

SENTENCIA DE REEMPLAZO

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal y a lo ordenado en el fallo de casación formal de esta misma fecha y rol, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

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

a) En el fundamento quinto, se sustituye el punto aparte (.), por una coma (,) y a continuación se agrega la oración “sin que hasta la fecha se conozca el paradero de estas personas”.

b) En la reflexión sexta, se sustituye el vocablo “contemplan” por “contempla” e “inciso primero” por “inciso tercero”.

c) En el basamento séptimo, en su párrafo tercero, se reemplaza el guarismo “1972” por “1973”.

d) En el razonamiento octavo, en su letra r), se sustituye la palabra “lego” por “luego”.

e) En los considerandos vigésimo cuarto, trigésimo sexto y trigésimo octavo, se sustituye la expresión “recurrente” por “Fisco de Chile”.

f) En la reflexión trigésima novena se reemplaza la palabra “apelante” por “demandado civil”.

g) En el motivo cuadragésimo quinto se sustituyen la voz “Procesal” por “de Procedimiento”.

h) En las citas legales, se sustituye el artículo “29” por el “28”, ambos del Código Penal.

i) Se eliminan los considerandos décimo sexto y del cuadragésimo al cuadragésimo séptimo.

j) Se reproducen, de la sentencia de segunda instancia, precedentemente anulada, los considerandos 1º), 2º), 3º), 4º) y 5º), referidos al incidente de nulidad de derecho público de fs.1.648; 6º, 7º y 8º, sobre la tacha opuesta a fs. 1.205; y 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º, relativos a la acción civil.

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

PRIMERO: Que en cuanto a la prescripción gradual o media prescripción, que esta Corte, en otros casos, ha aplicado aún de oficio, cabe dejar constancia que en este proceso ello resulta imposible de hacer efectivo, por cuanto no es posible contabilizar el plazo necesario para considerarla, desde que por la naturaleza de permanente del ilícito que en el proceso ha quedado establecido, resulta impracticable precisar el comienzo de ese término, 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 el juicio, ni lo ha sido tampoco el deceso de los sujetos pasivos de la detención o encierro ilegales, a pesar de las diligencias ordenadas en el sumario con este propósito.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico creado por el delito, de lo que se desprende que tal circunstancia modificatoria debe ser desestimada.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de lo antes razonado, y en relación a la pena que ha de aplicarse a Castro Mendoza, debe tenerse en cuenta que éste es autor de dos delitos de secuestro calificado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 141 inciso tercero del Código Penal y que a la fecha de su comisión se encontraba sancionado con presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Por lo tanto, favoreciéndole la atenuante de su irreprochable conducta anterior, que le fuera reconocida por el fallo de primera instancia, pero sin estimársela como muy calificada, corresponde aplicar la sanción en el mínimo de la pena, la cual, atendida la reiteración del delito y conforme lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, habrá de elevarse en un grado, quedando en definitiva con presidio mayor en su grado medio.

TERCERO: Que con los fundamentos antes referidos, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial a fs. 1.638, compartiendo su criterio de confirmar con declaración la sentencia en alzada, aún cuando se disiente del quantum de la pena que se impondrá en definitiva al encausado.

CUARTO: Que en cuanto a la acción civil deducida por la querellante en estos antecedentes y respecto de la cual el fallo que se revisa no emitió pronunciamiento de fondo en atención a que se acogió la excepción de incompetencia del tribunal del crimen para conocer de ella, cabe dejar constancia que esta Corte comparte las razones sostenidas por los sentenciadores de segunda instancia en orden a desechar íntegramente dicha excepción y, al efecto, ha reproducido los motivos 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y 20° de la respectiva sentencia.

Lo mismo sucede con las excepciones de prescripción de la acción civil y de que no existiría un régimen de responsabilidad objetiva del Estado, que en subsidio de la anterior opuso el Fisco de Chile, este tribunal igualmente está por su rechazo con el mérito de los considerandos 21°, 22°, 23°, 24° y 25° del fallo de segundo grado recién citado, que también ha reproducido.

Empero y en lo que atañe a la alegación, relativa a controvertir todos los hechos reclamados, aquella no sólo se extendió a discutir el hecho y la participación criminal que se encuentran ya establecidos en autos (motivo 23° antes citado), como tampoco a la sola existencia del daño, que se analiza más adelante, sino que la hizo

consistir también en la falta de acreditación del vínculo matrimonial y de la relación de parentesco de los demandantes con la víctima. Sobre este tópico, basta para desechar tal alegación en esa parte también, la incorporación, a fs. 643 y siguientes, de los documentos públicos idóneos para la demostración de su legitimación, cuales son, los correspondientes certificados de matrimonio de la demandante Andrea de las Mercedes Núñez Tamayo con la víctima Guillermo Bustamante Sotelo y de nacimiento de los actores Guillermo del Carmen, Soledad de la Purísima, Verónica de las Mercedes, Jovita, Gloria Margarita y Gladys de la Purísima, todos ellos de apellidos Bustamante Núñez, hijos de los primeros mencionados.

QUINTO: Que, sin embargo, corresponde ahora hacerse cargo de la alegación fiscal relativa a la supuesta improcedencia de la indemnización que por estos autos se reclama, por haber sido ya indemnizada la demandante de acuerdo a lo establecido en la ley 19.123.

Al respecto, el Fisco de Chile pide que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización.

Tal alegación debe ser rechazada, por cuanto la ley citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquéllo se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que "En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere haber a personas individuales.

Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia".

En consecuencia, los beneficios establecidos en aquel cuerpo legal, no resultan incompatibles con la reparación material del daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos cuya certeza se obtiene recién como

resultado de este proceso. Tales circunstancias, en ningún caso pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por los actores, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que los habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.

SEXTO: Que acto seguido, el Consejo de Defensa del Estado aduce que el daño moral debe estar legalmente acreditado por los demandantes, que en este caso corresponden a la cónyuge sobreviviente y a sus seis hijos. Extremo que estos sentenciadores consideran suficientemente demostrado, puesto que por un lado se encuentra establecido el hecho dañino y la responsabilidad que en aquél cabe al acusado, como asimismo, la calidad que invisten las personas que reclaman la indemnización: cónyuge e hijos, relaciones de familia que naturalmente permiten presumir lo que es normal en ellas, esto es, el cariño y la dependencia no sólo económica sino afectiva que todos ellos tenían con el marido y padre desaparecido, lazos que han producido, como es de esperarse, la angustia y sufrimiento que toda esa familia debió soportar por tan largos años, sin saber qué había ocurrido efectivamente con su esposo y padre, sin tener la posibilidad de dar sepultura conforme a sus creencias religiosas y asumir de alguna manera el luto que conlleva tan grave pérdida.

En el caso concreto, el dolor y aflicción que naturalmente habrá causado la desaparición del padre de familia, se ha visto agravada por la imposibilidad de conocer la verdad de lo ocurrido por tanto tiempo y el paradero de Guillermo Bustamante Sotelo.

Sin perjuicio de estos efectos, que son consecuencia necesaria de lo ocurrido, es posible aún agregar que en la testimonial rendida durante el plenario y que consiste en los dichos de Marta Pinto Gutiérrez (a fs. 1202), Isabel Caris Gálvez (a fs. 1204) y Juana Pérez Aguilera (a fs. 1207) quedaron en evidencia las graves situaciones por las que pasaron los demandantes después que Bustamante fuera detenido. Ellas relatan que los seis niños eran pequeños cuando ello ocurrió, que el mayor sólo contaba con doce años de edad y que la madre debió salir a trabajar, dejándolos solos porque la falta del progenitor les acarreó hambre y desnudez, agregando una de ellas que le tocó ver a los niños en la calle, llorando, mientras esperaban la llegada de su madre.

SÉPTIMO: Que, por último, en cuanto a las alegaciones de monto excesivo de la indemnización que se reclama y la que corresponde a la supuesta improcedencia de los reajustes e intereses, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad

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

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto. Acreditada la existencia del delito por parte del inculcado y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

En relación a la reajustabilidad de la indemnización, que el demandante pide se aplique, igual que los intereses, desde la fecha de ocurridos los hechos delictivos de que se trata, más costas, cabe tener presente que el Fisco de Chile en su contestación se opone a ello, estimándolos improcedentes, argumentación que se desechará considerando como pertinente para hacerlos efectivos el momento en que se notifica válidamente la demanda como aquél en que se hace efectiva la pretensión del actor, debiendo aplicarse, en consecuencia, a partir de este hito en el tiempo el reajuste de la indemnización, que corresponderá a aquél que experimente el IPC entre esa fecha y su pago efectivo; mientras que los intereses –que serán los corrientes para operaciones reajustables- habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir de la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada, sin costas, por estimarse que el Estado tuvo motivo plausible para litigar.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo previsto en los artículos 514, 517 y 533 del Código de Procedimiento Penal y a los artículos 2314 y 1551 del Código Civil, se declara:

Que se rechaza el incidente de nulidad de derecho público deducido a fs. 1.648.

Que se desestima la tacha interpuesta a fs. 1.205 contra la testigo Isabel de las Mercedes Cariz Gálvez.

Que se revoca la sentencia de once de agosto de dos mil ocho, escrita a fs. 1465 y siguientes, complementada por la de nueve de octubre de dos mil ocho, que se lee a fs. 1.610 y veinte de marzo de dos mil nueve, que rola a fs. 1.656, en cuanto

acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal del crimen para conocer y pronunciarse sobre la acción civil deducida en autos y que fuera opuesta por el Fisco de Chile y en su lugar se declara que ella queda rechazada, así como también las demás excepciones de fondo propuestas sobre la materia y, en consecuencia, se declara que se acoge la demanda civil deducida a fs 1.001 por el abogado don Nelson Caucoto Pereira, en representación de doña Andrea de las Mercedes Núñez Tamayo, cónyuge sobreviviente de Guillermo Bustamante Sotelo; y de Guillermo Bustamante Núñez, Soledad Bustamante Núñez, Verónica Bustamante Núñez, Jovita Bustamante Núñez, Gloria Bustamante Núñez y Gladys Bustamante Núñez, todos hijos de aquél y se condena, por lo tanto, al Fisco de Chile, a pagar la suma de \$ 15.000.000.- (quince millones de pesos) para cada uno de los herederos hijos; y de \$ 25.000.000.- (veinticinco millones) para la cónyuge sobreviviente, todo ello por concepto de indemnización por el daño moral sufrido a propósito del secuestro calificado de su padre y cónyuge ya nombrado, respectivamente, sumas que deberán pagarse con los reajustes e intereses a que se refiere la parte final del motivo séptimo de esta sentencia, sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivo plausible para litigar.

Que se confirma, en lo demás apelado, el fallo antes referido, con declaración de que Lautaro Iván Castro Mendoza o Marcelo Iván Castro Mendoza, queda condenado a la pena única de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como **autor** de los delitos de secuestro calificado de **Juan de Dios Salinas Salinas y de Guillermo Bustamante Sotelo**, cometidos en Isla de Maipo el 14 de septiembre de 1973.

Atendida la extensión de la pena impuesta, no se concede al encausado beneficio alternativo alguno, por lo que deberá cumplirla efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce la sentencia que se revisa.

Acordada, en lo penal, con el voto en contra del Ministro Sr. Segura, quien estuvo por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, absolver a Castro Mendoza de la acusación fiscal deducida en su contra como autor de los secuestros calificados de Juan de Dios Salinas Salinas y de Guillermo Bustamante Sotelo.

Para ello, ha tenido en consideración las siguientes razones:

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal, disposición que reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

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

3.- Que, para la calificación jurídica del hecho de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: “si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible

basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes sobre concurso de delitos.

4.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: “Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.”

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

6.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el

transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

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

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, este disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: “Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario 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...”.

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

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

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

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

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

17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar 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 Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44) .

8.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta 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 del acusado por los secuestros calificados de Juan de Dios Salinas Salinas y de Guillermo Bustamante Sotelo, y en ello se funda el parecer del disidente para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Acordada, asimismo, la revocatoria de la parte civil del fallo en alzada, con el voto en contra de los Ministros Sres. Segura y Rodríguez, quienes estuvieron por confirmar la sentencia de primer grado en esa parte, acogiendo la excepción de incompetencia absoluta del tribunal del crimen para conocer y pronunciarse sobre la acción civil deducida, todo ello por las razones dadas por la señora Ministro instructora de primera instancia. Estuvieron, en consecuencia, por no emitir pronunciamiento sobre el fondo de la demanda civil deducida por la cónyuge sobreviviente y los hijos de uno de los secuestrados, sin perjuicio del derecho que a éstos corresponde para perseguir la responsabilidad civil de quienes sea procedente por la vía ordinaria.

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch, en la parte penal del fallo, estuvo por reconocer al acusado la concurrencia de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal porque, a su juicio, y como lo ha manifestado reiteradamente, ella es procedente desde todo punto de vista, puesto que, por sus efectos, difiere sustancialmente de la prescripción de la acción penal y, para el cómputo del tiempo necesario, éste deberá considerarse a partir desde el vencimiento del período de encierro a que se refiere la norma penal sancionatoria. En tales circunstancias, el disidente estuvo por reducir en un grado la pena que en definitiva se aplicó al encausado.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N° 8760-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

En Santiago, a veintidós de septiembre de dos mil diez, 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.