

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiuno de abril de dos mil once.

En cumplimiento de lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 del de procedimiento civil; y lo resuelto por el fallo que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los fundamentos trigésimo séptimo y cuadragésimo primero, y de los párrafos tercero y cuarto del motivo trigésimo primero, que se eliminan.

Asimismo, del fallo de segunda instancia, que fue previamente anulado, se reproducen los numerales I) y II), con sus respectivos razonamientos, referidos a los incidentes de nulidad de derecho público y de incompetencia absoluta; como también los que se refieren a los recursos de casación en la forma, letras a) y b); petición de prueba extraordinaria y los recursos de apelación, también con sus respectivos fundamentos, que se leen desde fs. 3.396 a 3.413, hasta concluir el considerando trigésimo séptimo.

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

PRIMERO: Que, como lo ha sostenido esta Corte Suprema en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, la señalada institución penal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos – en cuanto al transcurso del tiempo - y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva.

Sin embargo, no puede asimilárseles jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

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

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio.

SEGUNDO: 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” se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1874, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados- generalmente en votación dividida- esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto, si ejercen o no la facultad legal y, en caso, positivo, la disminución precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N^{os}. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08)

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

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, aún cuando no sea formalmente alegada.

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

En lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como

revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”.

Ahora bien, en el caso en estudio, el delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

QUINTO: Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, en el caso de los crímenes a que la ley no imponga presidio, reclusión o relegación perpetuos, como es el presente caso, la acción penal prescribe en el plazo de diez años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito. En consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y que, en el caso de autos, corresponde a cinco años.

SEXTO: Que en el procedimiento sobre la investigación de los secuestros en estudio, cometidos a partir del día 17 de enero de 1974, las detenciones o encierros de los ofendidos Rubén Guillermo Cabezas Pares, Pablo Gac Espinoza, Levy Segundo Arraño Sancho, Víctor Enrique Fuenzalida Fuenzalida, Manuel Hernán Hurtado Martínez, Hugo Hernán Aranda Bruna, Ángel Mario Díaz Castro, Osvaldo Mario Manzano Cortés y Arturo Julio Loo Prado, se prolongaron por más de noventa días, lo que sucedió el dieciocho de abril de mil novecientos setenta y cuatro, y desde esa data hasta el 20 de julio de 1990, momento en el cual se instruyó el sumario correspondiente, que culminó con un sobreseimiento total y definitivo, y que fuera aprobado por la Corte Marcial el 7 de enero de 1997, según aparece de fojas 275 del Tomo I de estos autos, siendo reiniciados estos antecedentes con motivo de la querrela de 7 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, la que rola a fojas 83 del Tomo II-A de esta causa, se cumple con los tiempos exigidos por el artículo 103 del Código Penal respecto a cada uno de los enjuiciados de autos. Tal límite no sufre alteración con la dictación de los correspondientes autos de procesamiento que aparecen dictados el 10 de julio de 2003, por resolución que se lee a fs. 660 del Tomo II-B, de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de dieciséis años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de primera resolución judicial, lo que se extiende a veinticinco y veintinueve años en los otros dos casos, por lo que en la especie resulta aplicable la referida media prescripción de la pena.

SÉPTIMO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede entonces reconocer a los acusados Ángel Custodio Torres Rivera, Sergio Carlos Arredondo González, Francisco Javier Pérez Egert, Leonardo Quilodrán Burgos y Daniel Javier Walker Ramos la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal y, aún cuando sólo las defensas de Pérez Egert, Walter Ramos y Quilodrán Burgos la alegaron al contestar la acusación, atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en los artículos 102 del Código Penal y 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, serán todos ellos beneficiados con la mencionada prescripción gradual.

OCTAVO: Que en cuanto a la determinación de la pena que en definitiva habrá de imponerse a los acusados como partícipes en varios delitos de la misma especie, es menester precisar si procede que sean castigados separadamente por cada uno de ellos o con arreglo al sistema de acumulación jurídica de penas.

NOVENO: Que, a juicio de estos sentenciadores, resulta más favorable a los encausados la aplicación del sistema consagrado en el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, pues en la especie se trata de la reiteración de crímenes o simple delitos de una misma especie, caso en el cual habrá de imponerse la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.

DÉCIMO: Que, en consecuencia, en el presente caso debe tomarse como base cualquiera de los secuestros calificados, que a la época de su perpetración –enero de mil novecientos setenta y cuatro- el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal castigaba con presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, entre cinco años y un día y veinte años de privación de libertad.

En tales circunstancias, atendido que, además, todos los procesados gozan de irreprochable conducta anterior, como lo reconoce el fallo de primer grado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, el hecho investigado en autos ha de ser considerado como revestido de dos o más circunstancias atenuantes, sin agravantes, el tribunal procederá a rebajar la pena en dos grados, quedando así en presidio menor en su grado medio, sanción que elevará, por la reiteración de delitos, en un grado. De este modo, la pena aplicable a los acusados, en general, habrá de ser la de presidio menor en su grado máximo.

UNDÉCIMO: Que en la situación concreta de que se trata, en que se ha atribuido el grado de participación de autores a los acusados, para los efectos de la aplicación definitiva de la pena, cabe distinguir el grado real de participación de cada cual, considerando que se trata de una institución militar jerarquizada en que es posible ponderar el verdadero efecto en las decisiones de planificación, ejecución y eventual posibilidad de evitar la comisión del hecho.

En tales condiciones, y por aplicación de las reglas ya señaladas precedentemente respecto de las minorantes que contiene el artículo 103 del Código Penal, se aplicará a los oficiales Torres Rivera y Arredondo González la pena mayor en el grado que corresponda; reduciéndose ésta en los casos de quienes tenían, a la fecha, menor graduación, esto es Pérez Egert, Quilodrán Burgos y Walker Ramos.

Por otro lado, en atención al mérito de los antecedentes del proceso, y los elementos de juicio referidos en la sentencia de primera instancia, se mantendrá la absolución, por falta de participación, de los encausados Durcudoy Montandón, Muñoz Gutiérrez y Hernández Araya.

DUODÉCIMO: Que, en cuanto a lo civil, el Consejo de Defensa del Estado, como principal alegación o defensa a las demandas deducidas en su contra, opuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria en contra del Fisco de Chile y, fundándola, manifiesta que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la

acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo este tribunal penal de competencia para conocer y resolver de las acciones de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

DÉCIMO TERCERO: Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

DÉCIMO CUARTO: Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: "Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados". En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma transcrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

DÉCIMO QUINTO: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto legal, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal - contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: "La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante

el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

DÉCIMO SEXTO: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para ilustrar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida contra el Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada exige comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, erradamente rechazada por el tribunal de primer grado, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

DÉCIMO OCTAVO: Que, asimismo, las acciones civiles ejercidas por los familiares de Víctor Enrique Fuenzalida Fuenzalida; Manuel Hernán Hurtado Martínez, Angel Mario Díaz Castro, Hugo Hernán Aranda Bruna, Pablo Gac Espinoza (solo la intentada por Carlos Gac Bahamondes), Osvaldo Mario Manzano Cortés, y Levi Segundo Arraño Sancho, fueron dirigidas también contra los acusados Ángel Custodio Torres Rivera, Sergio Carlos Arredondo González, Francisco Javier Pérez Egert, Leonardo Quilodrán Burgos y Daniel Javier Walker Ramos y piden como indemnización de perjuicios por el daño moral ocasionado por la muerte de sus familiares, la suma de quinientos millones de pesos para cada uno de ellos, más los reajustes e intereses desde la notificación de la demanda y hasta el pago efectivo y total de lo adeudado o la que se estime ajustada a derecho y equidad, con costas.

DÉCIMO NOVENO: Que dos de los encausados, en sus respectivas contestaciones, -Torres a fs. 2.180 y Walker a fs. 2434 – opusieron la excepción de prescripción de la acción civil sobre la base de estimar que las normas del Código Civil relativas a la prescripción en materia de responsabilidad extracontractual, tienen plena aplicación y a su tenor han de resolverse las controversias surgidas entre las partes.

VIGÉSIMO: Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar, más que la justicia, la seguridad y estabilidad en las

relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, frente al vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir que la admite, tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance únicamente a la responsabilidad criminal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, siendo por tanto aplicable la norma del artículo 2.332 del Código Civil, que, por concurrir el transcurso del tiempo exigido, lleva a acoger en la especie la excepción de prescripción por parte de quienes la alegaron, conforme lo dispone el artículo 2.493 de ese texto legal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, a mayor abundamiento, como ya se resolvió con anterioridad por esta Corte en la causa Rol N° 4087-08, "la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones".

De acuerdo a lo prevenido en el artículo 2.497 del Código Civil: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo".

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en cambio, procede confirmar el fallo en cuanto por él se acoge la acción indemnizatoria deducida por los demandantes civiles en contra de Arredondo, Pérez Egert y Quilodrán y declarar que se la acoge, por cuanto dichos demandados no alegaron en su favor la prescripción ni efectuaron alegación alguna a su respecto, conforme aparece de fojas 2.362, 2.376 y 2.405 y, en consecuencia, no procede el reconocimiento, de oficio, de la misma.

VIGÉSIMO CUARTO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

VIGÉSIMO QUINTO: Que la demanda deducida en autos y que se acogerá respecto de los demandados antes indicados, persigue una indemnización por daño moral, representado en este caso, por el dolor, sufrimiento y angustia que afectan la constitución espiritual de los actores. Debe tenerse presente que el artículo 2329 del Código Civil obliga a reparar todo daño, sin distinguir su naturaleza, incluyendo el de orden inmaterial o psíquico.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, como se ha dicho en decisiones anteriores de esta Corte, el daño cuya indemnización se pretende, no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o

menoscabo real en el patrimonio de los actores, susceptible de prueba y determinación directa, sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que atendida esta particularidad, no pueden aplicarse, para precisar su existencia, las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que la naturaleza del menoscabo espiritual, no hace indispensable la prueba sobre el mismo, desde que el hecho delictivo que produjo la desaparición forzada de las víctimas, de quienes no se tuvo jamás noticias, les ha provocado naturalmente a sus familiares el perjuicio inmaterial que reclaman, de cuya permanencia e intensidad no puede dudarse.

VIGÉSIMO NOVENO: Que encontrándose establecido el ilícito y la responsabilidad que en ella le ha cabido a los acusados y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2314 del Código Civil, se accederá a la indemnización de perjuicios solicitada por esos actores, regulándose el daño moral causado en la suma de treinta millones de pesos para cada uno de los grupos de demandantes que representan a las siete víctimas que accionaron en la causa, cantidad que se estima prudente atendido el sufrimiento que naturalmente han padecido los demandantes por su vínculo de parentesco tan cercano con las víctimas, sumándose, la incertidumbre acerca del destino del familiar desaparecido.

A satisfacer esa cantidad quedan obligados solidariamente los acusados Sergio Carlos Arredondo González, Francisco Javier Pérez Egert y Leonardo Quilodrán Burgos, la que deberán pagar reajustada conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de su pago efectivo y con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que este fallo quede ejecutoriado.

TRIGÉSIMO: Que con lo expuesto y razonado, se disiente de lo informado por la señora Fiscal Judicial en sus dictámenes de fojas 3.293 y 3.339, en tanto fue partidaria de confirmar el fallo, con declaración de que las penas deberían ser elevadas a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Y de conformidad, además de lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 16, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68, 69, 103 y 105 inciso 2° del Código Penal; 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, 4, 5, 15, 16 y 24 de la Ley 18.216, se declara:

I.- Que se **rechaza** el incidente de nulidad de derecho público de lo principal de fojas 3.354.

II.- Que se **rechaza** el incidente de incompetencia absoluta planteada en lo principal de fojas 3.374.

III.- Que se **rechazan** los recursos de casación en la forma deducidos por el Fisco de Chile de fojas 3.248 y a favor de Francisco Javier Pérez Egert de fojas 3.271.

IV.- Que **no se hace lugar** a la apertura de un término probatorio extraordinario y a las diligencias solicitadas en lo principal y segundo otrosí de fojas 3.322.

V.- Que **se confirma** la sentencia apelada de veintisiete de octubre de dos mil ocho, escrita a fojas 3.155, **con declaración** de que las penas que en definitiva se imponen son de **cinco años de presidio menor en su grado máximo para Ángel Custodio Torres Rivera y Sergio Carlos Arredondo González; cuatro años de presidio menor en su grado máximo para Francisco Javier Pérez Egert, Leonardo Quilodrán Burgos y Daniel Javier Walker Ramos**, todos ellos con más las correspondientes accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas y al pago proporcional de las costas del juicio, en su **calidad de autores** de los delitos de **secuestro calificado** de **Rubén Guillermo Cabezas Pares, Pablo Gac Espinoza, Levy Segundo Arraño Sancho, Víctor Enrique Fuenzalida Fuenzalida, Manuel Hernán Hurtado Martínez, Hugo Hernán Aranda Bruna, Ángel Mario Díaz Castro, Osvaldo Mario Manzano Cortés y Arturo Julio Loo Prado**, ilícitos acaecidos el 18 de enero de 1974 en las cercanías de la ciudad de Quillota.

Atendida la entidad de las sanciones impuestas, **se concede a los sentenciados Ángel Custodio Torres Rivera, Sergio Carlos Arredondo González, Francisco Javier Pérez Egert, Daniel Javier Walker Ramos y Leonardo Quilodrán Burgos el beneficio de la libertad vigilada**, estableciéndose como plazo de tratamiento y observación el fijado para sus respectivas condenas, debiendo cumplir, además, con las exigencias previstas en el artículo 17 de la ley N° 18.216, con excepción de la contemplada en su letra d).

Si el beneficio concedido les fuere revocado y tuvieren que cumplir efectivamente las penas aquí impuestas, se les contarán éstas desde que se presenten o sean habidos, considerando los abonos que registran Ángel Custodio Torres Rivera (entre el 17 y el 19 de marzo de 2004); Sergio Carlos Arredondo González (entre el 10 de julio de 2003 y el 6 de febrero de 2004); Francisco Javier Pérez Egert, (entre el 10 de julio y el 19 de noviembre de 2003); Daniel Javier Walker Ramos (entre el 10 de julio y el 13 de noviembre de 2003); y Leonardo Quilodrán Burgos (entre el 10 de julio y el 21 de noviembre de 2003), según consta de fojas 1.295, 1.325 vuelta, 669, 1.279, 672, 1.101 vuelta, 679, 1.081 vuelta, 682 y 1112 vuelta, respectivamente

VI.- Se confirma, en lo demás apelado, y **se aprueba**, en lo consultado la señalada sentencia.

VII.- Que, en cuanto a la parte civil, **se revoca** dicha sentencia en cuanto resolvió acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas por los actores civiles en contra del Fisco de Chile, **y en su lugar se declara**, que se **acoge** la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por la defensa fiscal en sus respectivas contestaciones, debiendo los demandantes de autos dirigirse al tribunal competente que corresponda, deduciendo su respectiva demanda civil, sin que proceda emitir aquí pronunciamiento alguno respecto del fondo del asunto.

VIII.- Que **se revoca**, asimismo, la sentencia en aquella parte que

resolvió acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas en contra de los acusados Ángel Custodio Torres Rivera y Daniel Javier Walker Ramos, declarándose, en cambio, que éstas quedan **rechazadas**, por haber operado la prescripción de la acción civil deducida, excepción debidamente opuesta por las defensas ya indicadas.

IX.- Se confirma, en lo demás apelado y en su parte civil, la referida sentencia, en cuanto acoge la demanda interpuesta en contra de los acusados que no opusieron la excepción de prescripción, con declaración de que Carlos Arredondo González, Francisco Javier Pérez Egert y Leonardo Quilodrán Burgos quedan condenados al pago solidario de la suma de treinta millones de pesos para cada uno de los grupos de demandantes que representan a las siete víctimas que accionaron en la causa, como indemnización por el daño moral causado a los familiares de los ofendidos Víctor Enrique Fuenzalida Fuenzalida, Manuel Hernán Hurtado Martínez, Angel Mario Díaz Castro, Hugo Hernán Aranda Bruna, Pablo Gac Espinoza, Osvaldo Mario Manzano Cortés y Levi Segundo Arraño Sancho, con los reajustes e intereses señalados en el motivo vigésimo noveno de esta sentencia.

Acordada la condena penal contra el **voto** de los **Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por la defensa de los acusados y, en cambio, acogéndola, fueron de opinión de declarar ésta a favor de los mencionados inculcados, consiguientemente por absolverlos del cargo materia de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia —como también por esta sentencia—, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible

aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: "Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido" (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

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

3.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo

163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

“Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), comenta que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo...” “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea...”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo

desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

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

El Sr. Jean Pictet, 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 el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los

insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que estos disidentes interpreten 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 punibles en estudio;

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es

responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

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

7).- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más veintinueve años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado en las personas ya referidas en lo resolutivo y en lo que se funda el parecer de estos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

8).- Que, con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes, es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el o los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos punibles existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo las razones dadas en los fundamentos 5° y 6° anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra carta fundamental.

Se **previene** que el **Ministro señor Rodríguez**, no acepta los basamentos sexto y noveno del fallo de reemplazo. Aquél porque, en su opinión, el computo de la prescripción de la acción penal derivada de los injustos de consumación permanente, recién se inicia en el momento de la cesación del estado antijurídico creado por la prolongación del resultado delictual y que en la especie, lo es el once de marzo de mil novecientos noventa, según lo expresa en el desarrollo de esta prevención; y concurre a acoger la prescripción gradual o media prescripción, no obstante incidir en un delito de secuestro, que hasta la dictación del veredicto Rol N° 5698-09

episodio Melipeuco, había desestimado, en razón de haber variado su criterio con un mejor estudio y reflexión acerca de este tema. Para ello tuvo presente las elucubraciones que allí mismo se indicaron y que se pasan a reiterar:

1°.- Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como ya se explicó, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consuma, pero el encierro o la detención (el resultado) empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

2°.- Que la cesación de ese estado antijurídico, a la inversa, puede o no depender del arbitrio del delincuente: así ocurre cuando devuelve al ofendido, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal).

Empero, también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados “cursos salvadores”, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga de la propia víctima o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevinientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior inimputabilidad, o su incapacidad para levantar la prórroga del estado antijurídico, o la muerte de la víctima, situación esta última igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

3°.- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace tiempo los enjuiciados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto, contrariamente a lo que se afirma en la reflexión que repudia parcialmente.

4°.- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro de los secuestrados, en que los convictos perdieron el dominio de los hechos, y como la primera querrela criminal encaminada a la averiguación del hecho punible fue presentada recién el siete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, como se desprende de fojas 83 del Tomo II-A de estos antecedentes, por lo que entre ambas fechas ha transcurrido un período superior a los nueve años, lo cual significa bastante más de la mitad de los diez años fijados para la prescripción total por el artículo 94, inciso 3°, del código sancionatorio.

Sin embargo, también está acreditado que los secuestros se perpetraron bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los encausados, aunque no impide considerarlo como la minorante consagrada en el artículo 103 del Código Penal, por los

fundamentos contenidos en el fallo para sustentar la mitigante y que el previniente comparte.

En lo atinente al otro fundamento que repudia, lo es en razón que, en su concepto, la penalidad a regular por la reiteración delictual debe ajustarse al inciso 2° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y no de acuerdo con el inciso 1°, como allí se indica, toda vez que por su naturaleza los secuestros calificados de que se trata, no es posible estimarlos como un solo delito y, por consiguiente, la pena base es aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada un castigo mayor, como parece efectuarse finalmente en el raciocinio décimo.

Acordada, la decisión civil, en cuanto acoge la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile; y también en cuanto declara la prescripción de la acción civil, respecto de los encausados que la opusieron formalmente en el juicio, con el voto en contra de los **Ministros señores Dolmestch y Künsemüller**, quienes fueron de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo, desechando las excepciones opuestas, acoger las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas por los demandantes civiles en contra del Fisco de Chile y de los acusados de autos, atendidas las siguientes razones:

Primero: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal – de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

Tercero: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que en la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Cuarto: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código

de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en su concepto, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Sexto: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Por tanto, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Séptimo: Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar las restantes alegaciones del demandado, en particular la relativa a la excepción de prescripción de las acciones civiles ejercidas y de inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Octavo: Que la responsabilidad civil extracontractual tiene, en este caso, como fuente la perpetración de un delito y sus responsables están legalmente obligados a indemnizar el daño causado.

Que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

Que, en consecuencia, y hallándose acreditados los supuestos de hecho y de derecho que conducen al otorgamiento de una compensación por el daño moral sufrido por los actores, procede acoger la demanda interpuesta en contra de los acusados y del Fisco de Chile, como ya se ha razonado antes.

Asimismo, y en igual dirección, son de opinión que la responsabilidad civil es la consecuencia de la participación culpable que los demandados han tenido en el delito, por lo que ésta –la participación real en los mismos- ha quedado definitivamente manifiesta como consecuencia de la condena que se ha declarado justamente en este mismo fallo y será por lo tanto, desde tal data que se cuente la prescripción, por lo que no resulta procedente acoger ésta a favor de los demandados que formalmente la opusieron.

Se previene asimismo que el Ministro Sr. Künsemüller no acepta el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque – como lo ha expresado en numerosos fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente del delito que en el proceso ha quedado establecido, no se está en condiciones de precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico creado por la acción de encerrar o detener sin derecho, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6 del Código Penal.

Como consecuencia de todo lo anterior, en cuanto a la aplicación de la pena definitiva aplicada a los encausados, se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal para condenar a los encausados –por tres votos contra dos- y 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 uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que dos ministros sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en sus 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, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena,

sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

Por lo tanto, con los votos de los señores Rodríguez, Ballesteros y Dolmestch, se logró la mayoría necesaria para obtener acuerdo respecto de la entidad de la pena, manteniéndose la disidencia del Presidente señor Segura y la prevención del ministro señor Künsemüller.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 7436-09.

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de abril de dos mil once, 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