

SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veinticinco de enero de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo que estatuyen los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 785 del de procedimiento civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS :

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus basamentos 43°), 48°) y 49°), que se eliminan.

En las citas legales se suprime la referencia al artículo 68, inciso segundo, del Código Penal.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:**En cuanto al recurso de casación en la forma.**

PRIMERO: Que en el primer otrosí de su libelo de fojas 3.113, la defensa de Pedro Espinoza Bravo promovió un recurso de casación en la forma en contra del dictamen de primer grado, sustentado en el artículo 541, N° 12°, del Código de Procedimiento Penal, esto es, en haberse omitido, durante el juicio, la práctica de algún trámite o diligencia dispuestos expresamente por la ley bajo pena de nulidad.

SEGUNDO: Que por el motivo de anulación formal esgrimido, reclama que la investigación se ha enderezado únicamente a comprobar la efectividad de la detención de Marcelo Salinas Eytel, sin preocuparse de pesquisar el supuesto secuestro y el modo en que éste se ha mantenido en el tiempo, a lo largo de toda la carrera funcionaria del inculcado, quien fue destinado a diversos lugares e incluso cumplió condena en el centro penitenciario de Punta Peuco. Expresa que por lo expuesto se hace necesario investigar qué ha sucedido con la víctima, la que dado el tiempo transcurrido es fácilmente presumible, en su opinión, que no se encuentra con vida, de lo que colige la falta de "tipicidad en el delito" y la consecuente absolución de su representado. Adiciona que, por lo demás, la acción penal de autos se encuentra prescrita y lo favorece la ley de amnistía.

TERCERO: Que el presente medio de invalidación formal debe ser rechazado in limine, dado que las argumentaciones en que se basa escapan de la causal en que el recurrente sustenta su recurso. Es así como, no explica ni indica cuáles son los trámites o diligencias omitidos en el transcurso del juicio bajo sanción de nulidad que habilitan su interposición.

CUARTO: Que, sin perjuicio de lo sostenido, como se deduce de la simple lectura del escrito de formalización, las anomalías que se delatan, de concurrir, pueden ser enmendadas por la vía de la apelación, que también ha sido deducida por la asistencia jurídica del acusado.

Que en atención a lo razonado y en la forma que se lo ha planteado, el recurso de casación en la forma promovido a favor del encausado no puede prosperar.

En cuanto a los recursos de apelación:

QUINTO: Que los encausados Contreras Sepúlveda, Espinoza Bravo, Manríquez Bravo y Ferrer Lima, en sus contestaciones a la acusación alegaron la atenuante de responsabilidad criminal del artículo 103 del Código Penal, denominada media prescripción o prescripción gradual, por darse en la especie los supuestos fácticos de dicha norma.

SEXTO: Que como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

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

No obstante y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su plena impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una motivación dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de iure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una "idea afortunada de la CR" la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora).

SÉPTIMO: Que, a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una "cuestión obligada" dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

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

OCTAVO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. Por consiguiente, no se divisa antecedente que permita concluir de iure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la mitigante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así, v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 879-08; 2.422-08.

NOVENO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal consagrada en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en la situación en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

DÉCIMO: Que, en lo pertinente, es útil recordar el tenor del artículo 103: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”

Ahora bien, en el suceso sub lite, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que describe el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados conforme se consignó en el motivo sexto del fallo en alzada.

UNDÉCIMO: Que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes -ámbito atingente al punto debatido- en diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, por ende, para los efectos previstos en el artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción, y en la actual situación, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

DUODÉCIMO: Que en esta línea de razonamiento, conviene dejar en claro que Salinas Eytel fue secuestrado el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, consumándose el delito al momento en que llegó el día noventa y uno de encierro de la víctima, data desde la que ha de contarse la prescripción gradual en comento.

Conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en consonancia con el artículo 103, ambos del Código Penal, habiéndose dirigido la acción penal en contra de los sentenciados César Manríquez Bravo y Maximiliano Ferrer Lima el cinco de agosto de dos mil cinco, y respecto de los encausados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Pedro Octavio Espinoza Bravo y Miguel Krassnoff

Martchenko el diecisiete de abril de dos mil ocho, para el recuento del término requerido y configurar así la morigerante de responsabilidad penal en examen, ha de considerarse que transcurrieron más de treinta años entre la época de su consumación y el sometimiento a proceso que culminó con la condena de los hechos, cumpliéndose así la hipótesis temporal a la que alude el mencionado artículo 103 del catálogo de penas.

DÉCIMO TERCERO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto de todos los inculcados, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal, aún cuando la defensa Krassnoff Martchenko no alegó la expresada circunstancia en su contestación de cargos, atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en el artículo 527 del Código de Procedimiento Penal, se les beneficiará con la minorante reseñada.

DÉCIMO CUARTO: - Que, por lo tanto y para la aplicación de la pena, debe considerarse que Miguel Krassnoff Martchenko, César Manríquez Bravo y Francisco Maximiliano Ferrer Lima resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11, N° 6°, del Código Penal, reconocida en los basamentos cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto del veredicto en revisión, y por aquella consagrada en el artículo 103 del texto aludido, que se les acuerda en este fallo a todos los enjuiciados, sin que les afecte agravante alguna.

DÉCIMO QUINTO: Que los acusados son responsables, en calidad de autores, de un delito de secuestro calificado, reprimido con presidio mayor en cualquiera de sus grados, pero por aplicación de la circunstancia modificatoria especial contenida en el artículo 103 del Código Penal, se disminuirá en un tramo dicha penalidad desde el mínimo, quedando ésta en presidio menor en su grado máximo.

DÉCIMO SEXTO: Que, en tales condiciones, y habida consideración que a tres de ellos favorece, además, una atenuante de responsabilidad criminal, cual es la de su irreprochable conducta anterior, resulta de justicia aplicarles dentro del grado un castigo de menor entidad.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que tal como lo razona el juez a quo, en su considerando vigésimo cuarto, el relato de los hechos y la participación en ellos del ex funcionario de Gendarmería de Chile José Orlando Manzo Durán, resultan verosímiles, entre otros el de haber estado a cargo de un recinto de detención –Cuatro Álamos- donde transitaron, a cargo de distintas unidades operativas de la DINA, un total de alrededor de 1.100 detenidos, en un lugar que no podía albergar a más de ochenta. Los testimonios que lo involucran, en esa calidad, en estos acontecimientos, no producen la convicción que se exige al sentenciador en el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, para estimarlo como autor, cómplice o encubridor en el secuestro calificado de Salinas Eytel, por lo que su absolución resulta del todo ajustada a derecho, disintiendo de esta manera del parecer del señor Fiscal Judicial, a este respecto; y compartiendo su opinión en lo demás, salvo en el cuántum de la pena, como se dirá más adelante.

DÉCIMO OCTAVO: Que el incidente de incompetencia absoluta del tribunal de primera instancia propuesto por la defensa de César Manríquez Bravo a fs. 3167 porque, a su parecer, habiéndose juzgado esta causa con arreglo al derecho internacional, debió conocer de ella el Presidente de la Corte Suprema y no un Ministro de Corte de Apelaciones, como es el caso, y que, previo traslado, su decisión se dejó para definitiva.

DÉCIMO NOVENO: Que cabe dejar constancia, en primer lugar, que este incidente se planteó ante la Corte de Apelaciones y mientras la sentencia definitiva de primer grado se encontraba en estado de relación y,

seguidamente, como lo afirma la parte querellante al evacuar el traslado, tal alegación es errada, desde que en esta causa se ha juzgado la comisión de un delito de secuestro perpetrado por chilenos en perjuicio de otro connacional de manera tal que la legislación aplicable es la del derecho común interno, como se ha hecho. De ambas circunstancias aparece, entonces, que tal incidente ha de ser rechazado por extemporáneo y carente de fundamentos fácticos y legales.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, incisos primero y cuarto, y 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 103 del Código Penal, y 514, 527 y 544, inciso tercero, del de Instrucción Criminal, **SE DECLARA** que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación en la forma instaurado por el abogado Jorge Balmaceda Morales, en representación del encartado Pedro Espinoza Bravo, en lo principal de su presentación de fojas 3.113, en contra de la sentencia de diecisiete de abril de dos mil ocho, que rola a fojas 2.953 bis y siguientes.

II.- SE CONFIRMA la misma decisión en alzada **CON DECLARACIÓN** que el acusado Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, ya individualizado, queda condenado a sufrir cinco años de presidio menor en su grado máximo, por su responsabilidad de co autor del delito de secuestro calificado en la persona de Marcelo Salinas Eytel, cometido en esta ciudad a contar del treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro. A su turno, Pedro Octavio Espinoza Bravo, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y Francisco Maximiliano Ferrer Lima, quedan condenados a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como coautores del mismo ilícito penal.

III.- SE APRUEBA, en su parte consultada, la misma aludida sentencia.

IV.- Se impone, además, a todos los condenados, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de sus condenas, más el pago proporcional de las costas de la causa.

Atendida la sanción corporal impuesta y por reunirse los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a todos los sentenciados el beneficio alternativo de libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe por Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de sus condenas y cumplir las otras exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma ley.

Si las franquicias concedidas les fueren revocadas, la pena principal inflingida se les contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono los días que estuvieron privados de libertad en esta causa, como se indica en el fallo que se revisa.

V.- SE APRUEBAN los sobreseimientos definitivos de fojas 2.027 y 2.559.

VI.- SE RECHAZA por extemporáneo y carente de fundamento el incidente de incompetencia absoluta de lo principal de fojas 3.167.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la reducción de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del

Código Penal, porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por el carácter de permanente que tiene el delito establecido, no se tiene una base temporal segura para el mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en este caso. De esta manera, el cómputo necesario para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir época cierta de término del estado antijurídico creado por la realización del tipo, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6°, respecto de los imputados Krassnoff Martchenko, Manríquez Bravo y Ferrer Lima; entonces, estuvieron por confirmar sin alteración alguna, la sentencia en alzada.

Acordada la sentencia en revisión con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien fue del parecer de revocar la sentencia de diecisiete de abril de dos mil ocho, escrita de fojas 2.953 a 3.094, y declarar en su lugar que se absuelve a los condenados de la acusación judicial de fojas 2.469, como autores del delito de secuestro calificado en la persona de Marcelo Salinas Eytel, por haberse extinguido sus responsabilidades por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, teniendo presente para así decidirlo, los antecedentes que se exponen a continuación:

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

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

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

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

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

2) Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia — como también por esta sentencia— como delito de carácter permanente, esto es, de aquéllos 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. 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 de los hechos de la causa, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con 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, por consiguiente, 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, contado desde la detención del ofendido. 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 por terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello, conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

“Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts, en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), relata que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo...”

“Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte, sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea...”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. cit, página 144).

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de 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 los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley”.

6) Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, el 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.

El Sr. Jean Pictet, 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 (CICR-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 del 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.

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

El D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

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

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

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

El decreto ley en referencia es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile, 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 atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998”, 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)”.

7) Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años, y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado de Marcelo Salinas Eytel y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlos de la acusación, como se anunciara al comienzo.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch y la prevención y voto en contra, sus respectivos autores.

Rol N° 1746-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a veinticinco de enero 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.