

Santiago, veinte de abril de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Jorge Zepeda Arancibia, de veintisiete de septiembre de dos mil cinco, que se lee a fs. 2849, complementada por la de once de octubre del mismo año, escrita a fojas 3.212, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y a Marcelo Luis Manuel Moren Brito a sendas penas de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias respectivas y al pago de las costas del juicio, en calidad de autores del **secuestro calificado de David Silberman Gurovich**, a contar del 4 de octubre de 1974. Asimismo, dicho fallo absolvió a los acusados Carlos Hernán Labarca Sanhueza y Marcos Spiro Derpich Miranda de los cargos formulados en su contra como autores del delito antes dicho. En la parte civil, se acogió la demanda interpuesta, condenando al Estado de Chile a pagar a los actores, a título de indemnización por el daño moral sufrido, las sumas de \$250.000.000.- para cada uno de los demandantes doña Mariana Victoria Abarzúa Rojo, doña Yael Silberman Abarzúa, don Daniel Silberman Abarzúa y don Claudio Mauricio Silberman Abarzúa; y de \$ 20.000.000.-para doña Judith Débora Silberman Gurovich y don Mario Silberman Gurovich, todo con más los correspondientes reajustes e intereses.

Impugnado dicho fallo por la vía del recurso de casación en la forma y apelación, una de las Salas de la Corte de Santiago, por sentencia de veintinueve de abril de dos mil ocho, escrita a fs 3.546, rechazó la nulidad formal y, respecto de las apelaciones, lo confirmó en todas sus partes.

En contra de esta sentencia, la Abogado Procurador Fiscal de Santiago, por el Fisco de Chile, dedujo recurso de casación en el fondo conforme al inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; a su turno, la defensa de Marcelo Moren Brito dedujo también recurso de casación en el fondo fundado en la causal 5ª del aludido artículo 546; mientras que por su parte, la asistencia jurídica de Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, interpuso un recurso de igual naturaleza, invocando como causales que lo autorizan las N°s 2° y 5° de la disposición legal citada.

Todos los anteriores recursos fueron ordenados traer en relación por resolución de doce de agosto del año en curso, escrita a fs. 3.596.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que durante la etapa de estudio de la causa, este tribunal advirtió la existencia de un vicio que representa motivo de casación formal, que lo autoriza para actuar de oficio y anular el fallo impugnado, conforme a lo dispuesto en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 Código de Procedimiento Penal, dejándose constancia que las partes no fueron llamadas a alegar sobre el punto específico -y al que más adelante se alude- precisamente porque el defecto se captó después de concluída la audiencia correspondiente.

SEGUNDO: Que, en efecto, de los antecedentes de la causa aparece que en contra de la sentencia de primer grado se dedujo recurso de casación en la forma y apelación, habiéndose solicitado oportunamente la opinión del Ministerio Público Judicial. En lo que le concierne, esto es, en lo penal, el señor Fiscal de la 3° Fiscalía Judicial de Santiago evacuó su informe a fs. 3322 y en ella opina detalladamente sobre el fondo de la causa y concretamente pide “la revocación de la sentencia dictada en

autos, en cuanto aplica penas o sanciones por el delito, declarándose de contrario, que el delito investigado, sea que se le califique en el artículo 148 o el 141 del Código Penal, se encuentra prescrito; en subsidio afecto al Decreto Ley N° 2191, sobre amnistía.”

TERCERO: Que, sin embargo, la sentencia de segundo grado, que se lee a fs. 3546, analiza y se pronuncia sobre el recurso de casación en la forma y las apelaciones deducidas en su contra, sin hacerse cargo de modo alguno del antes señalado dictamen, a lo que estaban obligados. Tan absoluta es la omisión que el fallo ni siquiera cita la norma legal que les impone taxativamente la obligación de hacerlo, debiendo advertirse, por lo demás, que la decisión de la sentencia es contraria a la opinión del señor Fiscal Judicial.

CUARTO: Que los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Penal disponen el trámite de oír la opinión del Fiscal, quien en su dictamen podrá pedir que se confirme, aprueba o revoque la sentencia, o bien, que se la modifique a favor o en contra del procesado. El citado artículo 514, en su inciso final, impone a los sentenciadores de segundo grado el deber de hacerse “cargo en su fallo de las observaciones y conclusiones formuladas por el fiscal”, por lo que la omisión antes referida contraría la forma en que han de dictarse las sentencias de alzada.

QUINTO: Que, en consecuencia, el fallo en revisión queda incurso en la causal contemplada en el numeral noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 514 de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley que le es aplicable, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar el de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544 de la compilación adjetiva penal antes citada.

SEXTO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, lo descrito en el motivo anterior y lo señalado por los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y 808 del de procedimiento civil, se tendrá por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa tanto del Fisco de Chile como de los sentenciados Moren Brito y Contreras Sepúlveda a fojas 3557, 3568 y 3578, respectivamente.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, con lo dispuesto en los artículos 514, 527, 535, 541 N°9 y 544 del Código de Procedimiento Penal, **se anula de oficio** la sentencia de segunda instancia de fecha veintinueve de abril de dos mil ocho, escrita a fojas 3546 y siguientes, la que se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Téngase por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos a fs. 3557, 3568 y 3578.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Rol N° 3788-08.

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

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinte de abril de dos mil nueve.

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

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de primer grado, que es de veintisiete de septiembre de dos mil cinco y está escrita a fs. 2849, con excepción de sus fundamentos 31° al 49°, ambos inclusive, que se eliminan.

Del fallo de segunda instancia, recientemente invalidado, se reproducen su parte expositiva y sus considerandos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6°, en que se razona sobre los recursos de casación en la forma y las apelaciones deducidas por las partes.

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

PRIMERO: Que en cuanto al aspecto penal de la sentencia en revisión, este tribunal no comparte los fundamentos y propuesta del Ministerio Público Judicial, por cuanto en su dictamen de fs. 3.322, argumentando latamente sobre su decisión, es partidario de declarar que el delito investigado en autos, sea que se califique como del artículo 148 o del 41 del Código Penal, se encuentra prescrito; en subsidio, afecto al Decreto Ley N° 2191, sobre Amnistía.

Las razones que este tribunal ha tenido para discrepar de lo anterior se encuentran desarrolladas en la sentencia de primera instancia, las que comparte y ha hecho suyas al reproducirlas.

SEGUNDO: Que respecto a la excepción de incompetencia absoluta opuesta por la defensa del Fisco de Chile a la pretensión civil de los actores, tal como se ha razonado ya reiteradamente en casos semejantes, procede considerar, en primer término, el tenor literal del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, antes de la modificación introducida por el N°7 del artículo 1° de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989:

“De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado”.

Ahora bien, en razón de la referida modificación el texto actual del precepto consigna:

“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 deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución e la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

“En consecuencia, 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 consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva

acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”.

TERCERO: Que, en consecuencia, de conformidad con el tenor actual del precepto, se puede colegir que las condiciones en que debe deducirse la acción civil, dentro del proceso penal, aparecen limitadas, en cuanto a su amplitud y extensión, si se comparan con la redacción, en términos genéricos y amplísimos, del texto anterior.

En así como sólo podrá accionarse civilmente ante el juez del crimen en cuanto se fundamente la demanda en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las conductas de los procesados o bien, que sean consecuencias próximas o directas de dichas conductas. Esto es, si la ley otorga, en forma excepcional, a un juez especial - cuya misión es juzgar ilícitos penales - la facultad de conocer las responsabilidades civiles que emanen de los mismos hechos punibles, la norma es de aplicación restrictiva.

Por ende, la acción civil no puede extenderse a extremos ajenos a “...*las conductas que constituyen el hecho punible*”, descritas, en este proceso, en la sentencia de primer grado, que en lo pertinente ha sido reproducida por ésta y que constituyen el enfoque procesal penal de la tipicidad de que se trata.

Ahora bien, tal tipicidad no es sino la materialización de las conductas dolosas de los partícipes en el ilícito.

CUARTO: Que, de acuerdo con lo razonado, no procede sino concluir que el juez del crimen, cuyo es el caso del Ministro de Fuero que conoció del proceso, está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad antes mencionada.

En el caso en estudio, se fundan las acciones deducidas en la responsabilidad objetiva y directa del Estado, esto es, en circunstancias ajenas al comportamiento de los autores de los ilícitos que se persiguen, excediendo, por ende, la limitación impuesta por el legislador en el texto del citado artículo 10.

QUINTO: Que, como se ha razonado en casos similares, debe considerarse, además del tenor literal del citado artículo 10, las disposiciones del artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto precisa que “*El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencia de un delito...*” - que no ha sido modificado por la ley N°19.665 (D.O.09.03.00) - y la del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, que señala “*La acción civil puede entablarse contra los responsables del hecho punible, contra los terceros civilmente responsables y contra los herederos de unos y otros*”, normas que deben, para estos efectos, estimarse derogadas en forma tácita, en los términos del artículo 52 del Código Civil, por la referida modificación del artículo 10 del citado estatuto de enjuiciamiento criminal.

SEXTO: Que, tal derogación no puede, además, sino estimarse como adecuada y coherente si se considera la doctrina de los autores procesalistas en cuanto se estima que distorsiona la función primordial del juez del crimen -cual es el establecer los hechos punibles y la responsabilidad de los partícipes- si se extiende también a la de conocer y resolver acciones civiles, sin limitación alguna.

SÉPTIMO: Que, corrobora este aserto, la norma del artículo 59 del Código Procesal Penal en cuanto establece la facultad de la víctima de entablar en el proceso penal las acciones “...*que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles*

derivadas del hecho punible...”, pero sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros, sea como civilmente perjudicados, sea como civilmente responsables, las que “...deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente...”.

OCTAVO: Que, en consecuencia, procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del Tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, respecto de la demanda civil deducida en autos, la que deberá plantearse ante los tribunales de la jurisdicción civil que correspondan.

NOVENO: Que, de conformidad con lo resuelto, resulta improcedente emitir pronunciamiento respecto de las restantes excepciones y alegaciones opuestas por el Fisco de Chile, al contestar la demanda civil, en lo principal de fojas 2567, ni tampoco ponderar la prueba rendida por las partes al efecto durante el juicio.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 103 del Código Penal; y 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se declara:

A) Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por el Fisco de Chile en lo principal de fojas 3.557 contra la sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil cinco, escrita a fs. 2849 y siguientes, complementada por la resolución de once de octubre de dos mil cinco, escrita a fs. 3212.

B) Que **se revoca** la aludida sentencia en cuanto accede a la demanda civil deducida por los querellantes y actores civiles, y en su lugar se declara que **se acoge** la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su contestación de la demanda.

C) Que se **confirma**, en todo lo demás, la referida sentencia.

Acordada la condena penal de los encausados, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados acusados, consiguientemente por absolver de los capítulos de 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 1° N° 1°, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio;

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

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

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

Acordada, la decisión civil, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por confirmar la sentencia de primer grado, también en esa parte.

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

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, sus autores.

Rol N° 3788-08.

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

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.