

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, seis de octubre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción de su motivo décimo tercero, que se elimina.

Se reproducen las motivaciones del veredicto de casación que precede.

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

PRIMERO: Que como ha quedado claramente establecido en el edicto de primer grado que se revisa, los dos acusados resultan ser responsables, en calidad de autores, de tres delitos de secuestro calificado, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal, perpetrados a partir del 28 de septiembre y 1 de octubre de 1973, en las personas de José Abel Díaz Toro, José Enrique Conejeros Troncoso y Juan Bautista Rodríguez Escobar, en la localidad de Cajón, en la comuna de Lautaro, sin que desde la fecha indicada se tengan noticias de sus paraderos o muertes, por lo que los efectos del mismo se mantienen en el tiempo.

SEGUNDO: Que, si bien la defensa de los dos encausados, al contestar la acusación judicial, no invocó en su favor como mitigante de responsabilidad -separadamente de la prescripción de la acción penal, que si alegó- la circunstancia contemplada en el artículo 103 del catálogo de penas, es decir, la llamada media prescripción o prescripción gradual, en razón de haber transcurrido más de la mitad del tiempo exigido para la prescripción total entre la data de comisión del delito y la de aquélla en que el procedimiento se dirigió en su contra, ésta igualmente debió ser comprobada o denegada por parte del tribunal, respecto de lo cual no se hizo referencia alguna a su eventual procedencia, la que, sin perjuicio de que como ya se dijo no fue solicitada expresamente por la defensa del encartado, correspondía no obstante, al tribunal, pronunciarse respecto de ella de oficio, con tal que se hallen presentes en el juicio, al decir del artículo 102 del Código Penal.

TERCERO: Que, cabe tener en cuenta que si bien esta institución jurídica se basa, al igual que la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción de la acción del mismo carácter, en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, es necesario diferenciarlas en atención a su objeto, porque en lo sustancial, la prescripción de la acción penal pone fin a la responsabilidad criminal del procesado, provocando su impunidad, mientras que la media o gradual sólo tiende a aminorar la pena aplicable haciéndose efectiva su responsabilidad.

CUARTO: Que, en el presente caso, el fallo de primer grado que se revisa, reflexiona y decide acertadamente que por las características y naturaleza de los delitos investigados -llamados de lesa humanidad- y por aplicación de las normas respectivas del Derecho Internacional son imprescriptibles, lo que significa que la ley penal que deriva de estos hechos no se extingue, con lo que resulta posible perseguir la responsabilidad de sus actores. Por ello, tal defensa fue desestimada en primera instancia, criterio que este tribunal ha hecho suyo al reproducir las pertinentes consideraciones.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la media prescripción que, como se dijo, no trae como consecuencia la impunidad, sino que permite el juzgamiento y la sanción penal, aunque disminuida.

QUINTO: Que de tal forma es pertinente determinar si en el caso sublite -afecto a la imprescriptibilidad- resulta o no menester aplicar el artículo 103 de la recopilación sancionatoria, cuyo contenido se denomina "media prescripción" o "prescripción gradual", la que se materializa en tanto concurren las exigencias de

tiempo que la misma norma requiere para su ejercicio, y por disposición de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo ordenamiento, a los que se reenvía, faculta al juzgador para bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos preceptos del orden punitivo le permiten.

SEXTO: Que sobre este tema se tiene presente que la institución de la media prescripción, no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en opúsculo del profesor de Derecho Penal, José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002, páginas, 103 y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr. Actas, 497), la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso.

SÉPTIMO: Que en este mismo orden de ideas la doctrina se halla conteste en la flexibilidad que observa nuestro Código Penal, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1848-50, inspirado éste -como expresa el catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004, tomo I, páginas, 102 y siguientes- en el eclecticismo de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro cuerpo legal represivo y que ha permitido que en él encuentren lugar diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º, lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, ductilidad que permite culminar en los elevados presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; y, por otro lado, nuestro país, según los Convenios suscritos, y por aplicación del Derecho sancionatorio internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla- ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría consecuencias y efectos restrictivos severos para el fin de la Justicia, más aún entendiendo que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad criminal.

OCTAVO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874 encontrándose el juzgador, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Por lo demás, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la *media prescripción*, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos,

así v.gr., en los autos N^os. 6.188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; y 559-04.

NOVENO: Que del estudio de la “prescripción” o “prescripción completa” y de la “media prescripción”, conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta claramente que ambas instituciones comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, el V del Libro I que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”, como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en la sucesión o continuación del tiempo.

DÉCIMO: Que, sin embargo, conviene advertir que ambos institutos, más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambos del transcurso del tiempo, avanzan cada uno en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos –extinción y no extinción de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” el fin de la responsabilidad penal, vale decir, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de dicha responsabilidad penal, afincándose estrictamente en la atenuación de la pena. Así entonces, la “prescripción completa” adquiere identidad con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “la media prescripción” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código represivo, y también en otras reglas, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o el 456.

UNDÉCIMO: Que el hecho que la institución de la “*media prescripción*” se ubique en el Título V., del Libro I., del texto de penas, dedicado éste a la “extinción de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de atenuación, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicho fin, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su tenor, persigue sólo modificar, concretamente mitigar, no extinguir. Esta situación no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, por ejemplo, que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la interpretación en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código en comento, en tanto éste los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen atentados en contra de la vida humana dependiente, debiendo separarse de otros tipos criminales disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten el mismo origen. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto de las figuras típicas comprendidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son bienes jurídicos tutelados, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, la vida humana; la salud individual o la integridad física; y, el honor, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, disipar aquellas aparentes confusiones, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia.

DUODÉCIMO: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, titulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.

DÉCIMO TERCERO: Que, como se encuentra establecido, la calificación de los tres delitos de autos, corresponde a las figuras que contempla el artículo 141 del Código Penal al momento de ocurrencia de los hechos, y que pertenece a las figuras de secuestro calificado, evento éste que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la morigerante consistente en la media prescripción que registra el artículo 103 del mismo estatuto citado.

DÉCIMO CUARTO: Que para la aplicación de la media prescripción, es preciso dejar constancia que el delito de secuestro calificado corresponde a la categoría de delitos de consumación permanente, que lo deja acotado al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, en donde el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero su duración dependerá de la voluntad del hechor. Don Enrique Cury Urzúa, en su “Derecho Penal. Parte General. Ediciones de la 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.”, criterios ambos, como se advierte, que se construyen en base *de* requisitos copulativos, convergentes con la apreciación de estos sentenciadores, todo lo cual resalta así entonces, que, el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre.

DÉCIMO QUINTO: Que estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en la litis, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, que trajo por consecuencia el derrocamiento del gobierno de la época y la asunción de facto al poder por las Fuerzas Armadas y de Orden, a cuyos efectos se invocó y declaró el “estado o tiempo de guerra”- como se ha

recogido anteriormente, de manera tal que, la afectación o conculcación de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas sobre la que inciden los hechos sublite, lleva necesariamente a estos sentenciadores, a examinar si a la fecha está acreditado que exista ejercicio de voluntad sobre los encierros o detenciones, alcanzando de ello -es decir, del mérito del juicio- convicción que no resulta posible así asumirlo en términos de certeza jurídica –entre otros, en los límites del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, de donde se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuricidad, en el caso particular de autos, no ha operado o podido operar más allá del 30 de junio de 1992, data ésta en que el entonces Teniente Coronel de Ejército Juan Enrique Silva Rebeco, se le concedió el retiro absoluto de esa institución, conforme aparece de fojas 1.872; y respecto del Sub Oficial de Ejército Rafael Laureano Recabal Bacuñán, por igual situación acaecida a partir del año 2001, conforme se desprende de las actuaciones de fojas 160 y 176, cesando por consiguiente y en dichas categorías y alcances sus actividades institucionales, que en su momento y como aparece probado, les determinó esencialmente en estos hechos. Es necesario tener también presente, que a la época actual han transcurrido más de treinta y dos años contados desde la comisión de los ilícitos, como asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la normalidad democrática-republicana. Así, y retornando a la fecha en que a los reos se le concede el retiro absoluto del Ejército de Chile, se considerará ésta como de inicio de cómputo de la media prescripción.

DÉCIMO SEXTO: Que, en este acápite angular del raciocinio, y para su más caracterizado y cabal desarrollo, los sentenciadores no pueden sustraerse de la calificación que de la participación criminal se atribuye a los acusados Silva Rebeco y Recabal Bascuñán, delimitadas en la de autores directos e inmediatos, acorde lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código de punición, y que como se ha dicho, es en este específico y acotado contexto fáctico en que ocurrieron los tres secuestros calificados objeto del presente juicio criminal, lo que importó la muy grave o delictiva conculcación disvalorativa de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas, sin que se hubiere tenido ulterior noticia de la suerte corrida por las mismas, todo lo cual lleva a la condena de los encartados.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, visto el fenómeno desde otro ángulo, también insoslayable para el sentenciador, es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses del año mil novecientos noventa, luego de elecciones libres en que se pronunció la ciudadanía, bajo el régimen de separación y autonomía de los poderes del Estado, en el orden de independencia que establece la Constitución Política, sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiese mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como lo son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal en lo que dice relación con los condenados, toda vez que, desde el inicio del retorno democrático republicano, a la fecha de las denuncias o querellas, y luego, de la dictación de los autos de procesamiento de los condenados, han transcurrido con creces, más de los cinco años requeridos para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103 del Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Que, cabe tener consecuentemente presente que, la figura de secuestro calificado se sostiene en lo particular en razón de no haberse acreditado que las víctimas hubieren sido ultimadas o muertas, sin que tampoco existiere colaboración en tal sentido, por parte de los condenados.

DÉCIMO NOVENO: Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el veintiocho de septiembre y uno de octubre de mil novecientos setenta y tres - fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco, data en que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación presentó la denuncia por inhumaciones ilegales según aparece de fojas 19 y siguientes; o desde el dos de agosto de dos mil dos, en que se ordenó instruir un sumario criminal para investigar de oficio estos antecedentes conforme aparece ordenado por la Corte de Apelaciones de Temuco, conforme rola de fojas 1 y siguientes, o al dos de mayo de dos mil cinco y al diecisiete de mayo de dos mil siete, respectivamente, fechas en las que se sometió a proceso a Recabal Bascuñán y a Silva Rebeco, respectivamente, según consta de fojas 806 y 1.920, arroja en todo caso un decurso superior a los veinte años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, en el presente caso, de cinco años. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal de cinco años si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990.

VIGÉSIMO: Que, lo anterior, acorde lo estatuyen los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal, considerando que, según el segundo, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina “demás crímenes”, prescribe en diez años, toda vez que la pena asignada al delito estudiado es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, lo que exige, a los efectos de la ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un lapso de cinco años.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que por ser los acusados reiterantes en tres crímenes de la misma especie, como lo son los secuestros calificados de otras tantas personas, es menester precisar si debe castigársele separadamente por cada uno de los injustos de que resulta responsable o con arreglo al sistema de la acumulación jurídica de las penas.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que a juicio de los sentenciadores le resulta una condena menor con el método consagrado en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Instrucción Criminal, esto es, aplicando el castigo asignado al ilícito que considerado aisladamente, con las circunstancias del caso le corresponda una pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según sea el número de los delitos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en la especie debe tomarse como base cualquiera de los secuestros calificados, que a la época de su perpetración – septiembre o octubre de mil novecientos setenta y tres- el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal le asignaba el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados y que en cada caso es preciso rebajar en dos tramos desde el mínimo, merced a las atenuantes de sus irreprochables conductas pasadas reconocidas en la parte final del motivo duodécimo del fallo en alzada, y además, de la prescripción gradual o media prescripción que concurren en favor de ambos encausados y la ausencia de agravantes, con lo que se llega a presidio menor en su grado medio y con el aumento en un tramo, en razón de la reiteración, se obtiene la sanción principal única de presidio menor en su grado máximo a determinar en definitiva por los tres injustos que se le reprochan.

VIGÉSIMO CUARTO: Que de lo expresado en las consideraciones precedentes, se disiente parcialmente de lo informado y concluido por el señor Fiscal Judicial en su informe de fojas 2.187, con las excepciones de que se da cuenta en el presente fallo y por los motivos que en él se consignan y razonan.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 29, 47, 76 del Código Penal y 509, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de treinta y uno de julio de dos mil ocho, escrita de fojas 2.116 a 2.147, **con declaración** que se sustituyen las penas únicas y accesorias impuestas a **JUAN ENRIQUE SILVA REBECO y a RAFAEL LAUREANO**

RECABAL BASCUNÁN en las decisiones I.- y II.-, por las de **cinco y cuatro años** de presidio menor en su grado mínimo respectivamente, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a satisfacer las costas de la causa, para cada uno, dadas sus responsabilidades **de autores** en los delitos de **secuestro calificado** del artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en su texto vigente al momento de su comisión en la localidad de Cajón, comuna de Lautaro, **entre los días veintiocho de septiembre y uno de octubre de mil novecientos setenta y tres**, en las personas de José Abel Díaz Toro, José Enrique Conejeros Troncoso y Juan Bautista Rodríguez Escobar.

Por reunirse los requisitos legales para ello y atendido el mérito de los antecedentes, se revoca el acápite III.- del mismo resuelvo y, en cambio, se concede a los ya referidos sentenciados **el beneficio de la libertad vigilada**, debiendo quedar sometidos a tratamiento y observación por el tiempo de sus respectivas condenas, y cumplir las condiciones que señalan las letras a), b), y c) del artículo 17 de la Ley N° 18.216, más el pago de las costas del litigio.

Si por cualquier motivo le fuere al condenado revocada la franquicia anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena le servirán abono los días de privación de libertad que se precisan en el fallo de primer grado.

Se confirma, en lo demás apelado, la referida sentencia.

Acordada la condena de los sentenciados Silva y Recabal, con el **voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por su defensa y, en cambio, acogiéndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados acusados, consiguientemente por absolverlos de los capítulos de acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

1°.- 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. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan, así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas, tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no se prolongue 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;

2°.- Que, como ha quedado acreditado en autos, el hecho punible ocurre en el primer caso el 28 de septiembre de 1973, y en los dos restantes el 1 de octubre del mismo año, en tanto que el sumario por inhumación ilegal seguido bajo el rol N° 45.306 del Juzgado de Letras de Lautaro, se inició el seis de agosto

de dos mil dos, prosiguiéndose posteriormente con la tramitación hasta llegar a la etapa actual;

3°.- Que, en consecuencia ha transcurrido en exceso el plazo de diez años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, como ocurre con el delito de secuestro;

4°.- Que, en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica, a favor del encausado, la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal;

5°.- Que la materia de que se trata -hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973- hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan, conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo. Después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva ley resulte favorable al afectado;

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

El Sr. Jean Pictet, 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, 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 la 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 del 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 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -éste último a partir del 1° de Septiembre del presente año-, entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por 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 D. L. 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.

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en Septiembre de 1973 existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

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 la 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 de 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.” (Causas roles números 457-05, 2165-05, 559-04 y 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (Grigalbo, 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, en relación al Derecho Convencional Internacional, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, lo que se extiende a los alcances que pudiera tener la Ley N° 20.357 de 18 de julio del presente año 2009, que tipifica a partir de la fecha señalada los crímenes de lesa humanidad, genocidio, y los crímenes y delitos de guerra . El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, promulgado por el artículo único del decreto N°104 de 1 de agosto de 2009, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto si bien ha sido promulgado en la fecha ya indicada, no era aplicable a la de comisión de los hechos investigados, lo que sumado a lo que dispone el artículo 11 del referido Estatuto, la competencia comprende el conocimiento de crímenes cometidos después de su entrada en vigor, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8°.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

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 no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza permanente de los efectos de los delitos que en el proceso han quedado establecidos y la consecuente subsistencia del estado antijurídico creado, cuyo cese permite iniciar la cuenta, según lo enseña la doctrina, los previnientes quedan impedidos de precisar el comienzo de ese término.

De esta manera, al faltar el elemento básico requerido por el legislador- el transcurso de la mitad del tiempo exigido para la prescripción de la acción penal- procede rechazarse la circunstancia atenuante que reconoce el fallo y al concurrir únicamente la de irreprochable conducta anterior, deben mantenerse las sanciones impuestas.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, en cuanto al aspecto penal, 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 tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum 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 el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, que fundamentó en la circunstancia que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe dicha posición, y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse ahora al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría para el cuántum de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de acoger tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantuvo su decisión de absolver a los sentenciados por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo y los ministros señores Rodríguez y Künsemüller, su posición de rechazar esta última circunstancia. En tales condiciones, el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto

constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia, por lo que no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable a los procesados, de manera que para estos efectos hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros; y las disidencias, sus respectivos autores.

Rol N° 7.235-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firman el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

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

En Santiago, a seis de octubre 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.