

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, catorce de diciembre de dos mil nueve.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de primer grado con excepción del acápite final de los basamentos 20° y 24° y de los fundamentos vigésimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo séptimo, que se eliminan.

En las citas legales se suprime la referencia al artículo 211 del Código de Justicia Militar y se sustituye la hecha al artículo 28 del Código Penal por la de su artículo 30.

Y SE TIENE EN SU LUGAR, Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que en mérito de lo razonado en los fundamentos sexto a octavo de la sentencia de casación precedente -que se reproduce en lo pertinente para estos efectos-, corresponde desestimar la petición subsidiaria invocada por la defensa de Ricardo Víctor Lawrence Mires, en el segundo otrosí de su escrito de fojas 1.208, en orden a favorecer a su representado con la minorante de responsabilidad penal estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, de modo que a este respecto se acogerá el recurso de apelación impetrado por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior.

b **SEGUNDO:** Que, al impugnar la sentencia en alzada, a fojas 1.371 y siguientes, el citado interviniente alegó que, a su juicio, al procesado Manuel Contreras Sepúlveda corresponde aplicarle las circunstancias agravantes de responsabilidad penal establecidas en el artículo 12 Nos. 5, 15 y 16 del Código Penal, las que justifica, atendido la gravedad del ilícito, al hecho que evidentemente se actuó con premeditación en su ejecución y a que el encartado ha sido condenado anteriormente por delitos a los que la ley asigna igual o mayor pena y, por lo que sería también reincidente en delito de la misma especie.

TERCERO: Que tales alegaciones serán desestimadas, en primer término por razones procesales que impiden a dicha parte esgrimir las en esa etapa del procedimiento, al tenor de lo preceptuado en los artículos 424 y 427 del Código de Procedimiento Penal, que le imponían la carga de haber acusado particularmente en el evento de estimar que se configuraban esas agravantes, lo que no hizo, ya que sólo se adhirió a la acusación judicial, según se infiere de su libelo de fojas 1.114, y por otra parte, porque tal petición se aparta de los hechos acreditados en la causa, insuficientes para dar por establecido que el hechor haya obrado con premeditación conocida en los términos que establece la causal quinta del artículo 12 del Código Punitivo.

En efecto, como lo ha sostenido esta Corte en otras sentencias (SCS., 12 de noviembre de 2001, Ingreso N° 4216-01), la calificante de "premeditación", tiene un significado difícil de precisar, por lo que al apreciarla en los casos concretos el intérprete ha de ser especialmente riguroso, pues siempre existe el riesgo de confundirla con el simple dolo, infringiendo al aplicarla en esa forma el principio "non bis in idem". Agrega que "pre-meditar" significa, según su sentido natural, "meditar antes", existiendo dos etapas: la primera, antes de adoptar la decisión de ejecutar el hecho punible, en la que el agente reflexiona y medita, ponderando las ventajas y desventajas de perpetrarlo para, finalmente, resolverse a llevarlo a cabo, y la segunda en la cual, perseverando

en la decisión tomada, pero antes de iniciar la ejecución del hecho típico, discurre sobre la forma de poner por obra su propósito, seleccionando los medios, escogiendo el momento y el lugar apropiado y, en general, "trazan do un plan de acción para realizar su designio" el cual, sin embargo, no requiere ser minucioso y pormenorizado, pero sí revelador de una resolución firme e invariable durante el lapso que media entre ella y la ejecución del hecho. En cuanto a la exigencia legal de que la premeditación sea "conocida", el fallo en referencia expresa que ello nada tiene que ver con una comunicación a terceros, sino que implica la advertencia de que no puede presumírsela y que la persistencia e invariabilidad de la determinación criminal deben haberse manifestado en hechos externos y probados por medios distintos de la confesión del autor, puesto que se trata de elementos integrantes del hecho punible. En cuanto a la persistencia en la determinación del agente, la sentencia cita a Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo y expresa que dicho requisito legal equivale a la necesidad de que consten como probados actos realizados por el agente en el período de tiempo comprendido entre la concepción de la idea y la ejecución del hecho punible, reveladores de la permanencia de la decisión criminal, elementos que de acuerdo a la forma y circunstancias en que se desarrolló la detención y posterior encierro de Ariel Dantón Santibáñez Estay, no se perciben como concurrentes, al no existir prueba suficiente que se haya tomado la determinación de detenerlo con anterioridad a la comisión misma del hecho, sino que fue el resultado de la aprehensión de su acompañante María Alicia Uribe Gómez, quien era conocida como integrante del Movimiento de Izquierda Revolucionario. Tampoco se vislumbra el propósito de cometer el delito con ánimo frío tranquilo a que alude parte de la doctrina nacional para su configuración y la persistencia de este propósito en el espíritu del hechor hasta el instante de ejecución del delito. (Etcheberry, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, Tercera Edición, Editorial Jurídica, p. 59)

Asimismo, de acuerdo a lo asentado en el motivo vigésimo cuarto del laudo de primera instancia, que esta Corte comparte, al momento de comisión del delito materia de este proceso, el inculpado Contreras Sepúlveda presentaba una irreprochable conducta anterior, presupuesto que descarta de plano las demás agravantes esgrimidas en su contra.

CUARTO: Que, los imputados Manuel Contreras Sepúlveda y Ricardo Lawrence Mires, al contestar la acusación fiscal y adhesión de fojas 1.108 y 1.114, respectivamente, solicitaron como alegación subsidiaria a favor de ambos, el reconocimiento de la circunstancia atenuante establecida en el artículo 103 del Código Penal, conocida como prescripción gradual.

QUINTO: Que como lo ha sostenido esta Corte en varios pronunciamientos, 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, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos ? en cuanto al transcurso del tiempo - y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están

reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse 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 de 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. Esto determina que explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

Sin embargo, 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 total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar 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 jure* que contemplan 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).

SEXTO: Que, por otra parte, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, ejerciendo en definitiva a su arbitrio la facultad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal.

SÉPTIMO: 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. A través de

pronunciamientos reiterados- generalmente en votación dividida- esta Corte ls ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

OCTAVO: Que aceptada la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

NOVENO: Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su 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 caso en estudio, el 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 establece el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados conforme se estableció en el motivo quinto del fallo en alzada.

DÉCIMO: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes en el plazo de quince y diez años, según la gravedad de los mismos, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito; en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del te xto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

UNDÉCIMO: Que en el procedimiento tendiente a la investigación del secuestro en estudio, cometido el día 13 de noviembre de 1974, con fecha 24 de abril de 2006 se dictó auto de procesamiento en contra de los acusados, de manera que para los efectos legales que interesan, y determinar el cumplimiento del requisito temporal exigido por el artículo 103, transcurrieron más de treinta años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de dicha resolución judicial, por lo que concurre ese requisito.

DUODÉCIMO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer a todos los acusados, la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal y, aún cuando la defensa del sentenciado Marcelo Moren Brito no alegó la expresada circunstancia en su contestación de cargos, atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en los artículos 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se le beneficiará, igualmente, con la circunstancia atenuante en cuestión.

DÉCIMO TERCERO: Que conforme a lo resuelto precedentemente, se desechará, por improcedente, el requerimiento de las defensas de los

procesados Moren y Lawrence, en orden a calificar la atenuante de irreprochable conducta anterior que se les reconociera a ambos en el fundamento vigésimo cuarto del veredicto impugnado, teniendo en consideración para ello lo previsto en el artículo 68 bis del Código Penal, que sólo acuerda una particular rebaja de la sanción en el evento de concurrir exclusivamente una sola circunstancia morigerante, exigencia que no se da en la especie.

DECIMO CUARTO: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito y Ricardo Lawrence Mires, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Punitivo y la establecida en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, sin que concorra agravante alguna.

DECIMO QUINTO: Que los acusados ya individualizados, son responsables, en calidad de coautores, de un delito de secuestro calificado, sancionado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, pero por aplicación de las circunstancias modificatorias anotadas en el motivo anterior, se les rebajará en dos grados, por lo que se les sancionará con presidio menor en su grado medio.

DECIMO SEXTO: Que con las razones que se contienen en los basamentos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fojas 1.391 a 1.395, del que se disiente en parte, toda vez que solicitó confirmar la sentencia en alzada, con declaración de que la pena a imponer a los inculpados fuera aumentada en los términos que allí se expresan.

Y visto, además, lo dispuesto en artículos 103 del Código Penal; 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, 4, 5 y 24 de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se **confirma** la sentencia apelada de doce de noviembre de dos mil ocho, escrita desde fojas 1.321 a 1.360, con declaración que los acusados **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Ricardo Víctor Lawrence Mires**, quedan condenados, cada uno de ellos, a **tres años de presidio menor en su grado medio**, con la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas de la causa, por su responsabilidad de **coautores** del secuestro calificado en la persona de Ariel Dantón Santibáñez Estay, cometido en Santiago, a contar del 13 de noviembre de 1974.

II.- Atendida la sanción impuesta y reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se concede a los sentenciados Contreras Sepúlveda, Moren Brito y Lawrence Mires, la medida alternativa de **remisión condicional de la pena**, debiendo quedar sujetos al control de la autoridad administrativa de Gendarmería de Chile por el término de la condena y cumplir con las demás exigencias del artículo 5° de la mencionada ley.

Si el beneficio concedido les fuere revocado, la pena impuesta a los sentenciados Contreras Sepúlveda y Moren Brito se les contará en los términos que expresa el fallo de primera instancia, y en el caso de Lawrence Mires, desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de este proceso, según se consigna en la sentencia que se revisa.

Acordada la condena de los encausados Contreras Sepúlveda, Moren Brito y

Lawrence Mires, con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogiéndola, fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados inculpados y absolverlos del cargo materia de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

?Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), comenta que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?? ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra

jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea??, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

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

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

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

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el

conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, u na autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro ?La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos?, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que ?para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...?.

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 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 entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación. De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión. Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ¿conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949. No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile

y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional?, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio; Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. ?En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ?ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente?, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.? (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

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

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

Se previene que, los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de

la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque ? como lo han expresado en numerosos fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente del delito que en el proceso ha quedado establecido, no es posible precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico, 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 del Código Penal, en su favor y, por ende, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada con declaración de condenar a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Ricardo Víctor Lawrence Mires, ya individualizados, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, por su responsabilidad de coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Ariel Dantón Santibáñez Estay. Se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos: Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados -por cuatro votos contra uno-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que los otros dos sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se llamó a una nueva votación sobre este punto entre los cinco integrantes del tribunal, y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, opinión que fundamentó en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto. Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.
Redactó el Ministro señor Carlos Künsemüller y las disidencias y prevenciones,
sus autores.
Rol N° 3.807-09.
rd

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. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, 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 catorce de diciembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.