

SENTENCIA DE REEMPLAZO

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y lo ordenado por sentencia de esta misma fecha y rol, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, diez de agosto de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva y los razonamientos 1º, 2º, 3º y 4º de la sección A de la sentencia anulada.

Se reproduce, asimismo, el motivo 1º del acápite B de la sentencia invalidada.

Se reproduce la sentencia apelada de veintinueve de agosto de dos mil ocho, escrita a fs. 879 y siguientes, con las siguientes modificaciones:

a.- En el considerando tercero, se elimina la última parte del párrafo cuarto, que se inicia con la frase ??quien además era miembro de la Comisión Civil?? hasta su término.

b.- Se suprimen sus razonamientos undécimo, décimo sexto y décimo séptimo.

c.- En el motivo décimo cuarto, se elimina toda referencia al acusado Arias y las frases ?ni se dará aplicación al artículo 103 del Código Penal?; ?formando parte de una asociación ilícita creada con un solo fin: exterminar a los adversarios políticos del régimen de la época?; y, ?No así, en el caso de Fritz, ya que del documento de fs. 439, aparece que fue sentenciado por los ilícitos de violencias innecesarias y cuasidelito de lesiones a sendas penas de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y al pago de una multa a beneficio fiscal?.

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

1º Que la sola circunstancia de tenerse por establecida la existencia de la Comisión Civil al interior de la Segunda Comisaría de Carabineros de Temuco, así como su estructura interna, no es suficiente para tener por acreditada la participación de los acusados Arias y Riquelme en el secuestro y desaparición del diputado Gastón Lobos Barrientos, puesto que aún cuando Fritz obedecía órdenes de aquéllos, no hay ningún antecedente en la causa que permita formar la convicción de estos jueces en el sentido que alguno de aquéllos - Arias o Riquelme- dieron a Fritz la orden de ir a buscar a Gastón Lobos a la cárcel y luego, de subirlo a un vehículo, en el que se le transportó a un paradero desconocido, situación fáctica que fue llamada por algunos testigos, como la ?libertad falsa?.

En efecto, la única persona que fue vista y reconocida cuando Lobos Barrientos fue sacado de la cárcel pública, fue Fritz Vega, a quien todos los testigos han reconocido y señalado que llevaba una orden de libertad firmada por Arias y que solicitó la entrega de las especies personales del detenido.

Luego, está demostrado que al salir a la calle, la víctima fue detenida y subida a un furgón oscuro de puertas abatibles. Fritz estaba ahí, no hay duda de su participación, sin embargo, el vehículo que se indica ni siquiera coincide en su descripción con el que ?según testigos- era aquél del que disponía la Comisión Civil: una camioneta de doble cabina de color rojo.

2º Que, por otra parte, con excepción del hecho que Arias y Riquelme efectivamente integraban la Comisión Civil, no se ha probado, porque no hay elementos suficientes que permitan afirmarlo, que fue dicha Comisión la que ordenó o ejecutó la denominada libertad falsa de Gastón Lobos Barrientos. Los genda rmes que estuvieron presente cuando se dio la libertad a Lobos y aquellos que lo vieron abandonar el penal, sólo relatan que Fritz estaba con él

y luego agregan que supieron que afuera lo estaban esperando, subiéndolo a un vehículo de las características antes anotadas ?que no corresponden a las del vehículo que usaba esa organización de facto- y donde sólo algunos han declarado que eran funcionarios de carabineros que vestían de civil, sin que se explique cómo sabrían que serían integrantes de esa institución si estaban vestidos de civil. Los demás aluden a un piquete de carabineros, pero sin precisar cómo habrían estado vestidos ni cómo pudieron saber que eran miembros de ese organismo.

3° Que, como ya esta Corte lo ha manifestado con anterioridad, una presunción judicial es ?la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona? (artículo 485 del Código de Procedimiento Penal).

Como toda presunción, constituye el ejemplo más relevante de la prueba indirecta, la cual reside en la inferencia que induce del hecho conocido el hecho sometido a prueba, o sea, que el resultado se obtiene por razonamiento en lugar de ser comprobado o declarado verbalmente por escrito, como en las otras pruebas. (Graciela Latorre Ceballos, ?Las presunciones en el proceso penal?, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., 1964, p. 145; Francois Gorphe, ?De la apreciación de las pruebas?, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa- América, 1955, p. 250). Las presunciones judiciales, como sus semejantes, las legales, parten de lo conocido a lo desconocido, pero esta circunstancia especialmente importante en materia penal en que el juez a diferencia del magistrado civil que dispone de una versión de los hechos establecidos por las partes, actúa ante lo desconocido y a él le incumbe la búsqueda del autor del hecho o la determinación de la forma en que habría actuado en su perpetración.? (Latorre, cit., p. 145)

4° Que en doctrina suele diferenciarse entre indicios y presunciones, conceptos que nuestro Código de Procedimiento Penal identifica, según se desprende del propio mensaje, unido al texto de los artículos 110 y 457. En realidad- apunta el entonces Ministro de esta Corte don Marcos Libedinsky Tschorne, en su prevención contenida en la sentencia del 30.05.1995, recaída en proceso seguido contra Manuel Contreras y otro- debe concluirse que el indicio y la presunción son conceptos diferentes pero que se relacionan, por cuanto el indicio (la voz latina *indicium* deriva de *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo) es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro hecho desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. Este es el alcance del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicio o hecho indiciario), deduce el tribunal (razonamiento, operación mental de inferencia lógica) ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona. (RDJ, t. XCII, 1995, 2ª parte, secc. 4ª, pp. 70 y s.s.)

5° Que es menester diferenciar la presunción de las sospechas y conjeturas - aún cuando existe entre estos tres términos una relación estrecha- ya que las dos últimas son anteriores a los indicios y provocan sólo un ligero juicio, por la vaguedad e imprecisión de los indicios no certificados. (Latorre, cit., p. 160). La

conjetura es el juicio probable que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones. La sospecha es el recelo que se forma sobre la verdad o falsedad de alguna cosa o hecho. (Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Garnier Hnos, p. 1545). Para Dellepiane, la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre el camino a la duda, como basada en un indicio bruto, en un indicio que requiere verificarse. Estima que la sospecha sola o acompañada de otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada, pero nunca puede ser fundamento de una condena. (Dellepiane Antonio, ¿Nueva Teoría General de la Prueba?, Abeledo, Buenos Aires, 1938, pp. 93 y s.s.)

6° Que la prueba de presunciones, ¿basada sobre la inferencia o el razonamiento, tiene, como punto de partida, por tanto, los hechos o circunstancias que se suponen probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, que constituye la X del problema, ya sea una incógnita por determinar, ya un dato por completar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto inculcado.?(Gorphe, cit., p. 250)

7° Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 488 Nro. 1 del Código de Enjuiciamiento Criminal, las presunciones judiciales sólo pueden llegar a configurar una prueba completa de un determinado hecho, si se basan en hechos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales. No es posible sacar una presunción de otra presunción. El legislador se refiere aquí a la ¿calidad? de los hechos y las condiciones de reales y probados que exige la disposición, se satisfacen si los hechos han sido probados por otros medios legales diferentes de la presunción, o sea, que hayan sido legalmente comprobadas en el proceso, excluyendo como medio de la comprobación a las presunciones de cualquier naturaleza. (Latorre, cit., p. 178) Los hechos generadores deben hallarse probados en la causa y esta prueba debe constar por los otros medios, vale decir, no por otras inferencias. (Mauricio Silva Cancino, ¿Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas? Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., 1989, p. 58)

8° Que, como ya se adelantó, sobre la única base disponible para esta Corte, cuales son los antecedentes reunidos en la indagación, no es posible tener como hechos probados, que resultan esenciales, atendidas las características y circunstancias del ilícito denunciado, que Luis Gastón Lobos Barrientos fuera detenido al salir de la cárcel, por miembros de la ¿Comisión Civil?. La Corte no está en condiciones de dar por acreditada, a través de presunciones judiciales que satisfagan todas las exigencias contenidas en el artículo 488 del Código del Ramo, la participación de los encausados Arias y Riquelme, en calidad de autores, en el delito cuya comisión se ha tenido por establecida, no obstante existir, ciertamente, múltiples y fundadas sospechas e incluso conjeturas al respecto.

9° Que nadie puede ser condenado, sino cuando el tribunal que lo juzga haya adquirido convicción acerca de su participación en un delito determinado, lo que en la especie no se cumple respecto de los acusados **Arias González y Riquelme Rodríguez, razón por la cual serán absueltos del cargo que se les ha formulado, sin que sea necesario hacerse cargo de las demás alegaciones formuladas por su defensa, por resultar incompatibles con lo resuelto.**

10° Que, en lo que atañe a Fritz Vega, encontrándose suficientemente demostrada su intervención en el delito, tal como se analiza en el fallo que se revisa, se rechazará la petición principal de su defensa en orden a su absolución.

11° Que, sin embargo, se reconocerá en su beneficio la atenuante especial que contempla el artículo 103 del Código Penal, puesto que ella no corresponde a la causal de eximición de responsabilidad penal que repudia el derecho internacional y de los Derechos Humanos, sino que su naturaleza corresponde al de una circunstancia atenuante de responsabilidad penal que tiene por objeto evitar que hechos ilícitos cometidos en fecha tan anterior a aquélla en que se juzgan, conlleven la imposición de sanciones significativamente altas, cuando en otros casos, un hecho similar pero con una connotación diferente, habría sido perdonado y amparado por la institución de la prescripción de la acción penal.

12° Que cabe tener presente que el hecho *sublite* se cometió desde el 11 de octubre de 1973, en el contexto de circunstancias muy excepcionales y de grave convulsión social.

13° Que tanto la prescripción propiamente tal, como la media prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código punitivo, cual lo es el V de su Libro I, el cual ha consagrado el legislador para tratar "De la extinción de la responsabilidad penal"; y también, el hecho que ambas se afincan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

14° Que, sin embargo, cabe advertir que ambas -prescripción o prescripción completa y media prescripción- persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal, lo que no ocurre con la media prescripción, cuya teleología por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la dicha responsabilidad, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en especificidad, a la rama de las atenuantes.

15° Que, autores de elevada trascendencia en el ámbito punitivo chileno, como lo son el Profesor Eduardo Novoa Monreal, en su "Curso de Derecho Penal Chileno", (Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1.966, tomo II, pág., 453), respecto de los delitos permanentes y con motivo de recordar el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal, señala "Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor.". (Las negritas y subrayado son de nuestro cargo.). El Profesor D. Enrique Cury Urzúa, en su "Derecho Penal. Parte General, (Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2.005, pág. 801), y con motivo de ocuparse de los plazos de prescripción del delito y su cómputo, anota: "en los permanentes, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad.". (Nuevamente el subrayado y negrita es nuestra.). Asimismo, el profesor Hans-Heinrich Jescheck, en su "Tratado de Derecho Penal Parte General" (Editorial Barcelona, España, 1.981, pág. 1.238 y 1.239) apunta "que considere la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo. Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la necesidad de pena, tanto desde el

punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total. También desempeñan un papel, la idea del ejercicio de derecho de gracia, de la equidad y la necesidad de autolimitación del Estado frente al factor tiempo y al cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no solo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas."

16° Que, como ya se dijo, el hecho investigado en autos acaeció desde el mes de Octubre de 1.974, esto es, hace ya treinta y seis años, y aún cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación esta que en aras de la justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, *subjure*, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- sino que, a fin de aquilatar y conceder el reproche que en justicia emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

17° Que como se viene concluyendo, la prescripción gradual de acuerdo a su naturaleza es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva disminuyendo la pena, sin que, por consiguiente, su aplicación se vea afectada por la normativa internacional.

18° Que el hecho que se tuvo por acreditado es constitutivo del delito de secuestro calificado, previsto en el inciso 1° con relación al inciso 3°, ambos del artículo 141 del Código Penal y cuya calificación se configura en razón del tiempo durante el cual se ha prolongado la acción típica, evento para el cual, el citado inciso tercero, en su redacción vigente a la época del comienzo de la ejecución del delito, disponía que éste se sancionaba con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, causal primera de agravación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Gastón Lobos Barrientos. Desde el término de ese lapso de tiempo ?que es desde donde debe contabilizarse el plazo de la prescripción gradual- hasta que se dio inicio a la instrucción del sumario que terminó en condena, aparecen cumplidos los supuestos de hecho que autorizan para aplicar la atenuante especial descrita en el artículo 103 del Código Penal, a favor del encausado Fritz Vega.

19° Que, en consecuencia, el acusado Juan Fritz Vega resulta favorecido por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y con la media prescripción considerada en el artículo 103 del mismo texto, sin que concurren circunstancias agravantes en su contra, lo que permite rebajar la pena aplicable al delito que es de presidio mayor en cualquiera de sus grados a la de presidio

menor en su grado máximo.

20° Que la forma que se ha razonado, esta Corte discrepa en parte del parecer de la Sra. Fiscal Judicial Tatiana Román Beltramín, quien estuvo por confirmar la sentencia sin modificación alguna.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal **se revoca** la sentencia apelada de veintinueve de agosto de dos mil ocho, escrita a fs. 879 y siguientes, en la parte que condenó a Gonzalo Arias González y a Eduardo Orlando Riquelme Rodríguez, y en su lugar se declara que aquéllos **quedan absueltos** del cargo formulado en su contra en calidad de autores del delito de secuestro calificado de Luis Gastón Lobos Barrientos.

Se confirma, en lo demás, la referida sentencia, **con declaración** que **Juan de Dios Fritz Vega** queda condenado **como autor** del delito antes mencionado cometido desde el 11 de octubre de 1973 a cumplir una condena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas de la causa.

No se le otorga beneficio alternativo alguno de cumplimiento, puesto que no reúne los requisitos para ello.

Al cumplimiento de la pena corporal impuesta, se abonará al condenado, el tiempo que estuvo privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce el fallo que se revisa.

Acordada la decisión de absolver a los acusados Arias y Riquelme con el voto en contra del abogado integrante Sr. Pozo, quien estuvo por mantener la declaración de haberles correspondido participación en el hecho investigado, por considerar suficientemente convincentes las pruebas incorporadas a los autos acerca de esa circunstancia en calidad de autores en el hecho pesquisado, en la forma que se tuvieron establecidas en la sentencia que se revisa y, además, por los siguientes razonamientos:

1° Que su pertenencia a la Comisión Civil, que funcionaba en la Segunda Comisaría de Temuco, constituye un antecedente calificado para tener por demostrada su intervención en el delito pesquisado. En efecto, si bien se trató de un órgano de facto, está probado el organigrama de funcionamiento y la consecuente dependencia jerárquica que tenía Fritz respecto de Riquelme y éste último respecto de Arias, sin que sea razonable suponer que Fritz, siendo sargento de Carabineros a la fecha, haya decidido por sí y ante sí el secuestro y posterior desaparición del entonces Diputado de la República, Gastón Lobos Barrientos, para cuyo efecto, no sólo precisaba de una audacia sin parangón, sino que también de elementos físicos o materiales que le permitieran reducir, trasladar y ocultar a la víctima. Ningún antecedente de los reunidos en la causa permite siquiera suponer que Fritz tuviera alguna capacidad o iniciativa para actuar solo, sino que por el contrario, todas las pruebas apuntan, a que existía orden jerárquico dentro de esa institución de facto denominada Comisión Civil y

que pretendía funcionar no sólo *con* los Carabineros, sino que *dentro* de sus propias instalaciones.

Pero, además, se demostró que los detenidos políticos eran puestos a disposición de esa unidad con el preciso propósito de ser interrogados, existiendo incluso, prueba de que eran atormentados y que Lobos Barrientos, fue conducido a la cárcel pública en malas condiciones físicas, después de haber sido interrogado, labores que según se ha descrito por testigos, eran realizadas por el mismo Arias o por Riquelme, entre otros.

2° Que el hecho de haber sido interrogado y torturado, es un hecho cierto, que fue dispuesto por la autoridad de la época en la Comisión Civil, el coronel Gonzalo Arias González quien transmitía sus órdenes a quienes debían ejecutarlas directamente, a través del teniente Eduardo Riquelme Rodríguez. En ese escenario, no es verosímil de ninguna manera, que esos dos acusados permanecieran ajenos a lo que se estaba haciendo bajo sus propias narices al interior de la Comisaría de Carabineros y donde la responsabilidad mayor recae en Arias González, quien en su carácter de teniente coronel y fiscal de carabineros, estaba obligado a controlar lo que hacían sus subordinados y a disponer las medidas conducentes para evitar los atropellos a las garantías individuales de quienes eran puestos a su disposición, por orden que él mismo había dado.

3° Que en la misma línea que conduce a tener por establecida su participación en el delito, así como la de Riquelme, no se explica cómo sería posible que tratándose de un detenido político, sobre quien pesaba aún una cautelar de arresto domiciliario dispuesta por la autoridad militar de la época, el fiscal de carabineros dispusiera su inmediata libertad, sin velar por el cumplimiento de la restricción ambulatoria que le afectaba y que estaba en su conocimiento, como tampoco, que teniendo presentes las particulares circunstancias imperantes en la época, haya pretendido liberarlo a la hora que se encontraba vigente el toque de queda, provisto de un simple salvoconducto, que se supone, sería suficiente para proteger su vida o integridad corporal.

4° Que en la especie, nos encontramos en aquella figura que la doctrina ha denominado la responsabilidad en el "actuar por otro", que constituye una cláusula de "extensión de punibilidad" que es omnicompreensiva dentro del tipo penal a quienes no estaban comprendidos inicialmente en él por carecer del elemento típico exigido, aunque si hubieran realizado las conductas típicas descritas. Para fundamentar la legitimidad de esta regla, se admite más que una mera representación del *intra-neus* a través del *extra-neus*, lo cual desde la perspectiva del bien jurídico, el actuante por otro tiene que responder personalmente por la infracción de los deberes derivados del estatus del autor, los cuales son transmitidos a aquel que ejecute los hechos. Esta asunción del deber no libera por cierto al representado de su propio estatus ni de la responsabilidad propia por la infracción de sus propios deberes; mejor dicho, también podría ser autor o coautor del delito específico (Roxin, "Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal", en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, Págs. 55-70);

5° Que el argumento de *lege ferenda*, si se quiere permanecer en el modelo tradicional de responsabilidad penal, también entrega la solución a través de la

transformación, en cuanto sea posible, de los tipos comunes: en una sociedad moderna donde teóricamente todos deberían tener las mismas posibilidades de acceso a los instrumentos y medios de acción, también todos deberían estar en condiciones de ser responsables por su utilización. El injusto penal está constituido por el carácter mismo de quien realiza la conducta prohibida.

6° Que habiéndose establecido la pertenencia de los acusados Arias González y Riquelme Rodríguez a un órgano de poder denominado Comisión Civil dependiente de la Segunda Comisaría de Temuco, estamos en presencia de la existencia de un supuesto de coautoría de sujetos situados en distintas instancias de un mismo aparato de poder, ya sea reconociendo la presencia de cierta estructuración vertical en la figura de la coautoría, ya sea rechazando cualquier tipo de subordinación jurídica relevante que pudiera conformar autoría mediata.

La respuesta al dilema antes enunciado viene representada por Jakobs. Este autor para defender su planteamiento de inclusión en la coautoría de las conductas, se apoya en dos argumentaciones distintas que trata de hacer confluir. Según Jakobs, seguido por Otto, en realidad, en la relación existente entre aquellos situados en la cúpula organizativa de un aparato de poder y los finalmente ejecutores directos de la orden dictada por aquellos, como consecuencia de la acción plenamente responsable de estos, no puede afirmarse la existencia de una subordinación jurídica y en consecuencia relevante. En los supuestos de la coautoría no puede descartarse una cierta subordinación de los ejecutores frente a la real existencia de una situación de superioridad de los que dictan las órdenes.

Una posible incriminación de la conducta como de un supuesto de autor tras el autor no lleva indefectiblemente aparejada, una equivalencia a nivel de competencia sino únicamente a nivel punitivo. La solución de la autoría mediata como la de la coautoría llevaría a todos los partícipes en el ilícito a un tratamiento como autores, pero en modo alguno ello implicaría una igualdad de rango de todos los intervinientes, lo cual sólo es extrapolable y relevante en la hipótesis de la coautoría.

7° Que en criterio de García Vitor (?La Tesis del Dominio del Hecho?, en obra colectiva ?Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin?, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, año 2001, Pág. 327), ni la horizontalidad ni la verticalidad de la organización pueden ser fundamento para la distinción pretendida por Roxin, ya que el elemento caracterizante de las organizaciones criminales que sirven de estructura a los hechos, nada dicen en orden a la calidad de los intervinientes, agregando a continuación, que los supuestos de dominio de organización en la coautoría, la verticalidad que objetivamente se comprueba en este tipo de organizaciones no puede constituir ningún obstáculo para apreciar coautoría, pues ella puede ser relevante cuando es necesario apreciar la influencia sobre los ejecutores directos, pero no para adjudicarles a la dirección de la organización la calidad de autor mediato por dominio de la misma como instrumento; y,

8° Que en los hechos establecidos en la causa se concluye que la calidad de responsable de los acusados no puede ser inhibida por argumentos de índole formal, ya que mediante su actuación, como integrantes de un aparato

organizado de poder, ambos implicados, es decir Arias y Riquelme, por su condición de integrantes de la citada Comisión Civil deben responder como autores mediatos, en el sentido que aquellos sujetos eran miembros de una estructuración horizontal o vertical, reconociendo una conformación estructural, que en el seno de los aparatos organizados de poder, las relaciones entre los distintos miembros de la misma se basan en claras relaciones de supremacía y subordinación, donde unos emiten las órdenes, otros son encargados de transmitir las y otros, finalmente, las ejecutan.

Acordada la condena de Fritz Vega con el voto en contra de los Ministros Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger a su respecto la eximente de prescripción de la acción penal y, en consecuencia, fue ron de parecer de absolver al referido Fritz.

Para ello, han tenido en consideración las siguientes razones:

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

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto 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 a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido? (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

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

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

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

5.- 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).

6.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

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

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: "Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2º del IV Convenio de Ginebra).

Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han

de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º 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.

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación

en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no eran aplicables a la fecha de su comisión, por tanto no han tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que 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 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los

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

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

8.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado del secuestro calificado en la persona de Gastón Lobos Barrientos, y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que el ministro señor Rodríguez, no acepta el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su admisión, 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 ha expresado en varios fallos anteriores - no es posible contabilizar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de consumación permanente del ilícito que en el proceso ha quedado establecido, resulta impracticable precisar el comienzo de ese término, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del

sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales, a pesar de las diligencias ordenadas en el sumario con este propósito.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en 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; en tal virtud, para regular la sanción que deberá imponerse al encausado por el delito de secuestro a que ha sido condenado, sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6, del código punitivo y, por ende, corresponde imponer al acusado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con sus accesorias pertinentes y el pago de las costas del juicio.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, específicamente sobre el quantum o entidad de la pena aplicada a Juan de Dios Fritz Vega, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar al encausado Fritz, por tres votos contra dos, desde que los Sres. Rodríguez, Dolmestch y Pozo estuvieron por sancionar y los Sres. Segura y Ballesteros por absolver al acusado, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre la cuantía de la pena que deberá imponerse a éste, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos - el Sr. Rodríguez - no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción respecto de los delitos de secuestro, mientras que los dos restantes - Sres. Dolmestch y Pozo - sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y, en esta etapa del acuerdo, el Ministro señor Ballesteros reconoció al procesado la atenuante de la media prescripción, manifestando que si bien estuvo por absolverlo, al adoptarse la resolución de condena o absolución, por aplicación de la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción, dicha decisión no es óbice para que en esta etapa de regulación del quantum de la condena, desechada que fue esa excepción y resuelta la decisión de condena, se sumen al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la aplicación del artículo 103 del Código Penal, por resultarle de este modo más beneficioso conforme al principio pro reo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Nelson Pozo.

Rol N° 514-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. 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 Srta. Ruby V. Saez Landaur.

En Santiago, a diez de agosto 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.