

Santiago, dieciocho de junio de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos N° 12.566-11, denominado “Episodio Héctor Vergara Doxrud”, rol del Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, por resolución de siete de abril de dos mil diez, escrita de fojas 1.975 a 2.055, se resolvió castigar a los encausados que se indican a continuación, debiendo cumplir las siguientes sanciones:

a) **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas proporcionales del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago.

b) **César Manríquez Bravo, tres años y un día** de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas proporcionales del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago.

c) **Marcelo Luis Moren Brito**, a sufrir la pena de **ochocientos días** de presidio menor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas proporcionales del juicio, por su responsabilidad de autor en el delito de secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago.

Por la misma sentencia se absolvió a los enjuiciados **Ciro Ernesto Torrè Sáez** y **Orlando José Manzo Durán** respecto de los cargos que les fueran formulados por el auto acusatorio de fojas 1.377 y siguientes; rechazando la acusación particular respecto de un eventual delito de asociación ilícita.

En cuanto a beneficios alternativos, en atención a cumplir con los requisitos de la Ley N° 18.216, se favoreció a los sentenciados **Manríquez** y **Moren**, con la libertad vigilada y remisión condicional, respectivamente.

La anterior decisión fue recurrida de apelación tanto por el Programa de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior por su libelo de fojas 2.069, como por la querellante particular a través de su presentación de fojas 2.080, en tanto que la asistencia jurídica del enjuiciado **Manríquez**, según consta de fojas

2.090, apeló de dicha sentencia; evacuado el informe del Ministerio Público Judicial el que rola a fojas 2.101, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por dictamen de diez de noviembre de dos mil once, el que aparece entre 2.138 y 2.157, procedió en primer lugar a revocarla, en cuanto absolvió al enjuiciado Manzo Durán y, en su lugar, declaró que queda condenado en calidad de autor del delito de secuestro calificado de Héctor Vergara Doxrud cometido en Santiago a partir del 17 de septiembre de 1974, fijando la sanción en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes y al pago proporcional de las costas del juicio.

A continuación, confirmó en lo demás dicha sentencia, con declaración de que las penas impuestas a los acusados Manríquez Bravo y Moren Brito, se elevan para cada uno de ellos a la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales correspondientes y al pago proporcional de las costas del procedimiento, por sus intervenciones que en calidad de autores les correspondió en el ilícito ya señalado. Finalmente, se aprobó el sobreseimiento definitivo y parcial consultado que rola a fojas 1.088.

En contra del anterior pronunciamiento de segundo grado, se entablaron recursos de casación en la forma como en el fondo por parte de la defensa del sentenciado Manzo Duran, contenidos en lo principal y primer otrosí de fojas 2.158, sustentado el primero en el literal 9° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal; en tanto que el segundo, se asiló en la motivación primera del artículo 546 de igual texto; a continuación, la asesoría letrada del enjuiciado Manríquez Bravo, conforme aparece de fojas 2.167, interpuso recurso de casación en el fondo, por las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; en tanto que el Programa de la Ley Nº 19.123 del Ministerio del Interior y la querellante particular, conforme aparece de fojas 2.192 y 2.195, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en la forma, basados ambos en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal.

A fojas 2.202, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1.- En cuanto a los recursos de casación en la forma y en el fondo de la defensa de Manzo Durán de fs. 2.158.

PRIMERO: Que, la casación formal se fundamenta en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia dictada no fue extendida de conformidad a la ley, lo que se vincula

con los numerales 4º y 5º del artículo 500 del mismo código, esto es, por no contener las consideraciones por las cuales se dieron por probados o no probados los hechos atribuidos a su defendido, desde que a su juicio se omitieron importantes antecedentes que ya habían sido considerados en el fallo absolutorio de primer grado.

SEGUNDO: Que, al respecto, precisa de que se trata de los documentos de fojas 1.931 y 1.424, consistentes en la hoja de vida del sentenciado y del libro de novedades de la guardia de la Ex-Cárcel Pública de Santiago, de los que fluye que el acusado a la fecha de los hechos cumplía funciones en ese recinto, haciendo entrega del arma a su cargo el 26 de octubre de 1974, los que serían suficientes para establecer su inocencia, y descartan el cargo criminal formulado, en cuanto a haber participado como custodio de la víctima en el recinto denominado Cuatro Alamos, tal como lo resolvió el juez de primer grado y es informado favorablemente por la Fiscal del Ministerio Público Judicial.

TERCERO: Que se destaca por el impugnante el hecho de que esos antecedentes fueron analizados correctamente en el motivo 18º del veredicto del a quo y resaltados como fundamento de la sentencia absolutoria, no obstante lo cual, con la eliminación dispuesta por los jueces de alzada, significó que dichos elementos exculpatorios quedaran sin ningún análisis, ignorándose el parecer de esos magistrados para restarles todo valor y preferir otros elementos incriminatorios, incurriendo de esa forma en la causal invocada, solicitando que se acoja su libelo, se anule la sentencia de segundo grado y se dicte otra en su reemplazo conforme a la ley y al mérito del proceso.

CUARTO: Que, en relación a los requisitos que se dan por omitidos del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, vale decir, la falta de consideraciones de la sentencia para justificar tanto el hecho punible como la participación culpable del encausado, cabe destacar que, en el fallo impugnado, ello se satisface a cabalidad con la reproducción íntegra de la sección expositiva y parte de la considerativa del dictamen de primer grado, cumpliendo con el mandato legal de incorporar esas menciones, a las que se agregan las introducidas por el tribunal de alzada en el apartado III), que trata, precisamente, de la intervención de Manzo Durán, efectuando en su motivo 7º una directa referencia al mérito de las piezas que echa de menos el recurrente, contraponiéndolas con las que indica entre las letras a) y g), para concluir con determinar su participación en calidad de autor, en los términos del numeral 3º

del artículo 15 del Código Penal.

QUINTO: Que es atingente recordar que esas exigencias conminan al tribunal a hacerse cargo de ellas, esto es, ponderar en la sentencia su parecer, para luego aceptar o rechazar las diversas proposiciones planteadas con el mérito de los antecedentes que arroje la causa, lo que, como ya se dijo, sí sucede en este caso, toda vez que, a diferencia de lo que afirma el recurrente, los magistrados de las instancias desarrollaron los motivos que los condujeron a su determinación penal, referente al enjuiciado de autos, sin que corresponda efectuar pronunciamientos de fondo, como ocurre en la especie, pues para esos efectos la causal esgrimida no es idónea, máxime si se trata de un recurso de derecho estricto como éste, en que por su intermedio corresponde revisar los fundamentos jurídico-fácticos que sostienen la sentencia.

SEXTO: Que al efecto cabe reiterar que la sostenida jurisprudencia emanada de este Tribunal ha señalado que la causal invocada por la recurrente será exitosa cuando el vicio denunciado sea la inexistencia de las consideraciones a que se refieren los numerales 4° y 5° del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, de manera que en aquellos casos en que dichas motivaciones sí concurren, pero su contenido no es compartido por el impugnador, o éste las considera insuficientes o carentes de significado -como acontece en la especie-, ello conduce al fracaso del recurso.

No está demás recordar que la exigencia del legislador respecto a la inclusión de los razonamientos del juez fallador en sus dictámenes, obedece a la idea de evitar arbitrariedades en sus resoluciones, y es a la luz de este pensamiento que se han contemplado las normas alusivas a los contenidos de las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración, a través del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, que no resulta aplicable en la especie.

SÉPTIMO: Que por los ratiocinios precedentes, forzoso es concluir que el recurso de casación en la forma no está en condiciones de prosperar, por lo que habrá de ser desestimado.

OCTAVO: Que, en lo que toca al recurso de casación en el fondo de la misma defensa de Manzo Duran, éste se asila en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, le ha impuesto una pena más grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de

responsabilidad penal, y al fijar la naturaleza y grado de la pena; denunciando como normas conculcadas los artículos 68, 103 y 141, todos del Código Penal.

NOVENO: Que, al respecto, se precisa que los jueces del fondo desconocieron la procedencia de la atenuante contenida en el artículo 103 del Código Penal, referida a la media prescripción, respecto de la cual se cumplen íntegramente sus requisitos, norma que dispone que si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el plazo de prescripción de la acción penal, pero habiendo transcurrido ya la mitad de él, el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más minorantes muy calificadas y ninguna agravante, destacando que es independiente y diversa de la prescripción propiamente tal, ya que se trata de instituciones distintas, con características, fines y efectos diversos, siendo la primera una minorante de responsabilidad y la otra una causal de extinción de la misma, concluyendo la segunda en la no sanción del hecho, mientras que la primera supone castigo, pero de entidad menor, encontrando tal parecer respaldo en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de treinta de julio de dos mil siete, dictada en autos Rol N° 3808-06.

DÉCIMO: Que para terminar, se expresa por el oponente que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al rechazar la procedencia de la atenuante mencionada, se ha impuesto a su representado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en lugar de una pena menor, como corresponde de acuerdo al artículo 68 del Código Penal, por ello es que la influencia sustancial se produjo desde que debió rebajarse la pena señalada por el artículo 141 del Código Penal en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, y aplicar en definitiva a Orlando Manzo Durán una pena no superior a los 540 días de presidio menor en su grado mínimo, que constituye la petición principal como contenido de la sentencia de reemplazo que habrá de dictarse, previo acogimiento de su reclamo y anulación del fallo de segundo grado, otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena establecido en la Ley 18.216.

UNDÉCIMO: Que, del estudio de los autos, en lo que hace a la atenuante de que se trata, no cabe duda que los jueces del fondo, actuando en el ámbito de sus atribuciones privativas en torno al establecimiento de los hechos, determinaron que en la especie no concurrían los presupuestos fácticos para su confluencia, y en ello no se advierte contravención alguna a las

reglas aludidas, por lo que sólo cabe concluir que no se ha producido la infracción de ley que se censura en el recurso.

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

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

DÉCIMO TERCERO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza y teniendo en cuenta el contexto en el que indudablemente deben inscribirse, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

El secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además de la libertad ambulatoria, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente al ser humano;

configuran, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos, que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

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

DÉCIMO QUINTO: Que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, para la cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables, todo lo cual también se extiende para efectos de estimar improcedente la media prescripción del artículo 103 del Código Penal.

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

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

En la especie, se produce un instante en que la conducta típica se completa, pero se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituye subsistencia de esa acción: el autor encierra o detiene a su víctima y su conducta típica queda realizada, pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse más o menos

según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una acción susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 148, 224, N° 5°, 225, N° 5° y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuar" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio (Eduardo Novoa Monreal: "Curso de Derecho Penal Chileno", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, como ya se dijo, entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos de consumación permanente resalta aquella de que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que se ha concluido la mantención del resultado, esto es, la detención o encierro antijurídicos. Así lo enseña parte de la doctrina, como el precitado profesor Novoa, quien expresa: "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo"... "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por las siguientes particularidades que presentan los delitos permanentes: a) la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo" (op. cit. página 250;).

DÉCIMO OCTAVO: Que, atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al "tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena", cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

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

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

En consecuencia, acertadamente se desestimó el reconocimiento de la denominada “media prescripción” y de la rebaja de la pena que se solicitaba por dicha defensa como consecuencia de su aceptación.

DÉCIMO NOVENO: Que, sin perjuicio de lo razonado en los fundamentos que preceden respecto de la improcedencia de la atenuante de responsabilidad criminal reclamada y su incidencia en la aplicación de la pena, cabe aclarar que, respecto de las minorantes, como ya se dijo, los antecedentes de hecho que las sostienen son circunstancias que fijan libremente los jueces de la instancia y resultan inalterables por esta Corte a

través de la causal de invalidación aquí invocada; y en cuanto a su aplicación, esto es, en lo tocante al artículo 68 del Código Penal que se reclama conculcado, baste considerar, para su rechazo, el que su aplicación es facultativa para los jueces del mérito, atendida su expresa redacción, en tanto sólo autoriza, y no impone a los juzgadores reducir la sanción cuando concurre la modificatoria pertinente, por lo que no se divisa cómo podrían cometer error de derecho al ejercer tal prerrogativa.

VIGÉSIMO: Que lo anotado precedentemente permite sostener que el pronunciamiento refutado no ha incurrido en la hipótesis de nulidad pretendida, lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso procesal intentado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de la defensa de Manríquez Bravo 2.167.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, las causales esgrimidas por esta defensa fueron las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, las que desarrolla de forma conjunta, consistentes en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, le impuso una pena mas o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena; en tanto que por la restante, alude a la vulneración de leyes reguladoras de la prueba con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

Se denuncian como normas infringidas el artículo 15 del Código Penal; los artículos 107, 488 y 502, todos del de Procedimiento Penal, y el artículo 5º, inciso 2, de la Carta Fundamental.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, el error que se denuncia consistió -a juicio del recurrente- en determinarse la intervención de su defendido propia de un autor del delito; no obstante ello, de la lectura del libelo en análisis aparece que en realidad se cuestionaron ambos aspectos de la imputación penal. Al expresar a fojas 2.168 que: "...no está configurado en modo alguno el delito que se le imputa..., ni menos su calidad de autor en ese ilícito."

VIGÉSIMO TERCERO: Que, al momento de explicar la forma en que se produjeron los vicios denunciados, procede a citar uno a uno los elementos incriminatorios consignados en el motivo octavo del fallo de segundo grado, respecto de los cuales concluye con señalar que a lo más podrían comprobar

las funciones que desarrollaba el acusado a esa fecha, pero en ningún caso acreditan el delito ni su participación, por lo que concluye que fue condenado sólo por presunciones, que no son legales de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Penal.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en relación al artículo 15 del Código Penal, ninguna de sus tres hipótesis se conforman con lo por él actuado, sin que se comprobara siquiera su conocimiento del secuestro de la víctima de autos, pues a la fecha en que se dio inicio a su ejecución, el acusado prestaba servicios en Rinconada de Maipú, cumpliendo funciones administrativas y logísticas; en tanto que, de los elementos incriminatorios tampoco surgen siquiera indicios que permita acreditar un actuar concertado con el Director de la DINA, ni que haya facilitado los medios para perpetrar el delito.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en relación al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, del que se transcribe su texto, se afirma de forma genérica que no se cumplió con ninguno de sus presupuestos para admitir prueba completa de participación de autor, cómplice o encubridor, no hay hechos reales ni probados, o presunciones múltiples ni graves, tampoco existe concordancia alguna con los hechos del delito de secuestro investigado.

A su turno, la vulneración del artículo 502 de igual texto, se produjo al no señalarse una a una las presunciones, lo que significa que el enjuiciado aparezca condenado por “meras presunciones”, lo que vulnera la presunción de inocencia.

Respecto del artículo 5º de la Carta Fundamental, el que se relaciona con los artículos 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, referido a igual tópico, la presunción de inocencia, en su variante de la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de garantías y el que la actividad probatoria corresponda a los acusadores, y en ningún caso a la defensa.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, a través de la desobediencia del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, se vulneraron los artículos 93 N° s. 3 y 6 y 95 del Código Penal, al obviarse dos causales flagrantes de extinción de la responsabilidad penal, como son la amnistía y la prescripción, sin que respecto de la primera su aplicación al caso se encuentre limitada por normativa internacional, así los Convenios de Ginebra no contienen ninguna norma que prohíba o limite su procedencia, incluso es recomendada en el protocolo N° II

suscrito el 12 de agosto de 1949, el que fue ratificado por nuestro país, y publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1991.

En cuanto a una eventual inconstitucionalidad del DL 2.191, de 1978, se arguye que la reforma constitucional del artículo 5º de la Carta Fundamental solo rige a partir de la Ley Nº 18.825 de 17 de agosto de 1989, por lo que darle un efecto retroactivo a dicha normativa constituye un error de derecho, máxime si se trata de hechos ocurridos con mucha antelación, lo que sólo está permitido en nuestra legislación en la medida que la nueva legislación sea más favorable para el imputado.

Igual cuestionamiento provoca en el recurrente la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, por no haber sido ratificada por Chile, y de serlo, primero que nada debe adecuarse nuestra legislación a dicho convenio, pero en ningún caso podría tener efecto retroactivo como lo ordena el artículo 28 de la Convención Internacional de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en relación a la restante normativa internacional relacionada con el asunto, como es la Convención sobre desaparición forzada de personas de 1994, no está vigente; en cuanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, no limita las facultades de nuestro país en materia de amnistía, ni impide la aplicación de la prescripción, y en todo caso se refiere a situaciones acontecidas a partir del 11 de marzo de 1990; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, similar al anterior, su vigencia es a partir del 27 de mayo de 1989 y por último, el referido a la Tortura de 26 de noviembre de 1988, no contiene ninguna norma que impida amnistiar o aplicar la prescripción.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en cuanto a la prescripción de la acción penal, se sostiene por el recurrente que esta ya ha sido aplicada en numerosos casos que ha tenido ocasión de conocer nuestro máximo tribunal, en los que se ha indicado que ninguno de los Tratados Internacionales suscritos por Chile la impiden, descartando la hipótesis de que nuestro país existió a esa época un conflicto armado no internacional en el sentido contenido en los Convenios de Ginebra, y aún en el caso que se admitiera la tesis de la guerra interna, ello tampoco es óbice para su procedencia conforme a los artículos 147 y 148 del Convenio IV, por lo que el yerro de derecho acontecido se produjo al no aplicar al presente proceso la amnistía y la prescripción.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por último, en cuanto a la restante causal de casación en el fondo, referida a la violación de leyes reguladoras de la prueba, escuetamente se procede a reproducir los contenidos de los artículos 485 y 487 del Código de Procedimiento Penal, para concluir de inmediato que conforme a la anterior causal, se demostró que el fallo se adoptó en base a presunciones que no cumplieron con los requisitos del artículo 488 de igual código, por lo que los jueces del fondo debieron absolver a su defendido del cargo formulado de ser autor del delito de secuestro de Patricio Vergara Doxrud, solicitando que se acoja su libelo, se anule la sentencia recurrida y se dicte otra de reemplazo, por la que se resuelva la absolución de su defendido.

TRIGÉSIMO: Que desde ya cabe advertir que el recurso de casación de la defensa de Manríquez Bravo, si bien invoca la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, que implica aceptar los hechos fijados en la sentencia y su calificación jurídica, cuestiona diversos aspectos relacionados con los presupuestos fácticos de la condena recurrida, como una supuesta falta de determinación del tipo penal, lo que se extiende también al establecimiento de la participación, solicitando su absolución, asuntos que sin duda alguna resultan ajenos e incompatibles de plantear a la luz de la referida causal, pues conllevan la discusión de aquello que el presente motivo de invalidación requiere dar por sentado, lo que desde luego obsta a su procedencia, ya que este tribunal, dada la naturaleza extraordinaria y de derecho estricto del presente recurso, queda imposibilitado para pronunciarse sobre una causal cuyos fundamentos y objetivo son propios de otra muy distinta.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, por lo que se viene señalando es que al alegar la causal del N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como fundamento para sostener la falta de participación del condenado ya precisado, debe ser desestimada, pues como ha sido reiteradamente sostenido por este tribunal, dicha causal presupone, necesariamente, una participación real y efectiva del acusado en el ilícito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, y el error de derecho que se acusa debe decir relación, exclusivamente, con el grado de esa participación y no con la falta de ella, o bien, que el error de derecho se cometa al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad penal, o al fijar la naturaleza o el grado de la pena, por lo que no puede invocarse para eliminar dicha participación, que es lo que pretende el recurrente.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, las consideraciones precedentes, ponen en evidencia las graves imprecisiones en que se ha incurrido en la formalización del recurso, que son contrarias a su naturaleza y fines y siendo tal arbitrio de derecho estricto y no pudiendo por ello admitírsele cuando se basa en razonamientos errados, incompletos o contradictorios, como se ha demostrado que lo son los desarrollados en el caso “sub-lite”, no resta en él otra solución que su rechazo.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en cuanto a la causal séptima impetrada, cabe recordar, como bien lo ha señalado reiteradamente esta Corte, que para que pueda prosperar este motivo de invalidación, quien lo interpone debe señalar con precisión y en carácter de vulneradas, genuinas normas reguladoras de la prueba, que caen dentro del estudio y decisión de este tribunal, o sea, aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son conculcadas con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación.

En este orden de ideas, como regla general, se ha estimado que hay inobservancia de las aludidas leyes cuando se invierte el peso de la prueba, se rechaza un medio probatorio que la ley permite o admite uno que repudia o cuando se modifica, niega o altera el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que acorde con lo expuesto, las únicas normas que se dan por vulneradas en relación a dicha causal -conforme aparece del libelo a fojas 2.190- son las contenidas en los artículos 485, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal, transcribiéndose los textos de las dos primeras, sin agregar ningún desarrollo; en tanto que respecto de la última se afirma: “...*que de haberse dado cumplimiento entre otras a las normas ya citadas del Art. 488 el fallo necesariamente debió absolver a mi representado...*” Al respecto cabe señalar que dada su naturaleza, el recurso de casación en el fondo está sometido a un conjunto de reglas absolutas de las que no es posible prescindir, ya que lo contrario llevaría a desnaturalizar su fisonomía jurídica y la finalidad perseguida por la ley al incorporarlo a su normativa.

Entre esas exigencias de carácter ineludible, se hallan las consignadas en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en la especie, por la remisión que a ese precepto hace el artículo 535 del Código de

Enjuiciamiento Criminal, en orden a explicar específicamente en qué consisten el o los yerros de derecho de que adolece la sentencia recurrida y señalar de qué modo ese o esos equívocos influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Bajo este prisma, nuestro ordenamiento procesal coloca al recurso en la necesidad de determinar el alcance o sentido de la ley y explicar la forma en que ha sido violentada. En otras palabras, es indispensable un verdadero enjuiciamiento de las disposiciones legales conculcadas a fin de demostrar que han sido incorrectamente aplicadas, en términos tales que el tribunal de casación quede en condiciones de abocarse de una manera perfectamente concreta y definida al análisis de los problemas jurídicos que se someten a su decisión, porque de otro modo este recurso se convertiría en una nueva instancia del pleito que el legislador expresamente quiso evitar, conclusión que resulta, tanto del claro tenor de las pautas que lo gobiernan, cuanto de la historia fidedigna del establecimiento de la ley. (Sobre este punto, Waldo Ortúzar Latapiat: "Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos cincuenta y ocho, N° 5, pp- 12 y 13; Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil", Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago de Chile, año mil novecientos dieciocho, p. 675).

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, en relación al artículo 485 del Estatuto procedimental criminal, en modo alguno puede considerarse como una ley reguladora de la prueba, dado que se limita a definir el concepto legal de presunción, y la forma genérica como se han invocado los preceptos legales que suceden a esta última norma, es contraria al carácter estricto que exige el presente arbitrio, en cuanto requiere que con toda precisión se detallen las contravenciones legales criticadas, en términos de colocar a esta Corte en situación de emitir un correcto pronunciamiento sobre el punto jurídico determinado sometido a su decisión, presupuesto que en esta fracción no ha sido cumplido.

En cuanto al artículo 487 del ordenamiento procesal penal, que se refiere a la fuerza probatoria de las presunciones legales, en parte alguna del desarrollo del recurso se ha planteado la concurrencia de alguna presunción legal a la que se hubiere desconocido el carácter de prueba completa o bien que, desvanecida su fuerza probatoria de conformidad a la ley, los jueces hayan desatendido tal circunstancia, con lo que los planteamientos del recurso en tanto descansan en tales preceptos no encuentran sustento.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, por último, con respecto al artículo 488 del Código citado, aparece invocado en forma genérica, sin determinarse cuál o cuáles requisitos de los varios allí establecidos concurren en la especie y que no fueron considerados por los jueces del fondo, lo que resulta indispensable en todo recurso de nulidad sustancial, atendido que la jurisprudencia reiterada ha reconocido que sólo los numerales 1 y 2 del precepto corresponden a genuinas disposiciones limitadoras de la prueba, por lo que únicamente la ausencia de tales requisitos podría dar pie al recurso de nulidad.

Así, sólo se puede impugnar en un recurso de casación en el fondo por violación de las leyes reguladoras de la prueba, el valor de plena prueba que se asigne a las presunciones cuando éstas no se funden en hechos reales y probados o se funden en otras presunciones (falla el presupuesto objetivo de su base), o cuando no sean múltiples (falla el presupuesto objetivo del número de las presunciones), pero no se puede impugnar las apreciaciones de calidad de las presunciones señaladas en los demás números del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, sin perjuicio de lo dicho, y ante la evidencia de que lo que se ataca es el estudio y valoración que han hecho los jueces de las probanzas rendidas, cuestión que comprende el ejercicio de sus facultades privativas, la causal intentada no está en condiciones de prosperar, pues debe considerarse que los jueces del fondo son soberanos en cuanto al establecimiento de los hechos y a la valoración o ponderación de la prueba que obra en el proceso, sin que la distinta apreciación que de esta última pueda hacer el recurrente y conforme a la cual llega a conclusiones diversas, como queda en evidencia del análisis de su libelo, faculte a esta Corte para revisar la decisión cuestionada por no quedar tal devenir dentro de la esfera de control de este Tribunal de Casación.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, en consecuencia la situación fáctica probada en el fallo atacado no puede ser revisada por esta vía extraordinaria de impugnación, de modo tal, que por reunirse en los hechos acreditados en el proceso todos los elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del ilícito por el cual se dictó sentencia condenatoria en contra del acusado, no cabe sino concluir que los jueces han efectuado una correcta aplicación del derecho, razones que conllevan a decidir el rechazo del recurso de casación en el fondo por la deficiente formulación del mismo y que es contraria a su carácter de derecho estricto, sin que baste como motivo suficiente el que los

sentenciadores del fondo no concuerden en sus decisiones con las que estima la parte recurrente como acertados, lo que no es en absoluto motivo suficiente para acoger el recurso.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, en todo caso, los antecedentes probatorios que constan en el proceso, relacionados tanto con la ocurrencia del hecho delictuoso ocurrido a partir del día 17 de septiembre de 1974, como los atinentes a la cuestionada participación culpable del encausado Manríquez Bravo en el mismo, consignados detalladamente en los fundamentos octavo y vigésimo cuarto del fallo de primer grado, reproducidos por el de segundo grado, y el que se agregó como 1º) por la de alzada, no pueden estimarse insuficientes, como se reprocha por los peticionarios, pues los jueces, al respecto, apreciaron la prueba de conformidad a la ley.

CUADRAGÉSIMO: Que, en realidad, el recurrente pretende cuestionar dicha aseveración, en el sentido que los sucesos asentados por los jueces del mérito no están debidamente comprobados; y, a la inversa, procura que otros que no se han dado por acreditados en autos debieron haberlo sido; criticando la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la investigación, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de este tribunal, como antes se ha anotado, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los jurisdicentes del grado en el ejercicio de sus atribuciones privativas, así como revisar las conclusiones a que ellos han llegado, ya que eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que debe fundarse exclusivamente en cuestiones de derecho.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, entonces, al no concurrir las pretendidas violaciones a las leyes reguladoras de la prueba, y siendo por tanto inamovibles los hechos determinados por la sentencia recurrida, aparece incontrarrestable que el comportamiento del acusado César Manríquez Bravo se encuadra en el tipo del artículo 141 del Código Penal, y aparece ajustada a derecho su condena en calidad de autor de ese delito.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que por los fundamentos anotados, cabe concluir que los juzgadores del grado al fijar la realidad fáctica, ponderarla y calificar sus circunstancias en la forma que lo hicieron, no han cometido error de derecho y han dado una correcta y cabal aplicación a las disposiciones cuyo quebrantamiento se denuncia.

III.- En cuanto a los recursos de casación en la forma del Programa de la Ley Nº 19.123 y del querellante particular de fojas 2.192 y 2.195, respectivamente.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que en atención al hecho de que ambos libelos se basan en idéntica causal de casación formal, lo que se extiende a los fundamentos desarrollados para construirlo, se procederá a un análisis conjunto de ambos recursos, para así evitar repeticiones que resultan de todo inoficiosas.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, el vicio detectado por ambos litigantes, se construye al amparo de la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que la sentencia no fue extendida de conformidad a la ley, relacionada con el numeral séptimo del artículo 500 del igual texto, dada la omisión en la decisión del asunto.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, al respecto, se indica por ambos litigantes que tal defecto se aprecia de la sola lectura del fallo de segundo grado, en particular respecto de la situación procesal de Torrè Saéz, respecto de quien, en atención a que se dictó a su respecto una sentencia de primer grado absoluta, ella fue expresamente apelada por ambos recurrentes.

Sin embargo, si bien se advierte de su redacción que por el motivo sexto, se mantiene el parecer del a quo en orden a conservar dicha decisión, lo cierto es que lo allí sostenido carece de toda lógica jurídica, y en todo caso se omitió de lo resolutivo la decisión de absolver o condenar a dicho acusado, lo que les dejó en la imposibilidad de examinar el fondo de lo resuelto, por lo que solicitan en sus respectivos petitorios que se acojan sus recursos de casación en la forma y se proceda a anular la sentencia atacada, dictando en su lugar otra de reemplazo por la que se decida condenarlo como autor del ilícito investigado materia de autos, aplicando las máximas penas establecidas para dicho ilícito.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal dice relación con el contenido que deben tener las sentencias definitivas de primera instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen aquéllas en materia criminal. Dentro de ese mandato del legislador, el Nº 7 de la norma impone la inclusión de la resolución que condena o absuelve a cada uno de los procesados por cada uno de los delitos perseguidos y que se pronuncia sobre la responsabilidad de ellos o de los terceros comprendidos en el juicio.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que efectivamente, como lo reconocen los recurrentes, la sentencia mantuvo la absolución del sentenciado ya citado, por consiguiente, no ha quedado en suspenso el pronunciamiento del tribunal a dicho respecto, y si la sentencia de la respectiva Corte de Apelaciones confirmó la de primera instancia, incluye en dicha parte el anterior pronunciamiento, por lo que no pudo incurrir en el vicio de incumplir los requisitos propios de la sentencia.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, en efecto, para decidir lo planteado, basta con leer el apartado II) de la sentencia recurrida, denominado expresamente: “En relación a la participación de Ciro Torr  Sáez”, y en particular de sus motivos 2 , 3 , 4 , 5  y 6 , en los que contrariamente a lo afirmado por los recurrentes, el tribunal de alzada se hizo debido cargo de analizar latamente la situación del enjuiciado ya individualizado, consignando que al no haberse probado que hubiera tenido dominio sobre el traslado de la víctima al recinto de Villa Grimaldi ni que existiera algún tipo de acuerdo de voluntades entre él y el acusado Manríquez, no resultó posible condenarlo como responsable del delito de secuestro calificado investigado en autos, de forma tal que, dichas reflexiones y conclusión, se entienden perfectamente incluidas en la decisión de confirmar la sentencia apelada, que en esa parte mantuvo la absolución ya resuelta por el tribunal de primer grado.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, por lo expuesto cabe concluir que en ella se cumplió a cabalidad con las exigencias que se han reseñado precedentemente, lo que se advierte de su simple examen formal, consignándose, con la suficiencia exigida, la fundamentación de la decisión absolutoria, su entidad y los motivos para rechazar los extremos de las partes querellantes y demandante civil de autos.

QUINCUG SIMO: Que en el presente caso, al contener el fallo atacado las consideraciones y decisiones que el recurrente afirma que no existen, son suficientes para entender que se encuentra cumplida la exigencia establecida en las normas estimadas como infringidas por el recurso que por esta vía se analiza, por lo que el intentado por ellas no podrá prosperar.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 5 , inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 322 del Estatuto Penal; 418 del Código de Justicia Militar, 488, 500, Nós, 4  y 5 , 502, 535, 541, N  9 , 546, Nós 3 , 5  y 7 , y 547 del de Instrucción Criminal y lo establecido en el Decreto Ley, N  5  de 1973, **SE RECHAZAN** los recursos

de casación en la forma entablados por las asistencias jurídicas de Orlando Manzo Durán, el Programa de Continuación de la Ley N° 19.213 del Ministerio del Interior y los Querellantes Particulares, contenidos en lo principal de sus presentaciones de fojas 2.158, 2.192 y 2.195, respectivamente, lo que se extiende asimismo a los de casación en el fondo deducidos por las defensas de César Manríquez Bravo y Orlando Manzo Durán, de lo principal y primer otrosí de fojas 2.167 y 2.158, dirigidos todos en contra de la sentencia de diez de noviembre de dos mil once, escrita de fojas 2.138 a 2.157, ambas inclusive, la que, en conclusión, no es nula.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Pfeffer quien fue del parecer de anular de oficio en la forma la sentencia impugnada por las contradicciones que en ella advierte respecto de la prescripción total y gradual, y dictar una de reemplazo en que se decida revocar la de primer grado y acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos, para luego, con su mérito, absolver a los acusados en esta causa, del cargo que les fuera formulado por el auto acusatorio de fojas 1.377 y siguientes; rechazando de esa forma la acusación fiscal de fojas 1.377 y siguientes, y sus adhesiones de fojas 1.385 y 1.390, deducidas en su contra como autores del secuestro calificado en la persona de Héctor Patricio Vergara Doxrud, llevado a cabo a partir del 17 de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Santiago; manteniendo del veredicto de primer grado los fundamentos particulares para adoptar igual decisión, respecto del enjuiciado **Ciro Ernesto Torrre Sáez**.

Para lo principal, tiene 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 incluido como artículo 126 y en la Sesión 146°, del dos de junio de mil ochocientos setenta y tres, pasó a ser artículo 146 siendo 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, 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 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°).- Que, este parecer no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, 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°).- Que, 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 (ob. 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 paso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. Si el delito no ha sido objeto de persecución penal se

produce 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 éstos, 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 el que refiere 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, puesto que en 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.

El jurista Jean Pictet, 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 órdenes 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 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.

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 el uno de agosto del dos mil nueve, por lo que no tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, esta normativa no resulta aplicable a la data de comisión del delito, por tanto no pueden 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 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 y siete 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°, 6° y 7° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados en

la presente causa, todos como autores del secuestro de Héctor Patricio Vergara Doxrud, y en ello se funda el parecer del disidente para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de este disidente, es necesario advertir que no deja de reconocer la gravedad y relevancia del delito cometido por el o los responsables y comparte la unánime decisión de tener por establecido que el hecho punible existió como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de las normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental, tanto más si éste disidente es de opinión que el orden internacional -en base al cual se concluye que los delitos de lesa humanidad son inamnistiables e imprescriptibles- no puede aplicarse en el sentido de que indefectiblemente deben los procesos concluir con la imposición de penas privativas de cumplimiento efectivo para quienes se acredite responsables de tan graves ilícitos, pues tal imprescriptibilidad e inamnistiability debe entenderse principalmente referida al esclarecimiento de la verdad, a la identificación de los autores, más que a su severo castigo efectivo, ya que a ese orden internacional le interesa también, sobremanera, propiciar el encuentro de los pueblos y su pacificación frente a quiebres o rupturas que hubieren experimentado y que, como es el caso de Chile ocurrieron ya hace casi 40 años.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller y del voto en contra, su autor. .

Rol N° 12.566-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Emilio Pfeffer U. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a dieciocho de junio de dos mil doce, 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.