ahora es sostén de su casación en la forma, de modo que el recurso tampoco fue preparado como exige el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, y, por ende, no queda en condiciones de ser acogido.

NOVENO: Que como lógico corolario de lo razonado hasta ahora surge de manifiesto que la resolución reprobada no adolece de la irregularidad que se delata, desde el momento que los magistrados realizaron la exposición que echa de menos el oponente, y luego se hicieron cargo de las probanzas reunidas, acorde a las cuales se ha podido demostrar la existencia del ilícito indagado y la participación de uno de los cuatro inculpados. Es así como del estudio de las consideraciones en que se apoya la decisión, se observa el análisis del conjunto de los medios allegados a la litis, examinados y ponderados con arreglo a derecho, para derivar en conclusiones sobre la calificación del injusto y el grado de participación que ha correspondido al agente.

Las motivaciones del veredicto en revisión, manifiestan las reflexiones sobre el contenido de las pruebas producidas y los pertinentes raciocinios que justifican la ponderación en cuya virtud se han aceptado o bien se han desestimado, de suerte que de la lectura de los argumentos de los sentenciadores de la instancia se observa el examen de las probanzas para la apreciación final y para fundamentar debidamente lo resuelto.

DÉCIMO: Que, en conclusión, no resultan exactas la transgresiones imputadas al edicto refutado, que más bien atacan el ejercicio soberano de los jueces en la valoración de la prueba, no ha podido configurarse la motivación de invalidación formal inserta en el recurso, en tanto se la vincula al incumplimiento de la obligación consagrada en el número 3° del artículo 500 en concordancia con los 541, N° 9°, y 527 de la recopilación procesal penal, y entonces, al no existir antinomia alguna entre los basamentos que indica el oponente, por esta sección de anulación, habrá de ser denegado el arbitrio.

2.- En cuanto al recurso de casación en el fondo:

UNDÉCIMO: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo, el compareciente lo construye a partir del ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena.

DUODÉCIMO: Que, en seguida, en el desarrollo de la causal procede a transcribir los considerandos octavo y trigésimo primero del laudo del a quo, debidamente reproducidos por el de alzada, referidos a los hechos comprobados y al fundamento de absolución de los acusados Bustos, Rodríguez y Zúñiga, y pretexto equivocada la apreciación allí contenida, pues implicó desechar la teoría del dominio del hecho para explicar qué debe entenderse por autor, que corresponde a quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el tipo penal. Y para el caso de la autoría mediata, dicho dominio presenta la particularidad que se lleva a cabo a través de otro, en el cual se distinguen tres formas: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional; y en el dominio por voluntad este puede ser por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder.

DÉCIMO TERCERO: Que en los crímenes de guerra y de lesa humanidad el dominio del hecho lo tiene una organización o por la estructura organizada de poder, en la cual pasan a ser todos autores, al ser una pieza más de la maquinaria, lo que encuentra respaldo legislativo en los términos en que está redactado el artículo 15 del Código Penal, por lo anterior es que el recurrente cuestiona que se ha cometido error de derecho al declarar que no existe mérito suficiente para establecer la participación material, directa e inmediata en la detención ilegal de María Vásquez Fredes, y en su posterior interrogatorio, ya que justamente sus intervenciones se concretan al haber formado parte de la maquinaria de poder en la estructura de la organización, lo que aparece recogido en el numeral segundo del artículo 15 del texto penal, pues tomaron parte en el allanamiento de la casa de la familia Vásquez Fredes, ocupando su lugar en el dominio de la organización.

DÉCIMO CUARTO: Que así se requiere el acogimiento del actual arbitrio y se proceda a la anulación del fallo de segundo grado con la respectiva sentencia de reemplazo que confirme la condena de Cofré Silva, y se la revoque en cuanto absolvió a Zúñiga, Bustos y Rodríguez, o se dicte otra que se ajuste al mérito del proceso, con costas.

DÉCIMO QUINTO: Que es útil recordar que el recurso de casación en el fondo, en materia penal, de acuerdo con el literal primero del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal y 767 del de Enjuiciamiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del primero de los ordenamientos aludidos, se concede para invalidar los fallos dictados con aplicación errónea de la ley penal y siempre que el quebrantamiento haya influido sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, que en el evento sub lite, el juez, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, producto de los errores de derecho que allí mismo se especifican, tales como al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, al valorar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena..

DÉCIMO SEXTO: Que, en esta virtud, dicha motivación se apoya en la hipótesis de una condena, y la dificultad estriba exclusivamente en el quantum de la sanción impuesta, pero se supone siempre como correcta la determinación del delito. La situación expuesta, aplicada al caso concreto propuesto sólo puede guardar relación con el hechor Guillermo Cofré Silva, único condenado en el veredicto de alzada, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su participación de autor en el delito de secuestro calificado de María Edith Vásquez Fredes. Sin embargo, a su respecto, el compareciente en forma explícita, en diversos pasajes de su libelo impugnatorio lo considera acertado, tanto es así que en su fracción petitoria impetra que sea confirmado en aquella porción el dictamen cuestionado, situación que deja evidentemente sin fundamento el presente arbitrio pues se reconoce por el propio impugnante que no existe yerro de derecho alguno en lo atinente a la pena regulada para el único castigado de autos, lo que impide que el recurso de casación en el fondo tenga éxito.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la alegación en el sentido que por la misma causal pudiera cuestionarse y revisarse la absolución de los otros tres imputados en los mismos hechos, no se condice bajo ningún respecto con los términos de la motivación planteada, por cuanto dicha pretensión subsidiaria pugna con la exigencia de precisión y certeza que la naturaleza jurídica de derecho estricto del recurso necesita, en el que este tipo de inadvertencias no son esperables ni admisibles, pues transformaría a este tribunal en otro de verdadera instancia, lo que le está absolutamente prohibido.

DÉCIMO OCTAVO: Que, además, se detectan una serie de defectos formales, a saber: el debido desarrollo que cabía hacer acerca del fundamento de la motivación, amén que para los propósitos formulados precedentemente no le era de ninguna utilidad, limitándose a desarrollar en forma teórica el concepto de la autoría mediata, sin conectarlo al proceso y sus diversos elementos allí reunidos, lo que posibilita una valoración que permitiese relacionar la argumentación con la realidad procesal acontecida, y asimismo vinculada con la causal correcta que autoriza objetar esos extremos que anatematiza, referidos a la absolución de tres inculcados, máxime si no se ha denunciado inobservancia de leyes reguladoras de la prueba, ni que el edicto hubiera calificado como lícito un hecho que la ley reprime como delito, absolviendo a los enjuiciados, defectos formales que se suman a las contradicciones indicadas precedentemente, las que impiden toda probabilidad siquiera de entrar a analizar la procedencia del recurso y que supone su rechazo en todas sus partes.

DÉCIMO NOVENO: Que, por otro lado, esta Corte no divisa las transgresiones de derecho que ahí se anuncian y que como se ha dicho y destacado no se reprueba el establecimiento de los hechos, ni se invoca la única causal que hubiera permitido alterarlos, de tal forma que ellos han quedado indefectiblemente fijados, por lo que al estar desprovistos de motivación sustantiva que faculte su enmienda por los jueces del fondo, éstos quedaron definitivamente asentados en la forma que lo anota el basamento octavo del laudo del a quo, debidamente reproducido por el ad quem, en la siguiente forma:

“Que el 23 de octubre de 1973, María Edith Vásquez Fredes, fue detenida por personal de Carabineros, en la Comisaría de Curanilahue, no existiendo orden judicial competente y sin que se tenga conocimiento fehaciente de su paradero desde esa fecha”, los que fueron estimados como constitutivos de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal.

Luego, en el trigésimo primero, se expresaron los fundamentos para absolver a los encartados Bustos, Rodríguez y Zúñiga, porque sólo participaron en un posterior allanamiento a la casa de la familia Vásquez Fredes, y es Cofré Silva el único que señala que también habrían estado presentes en el sitio en que fue interrogada la víctima, lo que lleva al tribunal a concluir que no existen antecedentes suficientes para acreditar que tuvieron los tres nombrados participación material y directa en la detención ilegal de la mujer, ni en el posterior interrogatorio, de suerte que no se alcanzó el estándar de convicción inculpatória para demostrar su participación culpable.

Igualmente, se asegura no haberse probado tampoco la convergencia intelectual y material entre el autor (Cofré Silva) y los tres absueltos, en la comisión del injusto que pudiera llevar a estudiar una eventual co-autoría, ya que el jefe del grupo y superior jerárquico era Cofré Silva, quien por lo demás está confeso de su intervención y reconoció que fueron dos militares los que le sumergían la cabeza a la detenida en el agua, y desde esa fecha se ignora su paradero.

A la vez se afirma que tampoco es bastante para considerar una participación de Zúñiga, la sola circunstancia de acompañar a Cofré Silva seis años después de ocurridos los hechos, para la búsqueda de los restos de la secuestrada, al no haberse establecido que efectivamente hubiera muerto en esa oportunidad, ni aparecer osamentas de ella, invocando

como corolario el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, para resolver finalmente sus absoluciones.

VIGÉSIMO: Que se aprecia de una simple lectura del escrito de formalización, que el oponente pretende rebatir la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de las pesquisas, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de este tribunal, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus atribuciones propias, así como revisar las conclusiones a que ellos han arribado pues eso importaría desnaturalizar el arbitrio en examen, que puede fundarse exclusivamente en asuntos de derecho.

En nuestro sistema procesal penal, los jueces de la instancia están facultados para valorar, con la más amplia libertad, el contenido intrínseco de las probanzas que con eficacia legal se acumulan en la litis con la finalidad de comprobar los hechos determinantes de la existencia del delito, de la responsabilidad del reo y de las circunstancias que la atenúen o la eliminen y, por lo mismo, para otorgarles o negarles valor.

El raciocinio que conduce al magistrado a considerar probados o no tales hechos con esos medios, como se dijo, escapa naturalmente del control del tribunal de casación. Así, Manuel Egidio Ballesteros explica: “nosotros fijamos reglas generales para la manera de estimar la prueba, y consignamos los casos en que debe estimarse bastante para acreditar la existencia de un hecho, pero al mismo tiempo dejamos al juez la libertad de criterio para hacer sus inducciones o deducciones” (“Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile”, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y siete, nota al artículo 466 [actual 456], páginas 254 y 255).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que las razones reseñadas denotan que los jurisdicentes, no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos de las defensas de los sentenciados para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal enunciadas en sus descargos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 141 del Código Penal; 418 del de Justicia Militar, 764, 765, 767 y 772 de su homónimo de Procedimiento Civil, 527, 535, 541, N° 3°, 546, N° 1°, y 547 del estatuto de Instrucción Criminal, lo prevenido en el Decreto Ley, N° 5 de mil novecientos setenta y tres y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma como en el fondo intentados por la abogada Patricia Parra Poblete, en representación del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, en lo principal y primer otrosí de su presentación de fojas 1.719 a 1.726, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de tres de septiembre de dos mil ocho, que se lee de fojas 1.717 a 1.718, la que, por lo tanto, no es nula.

Acordada la condena penal contra el **voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por entrar de oficio, anulando la sentencia de alzada, procediendo a dictar sentencia de reemplazo por la que se resuelve revocar la de primer grado en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor del encartado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan, así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas, tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no se prolongue 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;

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre el día 23 de octubre de 1973, en tanto que el sumario por presunta desgracia seguido bajo el rol N° 16.829 del Juzgado de Letras de Curanilahue, se inició el veinticinco de enero de mil novecientos setenta y nueve, el que culminó con la dictación de un sobreseimiento temporal de conformidad al artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, que fue de fecha siete de noviembre del mismo año, el que fue aprobado por la Corte de Apelaciones de Concepción el veintiuno de diciembre del mismo año, según aparece de fojas 76, ordenándose posteriormente su archivo; siendo, finalmente ordenada su reapertura por resolución de 28 de marzo del año dos mil tres, la que figura a fojas 92 del Tomo I de éstos antecedentes, prosiguiéndose posteriormente con la tramitación hasta llegar a la etapa actual;

3°.- Que, en consecuencia ha transcurrido en exceso el plazo de diez años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, como ocurre con el de secuestro;

4°.- Que, en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica, a favor del encausado, la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal;

5°.- Que la materia de que se trata -hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973- hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que sientan clara y suficientemente los principios de

legalidad que la sustentan, conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo. Después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva ley resulte favorable al afectado;

6°.- Que, en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos, consignando:

“Que los Convenios de Ginebra, de 1949, fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fechas 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

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

las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 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 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -éste último a partir del 1° de Septiembre del presente año-, entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El D. L. 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.

Tampoco se ha acreditado que en el mes de octubre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en Septiembre de 1973 existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

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 la 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 de 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, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 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” (Grigalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares

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

7°.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, lo que se extiende a los alcances que pudiera tener la Ley N° 20.357 de 18 de julio del presente año, que tipifica a partir de la fecha señalada los crímenes de lesa humanidad, genocidio, y los crímenes y delitos de guerra. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, promulgado por el artículo único del decreto N°104 de 1 de agosto de 2009, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto si bien ha sido promulgado en la fecha ya indicada, no era aplicable a la de comisión de los hechos investigados, lo que sumado a lo que dispone el artículo 11 del referido Estatuto, la competencia comprende el conocimiento de crímenes cometidos después de su entrada en vigor, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8°.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

Regístrese y devuélvase con sus tomos agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 6.308-08

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

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

En Santiago, a ocho de septiembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial Suplente de la Corte Suprema, quien no firmó.