

Santiago, once de enero de dos mil doce.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 28.888, a la que acumuló la rol N° 33.197, ambas del Segundo Juzgado de Letras de Concepción, instruidos por el Ministro en Visita Extraordinaria Sr. Carlos Aldana Fuentes, por sentencia de primera instancia de quince de junio de dos mil diez, escrita a fs. 970 y siguientes, se condenó a Juan Guillermo Manuel Contreras Sepúlveda como autor del delito de secuestro de Adán Valdebenito Olavarría, cometido a partir del 24 de septiembre de 1974 en Lota, a cumplir una sanción de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena, además del pago de las costas de la causa.

Asimismo, se condenó a Orlando José Manzo Durán, como cómplice de ese mismo ilícito a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, con las mismas accesorias y pago proporcional de las costas que se impuso a Contreras Sepúlveda.

A Manzo Durán se le otorgó el beneficio de la remisión condicional de la condena, en tanto a Contreras Sepúlveda se le tuvo la pena por cumplida con el tiempo que permaneció ininterrumpidamente privado de libertad en la causa.

La referida sentencia fue apelada por la defensa de Manzo Durán y por la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123, recursos que fueron conocidos por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, previo informe de la Sra. Fiscal de fs. 1031, quien sugirió su confirmación en lo apelado y la aprobación en lo consultado, que fue precisamente lo que hizo ese tribunal de alzada por resolución de quince de junio de dos mil once, que corre agregada a fs. 1064 y siguiente.

Contra este último fallo, la abogada del Programa de Continuación de la Ley 19.123 y la defensa del condenado Orlando Manzo Durán, dedujeron recursos de casación en el fondo a fs. 1066 y 1078, los que se trajeron en relación por resolución de fs. 1088.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso de casación en el fondo formalizado por la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123, se esgrime la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por haberse incurrido en error al determinar la participación que le ha correspondido a Orlando Manzo Durán, la que se estima constitutiva de autoría en lugar de complicidad; y, además, porque se aplicó la disposición del artículo 103 del Código Penal en relación al artículo 68 bis de ese mismo código, lo que resulta improcedente en opinión del impugnante.

SEGUNDO: Que en cuanto a la participación asignada al acusado Manzo Durán, aduce el recurrente que se ha violado el artículo 15 del Código Penal, puesto que se ha concluido en el fallo que se impugna, que aquél no participó en forma directa o concluyente, sino que contribuyó y cooperó a su ejecución por un período en su calidad de jefe del centro de detención “Cuatro Álamos”, al realizar labores relacionadas con la custodia de la víctima, atendida su pertenencia a Gendarmería de Chile, designado en comisión de servicio extra institucional en la DINA.

El recurrente apoya su alegato en el hecho que, según la doctrina, “la esencia de la coautoría radica en que cada uno de los que intervienen deben ser previamente concertados y participar fácticamente en el hecho común a todos, cualquiera sea la actividad material que desarrolla para concretarlo” (Cita de Mario Garrido en “La Coautoría y sus efectos”. Derecho Penal, Parte General. Tomo II.

TERCERO: Que, por otra parte, en cuanto a la aplicación de la prescripción gradual, los jueces del fondo reconocen que el delito cometido en autos corresponde a uno de aquellos denominados de lesa humanidad y, sin embargo, hacen aplicación de esa institución que es del todo improcedente en delitos de esta calidad, puesto que la media prescripción participa de la misma naturaleza de la prescripción de la acción penal.

Por otra parte, al tratarse de un delito de consumación permanente, con mayor razón resulta improcedente su aplicación, desde que no existe fecha cierta para realizar su cómputo.

CUARTO: Que, por su parte, la defensa del acusado Orlando Manzo Durán ha impugnado la sentencia de alzada, esgrimiendo la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando como disposiciones legales infringidas los artículos 459, 464, 477, 488, 456 bis y 527 de ese mismo código, lo que se habría producido al tener por establecida la participación de ese acusado.

Aduce la defensa que se vulneró el artículo 459 del código de la materia, al darse por establecido que Manzo Durán cumplió funciones en el recinto de detención de “Cuatro Álamos”, porque los dichos de los testigos José San Martín y Luis Pichott no satisfacen las exigencias de esa disposición, sin que tampoco tengan la fuerza probatoria que señala el artículo 464 del mismo código.

Asimismo, se presentaron antes de la vista de la causa, documentos consistentes en hoja del Libro de Guardia de la Ex Cárcel Pública de Santiago de 26 de octubre de 1974 donde se da cuenta del acto propio de finalización de los servicios de Manzo Durán en ese lugar, antes de asumir sus nuevas labores en el centro de detención “Cuatro Álamos”, al que no se le otorgó valor

alguno, por lo que se vulneró el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal que determina el valor de los instrumentos públicos.

Se infringió el artículo 488 del código mencionado, porque los antecedentes de cargo no satisfacen los requisitos de ese precepto, ya que no hay datos directos que vinculen a Orlando Manzo Durán con el secuestro calificado de Adán Valdebenito Olavarría.

Finalmente, se conculcaron los artículos 456 bis y 527 del Código de Procedimiento Penal, a consecuencia de las infracciones legales antes descritas.

QUINTO: Que tanto en el recurso de casación promovido por la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123, como en el formalizado por la defensa del acusado Manzo Durán, se ha impugnado la sentencia en relación a la intervención del referido imputado. La primera aduce que esa persona no actuó como cómplice en el hecho, como concluyeron los jueces de alzada, sino que lo hizo como coautor, en tanto la defensa de Manzo Durán, propugna que éste no tuvo participación alguna en el delito.

SEXTO: Que como primera cuestión, cabe precisar que la parte del Programa de Continuación de la Ley 19.123, no invocó la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, relativa a la infracción de normas reguladoras de la prueba, de modo que los hechos que los jueces del fondo han tenido por establecidos en relación a la intervención que el acusado Manzo Durán tuvo en los hechos, resultan inamovibles para esta Corte.

De contrario, la defensa del señalado acusado sí invocó la referida causal de infracción de derecho denunciando como disposiciones legales infringidas los artículos 459, 464, 477, 488, 456 bis y 527 del Código de Procedimiento Penal; sin embargo, ninguna de esas disposiciones tiene el

carácter de reguladora de la prueba, o bien, ha sido mal invocada al caso concreto.

En efecto, tanto el artículo 459 como el 464 del código citado, relativos a la prueba testimonial, contienen facultades señaladas a los jueces de la causa, de modo que no responden al carácter de reglas, sin perjuicio que o bien ha tenido lugar una de aquellas disposiciones o la otra.

Luego, el artículo 477 del código de la materia, sólo constituye evidencia de las expresas cuestiones que señala, esto es, de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones que en aquél se contienen y, todo lo anterior, siempre que se trate de un documento público. En el caso concreto, la protesta no está dirigida a ninguno de estos extremos, sino al mérito probatorio del contenido mismo de lo expresado por los concurrentes al documento, lo que corresponde a una facultad propia de los jueces, cual es, la de ponderación de la prueba y no a una cuestión de derecho, como la que aquí se ventila.

En seguida, se aduce infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, pero ocurre que sólo los dos primeros numerales de ese artículo tienen el carácter de reguladoras de la prueba y no así los restantes, de modo que al ser citados en un solo bloque y sin explicación precisa de cuál sería la infracción cometida respecto de cada precepto, se incumplen las exigencias propias del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por así ordenarse en el artículo 535 del código de instrucción criminal.

A continuación, se dice vulnerado el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, tantas veces mencionado, disposición que no tiene la calidad de reguladora de la prueba, sino que es una norma programática, que señala a los jueces el grado de convicción que deben adquirir para pronunciar

sentencia condenatoria, pero no señala medios de prueba, ni establece el peso de la prueba, como tampoco la forma de rendirse en juicio.

Por último se aduce afectación del artículo 527 del mismo código, norma que ninguna relación tiene con la prueba, sino más bien con las obligaciones que pesan sobre los jueces de alzada en relación a la revisión de la sentencia de primera instancia y, para el caso de ser infringido, pudiera incluso fundamentar una casación de forma.

Como consecuencia necesaria de lo analizado hasta ahora, ocurre que los hechos que se han tenido por establecidos por los jueces del fondo, resultan inamovibles para esta Corte.

SÉPTIMO: Que, en este escenario, aparece que el hecho que se tuvo por comprobado en el motivo segundo de la sentencia de primera instancia, es el siguiente:

“Que en horas de la madrugada del 25 de septiembre de 1974, Adán Valdebenito Olavarría, de 24 años, perteneciente a las Juventudes Comunistas, fue detenido en su domicilio de Pabellón 13 XC-101, de la comuna de Lota, por dos funcionarios de Carabineros de la Subcomisaría de Lota Alto y por orden de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) sin que su aprehensión fuere registrada en los libros de la unidad policial. Entre el 27 al 29 de septiembre de 1974, Valdebenito fue interrogado en dependencias de Colonia Dignidad, por funcionarios de la DINA, que tenía su oficina instalada en Parral y que obran en minuta de fojas 220 y en cuaderno de documentos N° 2. Posteriormente, fue trasladado al Centro de Detención o Campamento de “Cuatro Álamos”, en Santiago, dependiente de la misma agencia de inteligencia y que era administrado por funcionarios de Gendarmería de Chile, adscritos a dicha agencia, donde permaneció privado de libertad, sin orden administrativa o judicial que la justificare, perdiéndose desde entonces, todo rastro suyo, sin

que haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, como asimismo, sin que hubiere realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, registrado salidas o entradas al país y sin que conste, tampoco, su defunción.”

Además, en el razonamiento noveno, los jueces del fondo concluyeron que la intervención de Manzo Durán en el hecho ilícito antes descrito, era la de un cómplice, puesto que ese acusado como funcionario de Gendarmería “...fue designado en comisión de servicios extra institucional a la DINA, siendo destinado al Centro de Detención denominado “Cuatro Álamos” de la misma dirección de inteligencia, en el cual desarrollaba las labores de encargado del mismo ; y que a ese lugar arribaron una serie de personas, que permanecieron detenidas sin orden judicial o administrativa competente, durante periodos de tiempo que determinaba el mismo organismo, entre ellas, Adán Valdebenito Olavarría; resulta que su conducta se encuadra dentro de la hipótesis de complicidad del artículo 16 del Código Penal, pues si bien no participó en forma directa o concluyente en la perpetración del hecho criminoso, no es menos cierto, que en su calidad del jefe de detención “Cuatro Álamos” perteneciente a la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, contribuyó y cooperó a su ejecución por un periodo, desempeñando actividades relacionadas con la custodia del detenido Adán Valdebenito Olavarría”.

La representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123 pretende que esta calificación jurídica es errónea puesto que debió enmarcarse la intervención de Manzo Durán en la de coautor, puesto que, según la doctrina que ella misma cita, habría existido concierto previo entre los acusados. Sin embargo, y como se aprecia de los hechos establecidos, no se tuvo por comprobado el concierto previo, requisito esencial para la procedencia de la coautoría, de modo que por el solo hecho de no encontrarse probado ese acuerdo de voluntades, la protesta de esa parte no puede prosperar.

Del mismo modo, dado que se ha establecido que Manzo Durán era el custodio del detenido desaparecido, no es posible concluir que ninguna intervención ha tenido en los hechos, como lo pretendía la defensa, razón suficiente para rechazar ambos recursos en cuanto impugnan la calificación de la participación del acusado Manzo Durán.

OCTAVO: Que, por último, en relación al alegato de la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123, en relación a la aplicación de la especial circunstancia contenida en el artículo 103 del Código Penal, también denominada media prescripción, como ya se ha fallado en forma reiterada por este Tribunal, dicha institución es del todo disímil a aquella otra referida a la prescripción de la acción penal, desde que tienen objetivos totalmente diversos y, si bien es cierto, la calidad de delito de lesa humanidad que tiene el injusto investigado en estos antecedentes repugna la prescripción de la acción penal, ello no obsta a la aplicación de la media prescripción que tiene móviles, requisitos y objetivos diferentes en tanto la primera apunta al olvido del delito y esta última tan sólo a la morigeración de la pena impuesta atendiendo al largo tiempo transcurrido desde la fecha de comisión del delito y el de su sanción, como asimismo, la búsqueda de la paz social, por el término del conflicto y la imposición de una sanción que resulte más condigna con la situación actual de los imputados.

NOVENO: Que, en consecuencia, dada que la calidad de delito de lesa humanidad, no excluye la posibilidad de aplicar la atenuante de la media prescripción, ocurre que no han incurrido los juzgadores de alzada en el yerro que se les atribuye.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo interpuestos en el

primer otrosí y en lo principal de fs. 1066 y 1078 respectivamente, contra la sentencia de quince de junio de dos mil once, escrita a fs. 1064 y siguiente, la que en consecuencia, **no es nula**.

Acordada con el **voto** en contra de los **Ministros señores Rodríguez y Ballesteros**, por los motivos que en cada caso se indican a continuación:

El **Ministro Sr. Rodríguez**, estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo entablado por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 y, por consiguiente, aumentar la sanción corporal infligida a Manzo Durán a presidio menor en su grado medio por el término de quinientos cuarenta y un días, por su responsabilidad de autor del delito de secuestro de que se trata. Para ello tuvo presente:

1°.- Que es un hecho de la causa que la víctima estuvo detenida ilegalmente en el denominado Centro de Detención “Cuatro Álamos”, donde servía como jefe el encausado, quien realizaba labores relacionadas con la custodia del ofendido, entre otros (basamento segundo y séptimo del presente fallo).

2°.- Que la situación descrita lo coloca efectivamente en la hipótesis de complicidad descrita por los jueces del fondo, puesto que cooperó a la ejecución del secuestro proporcionando el recinto a su cargo para la privación de libertad, pero resulta que el artículo 141, inciso segundo, del Código Penal eleva esa participación a la calidad de autor, para efectos de penalidad. Configura así un caso de sanción con la misma pena de la autoría, para lo cual basta el simple conocimiento de la detención irregular conforme a las reglas generales, pues de mediar concierto previo la norma especial estaría repitiendo el artículo 15, N° 3°, del mismo estatuto, lo que sería redundante e inútil. Así lo sostiene la doctrina: Etcheberry (Derecho Penal, tomo III, tercera edición,

Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 206); Labatut (Derecho Penal, tomo II, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996, N° 287, págs. 30 y 32); Politoff, Matus y Ramírez (Lecciones de Derecho Penal Chileno – Parte Especial, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, pág. 204); Fernández (Código Penal Explicado y Concordado, tomo I, segunda edición, Imprenta Barcelona, 1899, pág. 272); y Verdugo citando a Fuenzalida (Código Penal Concordado, tomo II, Ediciones Encina, 1968, pág. 276).

3°.- Que de esta manera es correcta la opinión de la representante del Programa cuando alega que la participación de Manzo Durán debió enmarcarse en esta coyuntura singular de participación que, por su especialidad, prefiere a las disposiciones generales de la complicidad, que equivocadamente aplican los sentenciadores del grado, aunque su estructura no requiere el concierto previo que invoca esta recurrente.

4°.- Que en otro orden de ideas, el disidente concurre a la aceptación de la morigerante de la media prescripción o prescripción gradual, en atención a las elucubraciones que pasa a exponer:

En lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, 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.

5°.- 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 sobrevivientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior inimputabilidad (enfermedad o ineptitud mental), o su incapacidad para levantar la prórroga del estado antijurídico, o la muerte de la víctima, conjetura esta última igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

6°).- 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 imputados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha imposibilidad 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.

7°).- 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 del secuestrado, y en que los secuestradores perdieron el dominio de los hechos, más como la última reapertura del sumario respecto de la investigación de la desaparición de Valdebenito Olavarría se presentó recién el ocho de septiembre de dos mil seis, como se desprende de fojas 721 vuelta, entre ambas fechas han corrido más de diez años, lo que significa bastante

más de la mitad del mismo lapso fijado a este propósito por el artículo 94, inciso tercero, del Código sancionatorio.

Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los inculcados, aunque no impide considerarlos como la minorante consagrada en el artículo 103 del Código Penal.

Y en el caso del **Ministro Sr. Ballesteros**, si bien comparte la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo entablado por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123, sin perjuicio de ello, estuvo por anular de oficio la referida sentencia y, por consiguiente, revocar la sentencia de primera instancia antes referida, en la parte que rechazó la excepción de prescripción de la acción penal alegada por las defensas de los acusados, acogiendo y, en consecuencia, absolverlos de las correspondientes acusaciones fiscal y adhesión del Programa de la Ley N° 19.123, 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, disposición que reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto de la época, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia -como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su

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

3.- Que, para la calificación jurídica del hecho de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o

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

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

5.- 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.), expresa que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo”. “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del *iter criminis*, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. cit, página 144).

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que

corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como el que refiere los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, este disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: “Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra”.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario al 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 CIRC de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”. El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de

tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no eran aplicables a la fecha de su comisión, por tanto no han tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que se permita interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo

de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

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

Se estimó pertinente -en los autos Rol N° 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición” (Memoria de una época, 1990 1998 Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de

Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44) .

8.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta y siete 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 Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Orlando José Manzo Durán, acusados de ser autor y cómplice, respectivamente, de un ilícito de secuestro calificado, cuyo ofendido fue Adán Valdebenito Olavarría, perpetrado en Lota, el veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, y en ello se funda el parecer del disidente para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones expresadas, es necesario advertir que no deja de reconocer la gravedad y relevancia del delito cometido por los responsables de ellos y comparte 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 6.- y 7.- 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.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V., y de los votos en contra, sus autores.

Rol N° 7558-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros U., Hugo Dolmestch U., y los abogados integrantes Sres. Alberto Chaigneau del C. y Ricardo Peralta V. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de enero de dos mil doce, 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