

## SENTENCIA DE REEMPLAZO.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal y lo ordenado por sentencia de casación de esta misma fecha y rol, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, dos de diciembre de dos mil nueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

- 1) Se elimina el párrafo sexto del considerando vigésimo quinto.
- 2) Se eliminan los motivos vigésimo octavo, trigésimo tercero, trigésimo cuarto, trigésimo quinto y trigésimo sexto.

Se reproducen, asimismo, los razonamientos 1°, 2°, 3° y 4° ubicados bajo el epígrafe ?En relación a los recursos de casación en la forma deducidos por la defensa de Fritz Vega y Burgos Dejean? de la sentencia anulada con esta misma fecha y que fue librada el veintiséis de diciembre de dos mil ocho, escrita a fs. 1432 y siguientes.

Se reproducen también, la parte expositiva y los fundamentos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de esa sentencia, que corresponden a su párrafo titulado ?En relación a los recursos de apelación de fs. 1320, 1325, 1332, 1359, 1367 y 1369?.

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

1°.- Que beneficia a los acusados la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, denominada media prescripción o prescripción gradual, puesto que desde la fecha de comisión del injusto a aquélla en que se dio inicio a la investigación, transcurrió con

exceso el tiempo necesario para su procedencia.

2°.- Que, al efecto y como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la improcedencia de la prescripción de la acción penal, que constituye una causal de extinción de la responsabilidad criminal, no obsta a la procedencia de la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, la referida institución constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con influencia en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contemplan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402). No obstante y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a

ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su plena impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una motivación dir

igida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal. 3°.- Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una ?cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

4°.- Que, recurriendo a los elementos lógico e histórico de interpretación de la ley, dejan constancia estos sentenciadores que la institución de la ?media prescripción? -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. Por consiguiente, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la mitigante de la media prescripción, lo

que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos N<sup>o</sup>s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 879-08; 2.422-08.

5°.- Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 94 y 95 del código del ramo, la acción penal prescribe en el caso de los crímenes ?como lo es el injusto investigado en estos antecedentes- en diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, por ende, para los efectos previstos en el artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en la actual situación, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

El delito de secuestro calificado establecido en autos, se cometió el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y tres consumándose al momento en que llegó el día noventa y uno de encierro de la víctima, data de la que ha de contarse la prescripción gradual en comento, habiéndose dado inicio a la investigación el catorce de abril del año dos mil y sometido a proceso a los inculpados por resoluciones de cuatro de junio de dos mil tres (fs. 193), veinte de junio de ese mismo año (fs. 241) y veintisiete de septiembre de dos mil cuatro (fs. 433).

Teniendo presente, ahora, lo dispuesto en el artículo 96, en consonancia con el artículo 103, ambos del Código Penal, aparece que desde la perpetración del delito hasta la fecha en que se dirigió el procedimiento contra los acusados, transcurrieron casi treinta años, con lo cual se da cumplimiento a las exigencias de la última disposición legal mencionada.

6°.- Que, en consecuencia, procede reconocer la circunstancia minorante en estudio respecto de todos los acusados, aún cuando no todos ellos la hayan pedido, puesto que se trata de una norma de orden público y, de acuerdo además, con

lo dispuesto en el artículo 527 del Código de Procedimiento Penal.

A la referida circunstancia, cabe agregar la atenuante del artículo 11 N° 6 que, con el carácter de muy calificada, se ha reconocido a todos los inculpados, pero que, por sumarse ahora una nueva atenuante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal, se le sustraerá esa condición, concurriendo como cualquier otra minorante, de modo que, encontrándose el injusto sancionado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, por la presencia, además, de la circunstancia modificatoria especial contemplada en el artículo 103 del Código Penal, se disminuirá dicha penalidad desde el mínimo, sólo en un tramo, quedando ésta en presidio menor en su grado máximo.

7°.- Que con las razones que se contienen en los motivos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fojas 1394, del que se disiente parcialmente, desde que solicitó confirmar la sentencia en alzada, sin modificaciones.

EN CUANTO A LA PARTE CIVIL:

8°.- Que el Consejo de Defensa del Estado, en lo principal de fojas 672, alegó en primer término la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria en contra del Fisco de Chile.

Esa acción civil fue ejercida por el hermano de la víctima y dirigida contra los acusados Juan de Dios Fritz Vega, Omar Burgos Dejean, Hugo Opazo Inzunza y Juan Miguel Bustamante León y, además, contra el Fisco de Chile, argumentando que los acusados tenían la calidad de agentes del Estado y estaban a su servicio, cumpliendo funciones específicas ¿dadas desde sus mandos regulares? y donde ¿no puede haber duda de una participación institucionalizada en los hechos, lo cual adquiere relevancia jurídica en el campo de la responsabilidad civil del Estado? (página 603).

Según el actor, ¿La responsabilidad del Estado de indemnizar al querellante por el daño moral sufrido con ocasión del secuestro calificado de José F. García Franco emana del derecho público y tiene su fundamento normativo en la actual Constitución Política del Estado,

en la ley 18.575, sobre Bases de Administración del Estado y en el Derecho Internacional?. Acto seguido agrega que de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina del país, existe el principio general de la responsabilidad objetiva del Estado por sus actos, para cuyo efecto cita también la norma del art 38 de la Constitución Política, el principio de inexcusabilidad de los tribunales y las normas del derecho internacional consuetudinario.

9°.- Que, como ya se resolvió en la sentencia de casación pronunciada con esta misma fecha y en este mismo rol, demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, supone la acreditación no sólo del daño que se reclama, sino que además, de la falta de servicio y del nexo causal entre la conducta dañosa y el perjuicio ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, de lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución previsto en el inciso segundo del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para resolver la acción civil ejercitada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil a través de un juicio declarativo?.

10°.- Que la excepción anotada será acogida atendidos los fundamentos ya latamente desarrollados desde el motivo quinto al décimo de la sentencia de casación antes mencionada, los que se reproducen en este segmento.

11°.- Que, en tal escenario, los supuestos fácticos de la demanda civil presentada en sede penal a fojas 608, por el abogado Sr. Sergio Concha Rodríguez, en representación del querellante Félix Alfonso

García Franco, intentada en contra del Fisco de Chile, escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal con arreglo al artículo 10 del Código de Enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jur eddicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, motivo suficiente para rechazar la pretensión civil en esta parte, omitiéndose pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por el Fisco de Chile, por resultar innecesario.

12°.- Que, en la contestación de la demanda civil, el representante del acusado Hugo Opazo Inzunza, alegó la prescripción de la acción, porque la notificación de esa pretensión se practicó el 31 de julio de 2006, encontrándose vencido el plazo señalado al efecto en el artículo 2515 del Código Civil, en relación a los artículos 2514 y 2497 de ese mismo cuerpo de leyes, toda vez que el ilícito se cometió en el año 1973, fecha desde la cual ha de contabilizarse el tiempo de prescripción.

13°.- Que como ya se resolvió con anterioridad por esta Corte en la causa Rol N° 4087-08, ¿la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones?.

De acuerdo a lo prevenido en el artículo 2.497 del Código Civil: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

14°.- Que, conforme lo expuesto, en el asunto sub judice, resulta aplicable la regla contemplada en el artículo 2.332 del mencionado cuerpo de leyes, de acuerdo al cual, las acciones consagradas para

reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto, o sea, desde el momento en que ocurre el hecho dañoso que se reprocha al demandado, vale decir, desde el acaecimiento del acto generador del perjuicio, sin que se divisen razones que permitan computarlo desde una fecha diversa de aquélla.

15°.- Que, de esta manera, y por no estar discutida la circunstancia que los hechos que motivaron la demanda deducida en contra del acusado Opazo Inzunza, ocurrieron en el mes de septiembre de mil novecientos setenta y tres y que la demanda impetrada fue notificada el treinta y uno de julio de dos mil seis, surge como necesaria conclusión que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2.332 del Código Civil ha transcurrido en exceso.

16°.- Que por las señaladas razones, se acogerá la excepción de prescripción de la acción civil deducida por el acusado Opazo Inzunza, la que no aprovechará a los demás imputados de conformidad a lo prevenido en el artículo 2493 del Código Civil.

17°.- Que encontrándose establecido el ilícito y la responsabilidad que en ella le ha cabido a los acusados y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2314 del Código Civil, se accederá a la indemnización de perjuicios solicitada por el actor, en su calidad de hermano de la víctima, regulándose el daño moral causado en la suma de treinta millones de pesos, cantidad que se estima prudente atendido el sufrimiento que naturalmente ha padecido el demandante por su vínculo de parentesco tan cercano con la víctima, sumándose incertidumbre acerca del destino del hermano desaparecido.

A s

atisfacer esa cantidad quedan obligados solidariamente los acusados Juan Miguel Bustamante León, Juan de Dios Fritz Vega y Omar Burgos Dejean, la que deberán pagar reajustada conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de su pago efectivo y con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que este fallo quede ejecutoriado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 29, 69, 76, 103 y 105 inciso 2° del Código Penal, 457, 485, 514 y 527 del de Procedimiento del ramo y 14, 15, 16, 17 y 24 de la Ley N° 18.216, se confirma la sentencia apelada de treinta y uno de enero de dos mil ocho, que se lee de fojas 1263 a 1308, con las siguientes declaraciones:

#### EN LO PENAL:

I) Que los acusados Juan de Dios Fritz Vega, Omar Burgos Dejean, Juan Miguel Bustamante León y Hugo Opazo Inzunza, ya individualizados, quedan condenados, cada uno de ellos, a sufrir la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo por sus responsabilidades de coautores del delito de secuestro calificado de José Félix García Franco, cometido en la ciudad de Temuco, el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y tres, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago proporcional de las costas de la causa.

Atendida la sanción corporal impuesta y por reunirse los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los mencionados Fritz Vega, Burgos Dejean, Bustamante León y Opazo Inzunza, la medida alternativa de Libertad Vigilada, debiendo permanecer sujetos al control y observación del delegado que designe la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, por el mismo tiempo de sus condenas y, a cumplir las otras exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma ley.

Si las franquicias concedidas les fueren revocadas, la pena principal inflingida se les contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que les reconoce la sentencia en revisión.

#### EN LO CIVIL:

II) Que se acoge la excepción de incompetencia absoluta impetrada en lo principal de fojas 672 por el Consejo de Defensa del Estado. En consecuencia, se revoca la sentencia en alzada en cuanto por ella se impuso la obligación solidaria al Fisco de Chile de satisfacer la indemnización por daño moral, declarándose en su lugar que se

rechaza la demanda dirigida en su contra.

III) Que se acoge la excepción de prescripción opuesta por la defensa de Opazo Inzunza a la acción civil, de modo que se revoca la sentencia antes referida en cuanto por ella se lo condenó en forma solidaria con los demás acusados a satisfacer la señalada indemnización y, en su lugar se decide que se rechaza esa acción a su respecto.

IV) Que se confirma en lo demás, la referida sentencia.

V) Que la suma ordenada pagar deberá serlo con los reajustes e intereses que se indican en el fallo, sin costas, por haberse litigado con fundamento plausible.

Acordada la decisión de condena penal con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros, quien era de parecer de acoger la excepción de prescripción de la acción penal solicitada por los acusados y, conforme a ello -declarada prescrita la acción penal-, disponer su absolución por extinción de la responsabilidad penal. Para ello tuvo en consideración los siguientes argumentos:

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias?

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como también por esta sentencia, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de "encerrar" o "detener" a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: "Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido" (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, p 1gina 183).

De ser de este modo, surge para el disidente la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado"

3.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que:

"si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a e

llo apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), comenta que ¿es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo. Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ¿Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea?, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

5.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal. El transcurso del tiempo, 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 q

ue no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

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

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

El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de

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

tes 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 Nº 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 Nº 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron

en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha 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 esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley Nº 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a

los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley 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 punibles en estudio;

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte

contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban. (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol N° 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro ¿La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 1998 Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo ?han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la `guerra interna? de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar? (pág. 44)

7).- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado en la persona de José Félix García Franco y en

ello se funda el parecer de este juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que, en lo penal, los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la reducción de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, ya no por tratarse de un delito de lesa humanidad, sino porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por el carácter de permanente que tiene el delito establecido, no es posible precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en este caso. De esta manera, el cómputo necesario para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir época cierta de término del estado antijurídico creado por la realización del tipo, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6° calificada, respecto de los imputados y, entonces, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a los acusados Juan de Dios Fritz Vega, Omar Burgos Dejean, Juan Miguel Bustamante León y Hugo Opazo Inzunza, ya individualizados, a la pena de cinco años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, por su responsabilidad de coautores del delito de secuestro calificado en la persona de José Félix García Franco. Acordada, la decisión civil, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por rechazar la excepción de incompetencia del tribunal alegada por el Fisco de Chile y, en tal caso, entrar a conocer y pronunciarse sobre las excepciones de fondo opuestas por éste a la de manda. Asimismo fueron del parecer de confirmar la sentencia ya referida, en cuanto por ella se

condenó a los acusados a indemnizar a la parte demandante y respecto de lo cual el presente fallo acoge la prescripción de la acción indemnizatoria la que, según su parecer y atendida la naturaleza del delito investigado estiman vigente.

Para fundar su oposición a la incompetencia absoluta del tribunal tienen presente las siguientes consideraciones:

1) Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal -de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación ¿que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que al fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

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

3) Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles

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

4) Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al

momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

5) Que a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de interpretar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados - por cuatro votos contra uno-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos ?el Sr. Rodríguez y el Sr. Künsemüller- no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que los otros dos ?el Sr. Dolmestch y el Sr. Mauriz- sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos. Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a 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 inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, se logró mayoría por el cuántum o entidad de la pena, pues solo los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch y el abogado integrante Sr. Mauriz fueron de

opinión de sí reconocer tal circunstancia.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Ballesteros y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 2335-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

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