

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo de la que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de su fundamento Undécimo que se elimina.

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que en cuanto a la defensa fundada en la falta de prueba suficiente de la participación que se atribuye al enjuiciado, este tribunal estima que tal extremo ha sido adecuadamente establecido en los fundamentos 6º, 7º y 8º del dictamen en alzada, que se han tenido expresamente por reproducidos.

SEGUNDO: Que los hechos fijados irrevocablemente en la reflexión tercera del dictamen que se revisa, se adecuan a la figura delictiva contenida en el artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de primer grado en su motivación cuarta, porque concurren todos los requisitos exigidos para su configuración, sin que proceda invocar un tipo penal distinto.

TERCERO: Que, en este tipo de delitos la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 93, N° 6º del Código Penal, cuya aplicación reclamó la defensa en la contestación a la acusación, no es procedente, como lo ha concluido esta Corte en diversas oportunidades, pues a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa – Octubre de 1973 - el territorio nacional se encontraba en estado de guerra, situación que resulta innegable, atendidas las disposiciones de los Decretos Leyes Nros. 3 y 5, cuyo tenor no necesita ser reproducido. Según lo dispuesto por el artículo 418 del Código de Justicia Militar, interpretado por el Decreto Ley Nro. 5, “se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial. “Por tal razón, esta Corte, en diversas sentencias v .gr., en los autos rol 3.462-06 y rol 4.662-07, ha argumentado que “los referidos Decretos Leyes Nros. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley Nro. 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo puede decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea de forma abierta o en la clandestinidad “, único supuesto que para este caso admite el artículo 6., letra b) del Decreto Ley Nro. 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Además, el Decreto Ley No. 5., interpretó el *estado o tiempo de guerra* para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación“ o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos.”

CUARTO: Que, el examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo Nro. 752/ 1951, llevan a concluir que su aplicación no se agota únicamente en lo que dice relación con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que – y como lo establece su artículo 3º - alcanza los casos de conflicto armado sin carácter de internacional, situación ésta última correspondiente a la de la especie, como lo ha interpretado en diversos fallos esta Corte.

QUINTO: Que, y como también lo ha decidido este Tribunal – y así lo concluye el sentenciador de primer grado- una de las características que los Convenios antes citados y la aplicación del Derecho Penal Internacional asignan a este tipo de delitos, es su imprescriptibilidad. A este respecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y

las Personas Civiles en tiempos de Guerra, ratificados por Chile en 1951, integran el denominado Derecho Internacional Humanitario.

Este Tribunal ha reconocido el *principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, considerando entre otros motivos para ello su pertenencia al ámbito del ordenamiento penal universal, en el cual y en relación a esta clase de crímenes, el paso del tiempo no puede conducir a una exoneración de las responsabilidades penales, como ocurre, en general, en el Derecho Penal interno. A este respecto, es decidor el Convenio IV. de Ginebra, cuyo Título IV, denominado “Aplicación del Convenio”, desarrolla a través de los artículos 146, 147 y 148, el principio básico señalado.

Cabe tener en cuenta, además, el preámbulo de la Convención de 1.968, cuyo artículo primero es muy claro en cuanto a que los crímenes de guerra y de lesa humanidad “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.”

SEXTO: Que, nuestro Código Penal establece como causal extintiva de la responsabilidad penal la prescripción -tanto de la acción punible como de la pena- con alcances y efectos generales respecto de los delitos, tal como lo consignan los artículos 93 y siguientes de dicho cuerpo de leyes.

Las razones histórico-políticas, jurídicas, humanitarias y otras que sirven de basamento a la institución, no requieren –por ser muy conocidas- mayor examen.

Tratándose de los delitos de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de estos ilícitos, que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, surge, como barrera a la impunidad, de las fuentes citadas en el considerando precedente.

SÉPTIMO: Que, desde la perspectiva dogmática, tratándose-como es en este caso – de un delito permanente, cuya consumación se mantiene en tanto subsiste el estado antijurídico creado por la privación de libertad ambulatoria, no procede aplicar el instituto de la prescripción- tesis unánimemente acogida en la doctrina nacional- ya que, de acuerdo al artículo 95 del Código Penal, el tiempo necesario para que opere aquella se cuenta desde el término de la situación delictiva. Si la lesión del bien jurídico, representada por el resultado que lo comprime, perdura, mal puede hablarse de inicio o comienzo de ese plazo. En la decisión recaída en la causa Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación deducidos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Angel Sandoval Rodríguez), esta Corte Suprema afirmó que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar ese cómputo. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, es improcedente acoger la causal extintiva de que se trata.

OCTAVO: Que, sin perjuicio de todo lo argumentado, resulta imperativo determinar la admisibilidad de la denominada *media prescripción*, contemplada en el artículo 103 del Código Punitivo, cuya naturaleza jurídica es la de una especialísima y calificada circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, cuyos efectos propios quedan regulados por los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo Código, otorgándose al juzgador una facultad discrecional, según la cual puede rebajar la pena en la gradualidad que dichos preceptos lo autorizan. La circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la acción penal que consagra el artículo 93 del estatuto punitivo, no trae aparejada, como efecto inmediato, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103. Este criterio ha sido acogido por el Tribunal de Casación en varios fallos, v. gr., en los autos Rol Nro. 4662-07, Rol Nro. 4961-07, Rol Nro.

En la especie resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha en que se inició el estado antijurídico creado por la materialización de los verbos rectores empleados por el artículo 141, inciso primero, del Código Penal, hasta la ocurrencia de la suspensión prevista en el artículo 96, el término necesario para considerar la circunstancia atenuante mencionada, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad criminal, se encuentra cumplido.

Lo que el legislador establece en el artículo 103, es, como se ha recordado, una circunstancia atenuante calificada, cuyas consecuencias inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto,

independiente – respecto de sus efectos inherentes a la condición de atenuante de la prescripción, si bien ambas instituciones están reguladas en el mismo título del Código Penal. Tratándose de un motivo de disminución de la magnitud del castigo, cuyo fundamento es también el transcurso de determinado tiempo, en lo que se asemeja a la causal de extinción de la responsabilidad, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no le son aplicables los principios y normas que sustentan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, asegurada para evitar la impunidad de los crímenes de lesa humanidad.

Ha de tenerse en consideración que la ley entrega una facultad al juez para decidir si procede aplicar o no la disminución en uno, dos o tres grados de la pena legalmente prevista y, en caso de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la rebaja que se concederá.

NOVENO: Que concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 103, se dará aplicación a la referida circunstancia atenuante a favor del sentenciado, aunque no la haya alegado formalmente, ya que se trata de una norma de orden público, que ha de aplicarse aún de oficio y que es favorable al imputado. La forma de determinar la magnitud de la sanción definitiva se ajustará, de la forma que más adelante se explica, toda vez que la disposición que contiene la atenuante, remite al sentenciador a las reglas generales de los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código del Ramo.

DÉCIMO: Que para la aplicación definitiva de las sanciones penales principales y accesorias, han de considerarse los siguientes factores:

A.- Que la pena asignada al delito de autos, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

B.- Que Eugenio Caifual Lemuñir resulta favorecido por las atenuantes contempladas en los artículos 11 N° 6° y 103 del Código Penal, esta última acordada en este fallo, sin que le afecte agravante alguna, por lo que se rebajará en dos grados la penalidad, quedando en presidio menor en su grado medio, en el quantum de tres años.

UNDECIMO: Que en lo relativo a las demás defensas esgrimidas, esta Corte comparte el razonamiento del sentenciador de primer grado, plasmado en el fundamento 10° de la decisión, sin que las alegaciones formuladas en su escrito de apelación tengan mérito para alterar lo decidido.

DUODÉCIMO: Que en torno a la alegación del apelante de eximirlo de las costas del pleito sustentado en la circunstancia de haber litigado con motivo plausible, basta decir para su rechazo que de conformidad al artículo 24 del Código Penal, toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación de pagar las costas que la sustanciación del proceso causare.

DÉCIMO TERCERO: Que, atendido lo argumentado precedentemente acerca de la responsabilidad penal del acusado y la aplicación de la atenuante referida, este tribunal no comparte la opinión del Fiscal Judicial, vertida en su informe de fojas 351 y siguiente, en cuanto estuvo por revocar la sentencia apelada y absolver al inculcado. Respecto de su parecer de dictar sobreseimiento temporal, de conformidad con lo establecido en el artículo 409, N° 3, del Código de Procedimiento Penal, por no encontrarse el imputado en condiciones de juzgabilidad, cabe precisar que al tenor de la norma antes señalada, es condición para su procedencia y aplicación, la existencia de una patología mental comprobada con algún grado de certeza a través de los medios probatorios legalmente establecidos, lo que no se advierte en las pericias de fojas 298 y 318. Corrobora lo anterior lo dispuesto en el artículo 689 del mismo Código.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 30 y 103 del Código Penal y 514 del de Enjuiciamiento Penal, **SE DECLARA** que:

I.- SE CONFIRMA la sentencia apelada de diecinueve de noviembre dos mil siete, escrita de fojas 320 a 338, **CON DECLARACIÓN** que:

Se condena a **Eugenio Caifual Lemuñir**, a la pena de **tres años de presidio menor en su grado medio**, accesoria de suspensión para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a enterar las costas del litigio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Eliodoro Figueroa González, cometido en la comuna de Cholchol, desde octubre de mil novecientos setenta y tres.

II.- Por reunirse las exigencias del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sujeto a la observación de la autoridad de Gendarmería de Chile, por el mismo tiempo de la condena y cumplir, además, las obligaciones contenidas en el artículo 5° del mismo texto legal.

En el evento que tal beneficio le fuere revocado, deberá cumplir íntegramente el castigo corporal impuesto, en cuyo caso le servirá de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, esto es, desde el veinte de octubre al dieciséis de noviembre de dos mil seis, según consta de fojas 122 vuelta y 168 vuelta.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por el condenado y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a su favor, absolviéndolo, consiguientemente, de la acusación librada en su contra, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

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

De ser de este modo, surge para estos disidentes 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 sucesos de la causa, 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 la 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 el culpable de la acción calificada incurrió y consumó efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, en este caso concreto, a partir del 30 de enero de 1974, en atención a que la sentencia fija la época de los sucesos en el mes de octubre de 1973. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

“Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), comenta que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo...” “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea...”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de

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

6.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra como normativa que impida la aplicación de la prescripción en delitos de la naturaleza del aquí investigado, 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 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..." (cita en fallo de 4 de Agosto de 2005 en causa de esta Corte Suprema Rol N° 457-05).

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 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, en los siguientes términos: "El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar".

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que estos disidentes interpreten que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El Decreto Ley N° 5, de 1973, tampoco permite 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 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

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

Tampoco se ha justificado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia es claramente insuficiente para sostener que en Chile a la data de los hechos existía un “conflicto armado no internacional”, de modo que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio;

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (causa Rol Nº 457-05 , Rol Nº 2165-05, Rol Nº 559-04 y Rol Nº 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol Nº 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5º. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5º 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 5º y 6º de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado Eugenio Caifual Lemuñir, respecto del secuestro calificado de Eliodoro Figueroa González, y en ello se funda el parecer de estos disidentes para absolverlo del cargo formulado, como se anunciara al comienzo.

Se previene que los Ministros señores **Rodríguez** y **Künsemüller**, en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada media prescripción y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, porque dada la naturaleza del delito que en el proceso ha quedado establecido -de consumación

permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. La disposición citada gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura o se mantiene hasta que no se produce determinado evento, tal precisión temporal es imposible.

En consecuencia, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6° del cuerpo legal citado, sin que concurren otras modificatorias de responsabilidad penal; por tanto, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada sin modificaciones.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar al encausado –por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse al enjuiciado, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace 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 inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría por el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de sí reconocer tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantiene su decisión de absolverlos por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo y los ministros señores Rodríguez y Künsemüller, su posición de rechazar esta última circunstancia; el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia; por ende, no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable al procesado, de manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolo como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

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

Regístrese y devuélvase.
Redacción del Ministro señor Künsemüller y de las disidencias y
prevenciones, sus autores.
Rol N° 4531 -08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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