

Caso hermanos Héctor Barría Basay y Guido Barría Basay Corte Suprema

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil siete.

VISTOS:

En estos autos N° 2182-98, Rol de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, episodio “Río Negro”, por sentencia de primera instancia dictada por el Ministro de Fiero señor Alejandro Solís Muñoz el tres de mayo de dos mil cuatro, que se lee de fojas 2.292 a 2.375, se condenó a Hans Eduart Schernberger Valdivia, José Hernán Godoy Barrientos, Robert Santiago Teylorl Escobar, Quintiliano Rogel Alvarado y Pedro Segundo Soto Godoy a sufrir, cada uno, la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas del juicio, en calidad de autores de los delitos de secuestro calificado cometidos en las personas de Héctor Alejandro Barría Bassay y Guido Barría Bassay, a contar del día 16 de octubre de 1973. Asimismo, se sancionó a José Rómulo Catalán Oyarzún, en calidad de autor de los mismos delitos a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa.

En la sección civil de la sentencia acoge la excepción de incompetencia absoluta formulada por el Fisco de Chile respecto de las demandas deducidas en el primer otrosí de fojas 1.740 y en lo principal de fojas 1.755 por las querellantes Inés del Carmen Barría Bassay, Elvecia Bassay Alvear, Luis Elicer Barría Bassay, Zinia Amelia Barría Bassay y Pedro Alejandrino Barría Navarro.

Impugnado dicho veredicto por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, previo informe del Fiscal Judicial señor Juan Manuel Escandón Jara, la Corte de Apelaciones de Santiago por resolución de seis de julio de dos mil cinco, que corre de fojas 2.490 a 2.500, desestimó el primero de tales arbitrios y aprobó en lo consultado y confirmó en lo apelado la sentencia recurrida, con declaración de que José Rómulo Catalán Oyarzún queda condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de los delitos de secuestro calificado descritos en el fallo de primer grado.

En contra de esta última decisión, la defensa de los condenados Godoy Barrientos y Catalán Oyarzún, representada por los abogados Tomás Zamora Maluenda y Fernando Rossi Mejías, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, el primero de ellos asilado en los ordinales 6° y 9° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y 2°, 5° y 7° del artículo 546 del mismo ordenamiento; en tanto que el segundo abogado fundó sus arbitrios en el motivo 9° del artículo 541 y en el artículo 546 N° 5° del estatuto en comento. Finalmente, la asistencia letrada del condenado Hans Schernberger Valdivia, representada por el abogado Fernando Rossi Mejías formalizó un recurso de casación en el fondo sustentado en la causal 5ª del artículo 546 de la misma compilación.

Declarados admisibles únicamente los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el sentenciado Godoy Barrientos, casación en la forma del enjuiciado

Catalán Oyarzún y casación en el fondo del condenado Schernberger Valdivia, se trajeron los autos en relación, según consta de la resolución de fojas 2.570.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en primer término, el representante del acusado José Hernán Godoy Barrientos ha planteado un recurso de casación en la forma asilado en los ordinales sexto y noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal manifiestamente incompetente, o no integrado por los funcionarios designados por la ley; y, por no haberse extendido el fallo en la forma dispuesta por la ley. A continuación, la defensa del mismo condenado planteó un recurso de casación en el fondo que descansa en los literales 2º, 5º y 7º del artículo 546 del Estatuto Procesal Penal, esta última vinculada a los artículos 456 bis, 459, 464, 481, 485 y 488, Núms. 1º y 2º de la misma compilación. Fundamentando el primero de tales arbitrios aduce que el tribunal de primer grado no era competente para conocer de los sucesos que aquí se juzgan, por lo que, consecuentemente, tampoco lo era la Corte de Apelaciones de Santiago, sin perjuicio que, además, el veredicto adolece de graves omisiones en cuanto a la acreditación del hecho punible y la participación que en él se le atribuye. Mediante el recurso de casación en el fondo, reprocha la calificación dada a los hechos indagados, pues erróneamente se ha condenado por el delito de secuestro que tipifica el artículo 141 del Código Penal, no obstante que la figura penal aplicable es la descrita en el artículo 148 del mismo cuerpo legal. También aduce que de modo improcedente se impidió aplicar instituciones como la amnistía y la prescripción, pero que, en todo caso, del proceso no se advierte ninguna prueba que vincule a Godoy Barrientos con el delito por el cual se le condena.

SEGUNDO: Que, a su turno, la defensa del sentenciado Schenberger Valdivia ha formalizado un recurso de casación en el fondo basado en el ordinal 5º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo que prescriben los artículos 93, números 3 y 6 del Código Penal, sustentado en la ausencia de aplicación de la Ley de Amnistía, en la prescripción de la acción penal y en la cosa juzgada, constituyendo estas instituciones causales de extinción de la responsabilidad criminal a las que erróneamente no se dio aplicación, pues de haberse procedido conforme a derecho, debió dictarse una sentencia absolutoria.

TERCERO: Que, finalmente, la asistencia jurídica del enjuiciado José Rómulo Catalán Oyarzún, en el primer otrosí de su presentación de fojas 2.535, ha deducido un recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia fundado en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el numeral 5º del artículo 500 de la misma compilación. Según argumenta, en ninguna parte del veredicto se examinan las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, en especial la del N° 1º del artículo 11 del Estatuto Sancionatorio, sí reconocida por el Ministro Instructor en su sentencia, de modo tal que, con infracción a las disposiciones citadas, el fallo de alzada procede a eliminarla y eleva sin fundamento la sanción a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias pertinentes.

CUARTO: Que, en relación a este último arbitrio, el artículo 500, N° 4º, del Código Adjetivo Penal, señala en forma imperativa que todo fallo definitivo en materia criminal debe contener ordinariamente, so pena de nulidad, “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”.

QUINTO: Que el dictamen de marras, en su acápite 11º, señala que “no existen en autos elementos de juicio que autoricen tener por establecido que a la época de ocurrencia de los hechos el acusado Catalán padecía de las limitaciones o impedimentos

explicitados o implicados por la norma eximente del artículo 10 N° 1 del Código Penal, como tampoco la del artículo 11 N° 1 del mismo cuerpo legal.”.

SEXTO: Que de ello se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos basamentos que, en forma concreta y determinada, comprendan las razones en las cuales se sustenta el rechazo de la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 1, en relación con el 10 N° 1, ambos del Código punitivo. El fallo no incluye las necesarias reflexiones que lleven a sostener que la pericia médico legal agregada a fojas 1.480 no es suficiente para configurar la referida minorante, careciendo por tanto la sentencia de aquella base legal necesaria para que los litigantes puedan apreciar con certeza la justicia que se les administra, y no únicamente que se limite a una aseveración, sin ninguna demostración.

SÉPTIMO: Que, dado lo expuesto, el dictamen de alzada con las abstenciones anotadas, queda claramente incurso en la motivación contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código persecutorio penal, en conexión con el artículo 500, N° 4° del mismo ordenamiento, pues no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la invalidación de la sentencia que la contiene, por lo que esta Corte, acogiendo los planteamientos del recurso de casación en la forma del sentenciado Catalán Oyarzún, procede a anularla, dictando en su lugar el dictamen de reemplazo que corresponda, en los términos que estatuye el artículo 544 de la compilación adjetiva antes citada.

OCTAVO: Que, en consecuencia, es del todo innecesario entrar al estudio de los motivos de casación instaurados por los enjuiciados Godoy Barrientos y Schernberger Valdiva, a fojas 2.501 y 2.550, respectivamente.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 10 N° 1, 11 N° 1 y 68 del Código Penal; 500, N° 4°, 535, 541 N° 9° y 544 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 775 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, se acoge el recurso de casación en la forma promovido por la defensa del condenado Catalán Oyarzún en el primer otrosí del libelo de fojas 2.535 y, en consecuencia, **SE INVALIDA**, la sentencia de seis de julio de dos mil cinco, escrita de fojas 2.490 a 2.500, la que es nula en todas sus partes y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que los Ministros señores Dolmestch y Carreño concurren a la decisión de invalidar el dictamen de alzada, pero teniendo para ello en consideración que, del análisis de los basamentos que contienen la decisión de condenar al encartado Godoy Barrientos, se advierte la ausencia de aquellas necesarias reflexiones que deben servir de fundamento a todo veredicto y que como requisito indispensable exige el artículo 500 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, el que tiende a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento, así como a proporcionar a las partes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio, para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos.

En efecto, la sentencia censurada hace suya las reflexiones Novena, Décima y Undécima del dictamen de primer grado que, a propósito de la participación de Godoy Barrientos, consignan su intervención en el comienzo del operativo en que fueron privados de libertad los hermanos Barría, hecho al que se le ha otorgado la suficiencia para tener por acreditada su responsabilidad penal en los delitos de secuestro. Sin embargo, para el debido cumplimiento de la exigencia legal de fundamentación de la decisión en todos sus aspectos, ésta debe razonar y sopesar los antecedentes que proporciona la causa. Simples afirmaciones, desprovistas de todo análisis y ponderación, no son bastantes para arribar a una conclusión suficientemente razonada

respecto de la autoría que se atribuye, lo que deviene en el motivo de casación en la forma contemplado en el ordinal noveno del artículo 541 del estatuto procedimental penal, en concordancia con el N° 4 del artículo 500 del mismo ordenamiento.

De acuerdo con lo dicho, en opinión de los previnientes, procede invalidar la resolución impugnada por la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, dictando la sentencia de reemplazo que absuelva al enjuiciado por no haberse comprobado fehacientemente su participación en los hechos indagados, todo lo cual hace innecesario pronunciarse sobre la restante causal de casación en la forma planteada por la defensa de Godoy Barrientos y la formalizada por la asistencia del condenado Catalán Oyarzún, como de los recursos de casación en el fondo esgrimidos a favor del mismo Godoy Barrientos y del enjuiciado Schernberger Valdivia.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo y de la prevención, sus autores.

Rol N° 3925-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Patricio Valdés A. y Héctor Carreño S. 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.

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo prevenido por el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de tres de mayo de dos mil cuatro que se lee de fojas 2.292 a 2.375, con excepción de sus reflexiones 20° a 22°, 24° a 28°, 29°, 30°, 32°, 33°, 35° a 37°, 40° a 46° y sus citas legales, que se eliminan.

Se mantienen los basamentos 1° y 2° contenidos en lo pertinente de la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de seis de julio de dos mil cinco, escrita de fojas 2.490 a 2.500.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que en cuanto al recurso de casación en la forma deducido en contra del fallo de primer grado por la defensa del sentenciado Godoy Barrientos, en tanto se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, cabe considerar que aun cuando en sus fundamentos pudieren haber razones para prestarle acogida, de conformidad con lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, no siendo reparables únicamente por esta vía, desde que en contra del mismo fallo de dedujo también apelación, se desechará dicho reclamo para utilizar la vía de este otro arbitrio procesal.

SEGUNDO: Que, para una acertada resolución del presente caso es útil señalar que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 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.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. N° 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 II 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 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.

TERCERO: Que, el D. L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado por el juez de primer grado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa

Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad 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.

Para dictar el mencionado Decreto Ley 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.

De lo expresado en sus considerandos se infiere 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 cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia 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, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón 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, el día 16 de Octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

CUARTO: Que el D. L. N° 5, de 1973, ya citado, es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” el 16 de Octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que constituye un yerro aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

QUINTO: Que, aún en el evento de estimarse aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por los condenados, no contienen prohibición alguna al respecto.

En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Alta Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Alta Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

SEXTO: Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

SÉPTIMO: Que, en el caso de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no resulta aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

OCTAVO: Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles.

El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile y más aún no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

NOVENO: Que, en todo caso, la prescripción es una institución amplia y de común aplicación fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen, con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

DÉCIMO: Que, el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, así como 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 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 provocar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

UNDÉCIMO: Que, revisados los elementos probatorios relacionados en el fundamento de inicio de la sentencia de primera instancia, de cuyo examen y estudio surgen los hechos que se dan por acreditados, fluyen antecedentes de haberse ejercido actos de violencia en las personas de Héctor y Guido Barría Bassay, que permiten inferir que de alguna forma se provocó grave daño en ellos. Asimismo, se tiene presente que transcurrido el día de la detención y encierro, en los días posteriores, semanas, meses y aún, años, ninguna prueba, vestigio, huella, rastro, pista o indicio ha surgido que pudiera hacer pensar en forma razonable que los hermanos Barría Bassay se encuentran con vida, detenidos o secuestrados. De esta forma se establece, de acuerdo a los hechos asentados, que la detención y encierro de las víctimas se prolongó por más de noventa días y que no hay datos precisos y determinantes que permitan contradecir esa evidencia y sostener que la privación de libertad subsiste.

DUODÉCIMO: Que, del análisis del artículo 141 del Código Penal en su redacción vigente a la fecha de los sucesos, el secuestro común se presenta en dos formas, una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consiste 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 resulte para la víctima grave daño en su persona o intereses. Tal ilícito penal se castiga con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

La segunda forma de ejecución del delito, se consigna en el inciso tercero, que 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 el hecho que el encierro o la detención dure más de noventa días, o si de ello resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima.

Entonces, para la tipificación y sanción del hecho punible, basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, siendo, en consecuencia, para la procedencia del delito y la pena, irrelevante el tiempo posterior que transcurra.

DÉCIMO TERCERO: Que, los hechos ocurren el día 16 de Octubre de 1973, en que Guido y Héctor Barría Basay fueron detenidos desde su lugar de trabajo en el aserradero del fundo “El Risco”, ubicado en Riachuelo de la comuna de Río Negro y desde ese recinto conducidos a la Comisaría de Riachuelo y luego a la de Río Negro, para finalmente trasladar a Guido Barría hacia un sector del fundo “La Campana”, distante a unos quince kilómetros de la referida Comisaría, lugares donde fueron vistos con vida por última vez.

Dentro de esta óptica, los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, el día quince de enero del año 1974.

DÉCIMO CUARTO: Que, por tratarse de la imputación de sendos delitos de secuestro calificado, cuya sanción es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

DÉCIMO QUINTO: Que aunque consta de estos antecedentes que el curso de la prescripción de la acción penal se interrumpió con motivo de la investigación por presunta desgracia iniciada en Abril de 1979 y posterior querrela de mayo del mismo año, dicho procedimiento se paralizó como consecuencia de los sobreseimientos de veintiocho de abril de 1981, archivándose estos autos el 13 de noviembre del indicado año; inactividad que se prolongó por más de tres años, reanudándose los procesos cuando el término referido se había completado.

DÉCIMO SEXTO: Que, en efecto, según dispone el artículo 96 del Código Penal, el término de prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, cuyo es el caso en examen.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre el día en que se cometieron los delitos y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra de los condenados de la causa.

DÉCIMO OCTAVO: Que de todo lo antes razonado, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad de los sentenciados Schernberger Valdivia, Godoy Barrientos, Teylorl Escobar, Rogel Alvarado, Soto Godoy y Catalán Oyarzún, derivada de los secuestros calificados perpetrados en perjuicio de Héctor Alejandro Barría Bassay y Guido Barría Bassay, se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como Ley de la República, antes de la comisión de los hechos investigados ni durante el transcurso del término de prescripción de la acción penal intentada.

DÉCIMO NOVENO: Que dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias en autos que se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar el cuerpo de las víctimas, toda vez que, aunque se pudiese interpretar que tales actos eran suficientes para interrumpir el plazo de prescripción, dichos procesos se paralizaron produciéndose el efecto contemplado en el artículo 96 del Código Penal, ya analizado.

VIGÉSIMO: Que, de conformidad con lo que dispone el artículo 102 del Código Penal, la prescripción debe ser declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio. Tal es la situación de los acusados presentes Robert Santiago Teylorl Escobar, Quintiliano Rogel Alvarado y Pedro Segundo Soto Godoy, a pesar de que no haya sido incluida en sus alegaciones de defensa la posible extinción de la responsabilidad criminal que se les imputa, el examen de los antecedentes que suministra el proceso permiten establecer que efectivamente se encuentra extinguida la responsabilidad penal de estos acusados, como consecuencia de la prescripción de la acción penal ya decidida.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, de este modo, resulta innecesario hacerse cargo de las restantes alegaciones planteadas por los acusados al contestar los cargos que les fueran formulados.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En virtud de lo razonado, se discrepa del parecer del señor Fiscal Judicial manifestado en el dictamen de fojas 2.449.

Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo prevenido en los artículos 93, N° 6°, 94, 95 y 96 del Código Penal y 456 bis, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **SE DECLARA** que:

I.- SE RECHAZA el recurso de casación de casación en la forma deducido en lo principal de fojas 2.406 por el abogado Tomás Zamora Maluenda en representación del condenado José Hernán Godoy Barrientos.

II.- SE REVOCA la sentencia de tres de mayo de dos mil cuatro, escrita de fojas 2.292 a 2.372 y, en su lugar, se decide que **SE ABSUELVE** a Hans Eduart Schernberger Valdivia, José Hernán Godoy Barrientos, Robert Santiago Teylorl Escobar, Quintiliano Rogel Alvarado, Pedro Segundo Soto Godoy y José Rómulo Catalán Oyarzún, de la acusación judicial formulada en su contra a fojas 1.712 y de las adhesiones de fojas 1.720, 1.727 y 1.740, por encontrarse extinguida la acción penal que emana de los delitos de secuestro materia de la presente investigación.

III.- Se confirma la decisión civil contenida en el APARTADO RESOLUTIVO N° IX romano, que acoge la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile.

IV.- En cuanto a la consulta del sobreseimiento de fojas 1.723, se aprueba dicha resolución.

V.- En cuanto a la consulta del sobreseimiento de fojas 1.724, siendo un hecho público y notorio el fallecimiento de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 408 N° 5°, del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 93, N° 1°, del Código Penal, **SE APRUEBA, CON DECLARACION QUE ESTE ES DEFINITIVO.**

Se previene que los Ministros señores Ballesteros y Valdés, compartiendo las reflexiones Primera a Tercera de la presente sentencia, tienen además presente que útil es señalar que lo allí razonado se corrobora efectuando un análisis empírico de la historia de nuestra patria, la que aproximadamente a dos siglos en su etapa de estado organizado, sólo en una oportunidad se han dado los presupuestos fácticos exigidos por el Convenio de Ginebra vigente el año 1973, ocurriendo ello en 1891, cuando las fuerzas armadas de la época se dividieron, sublevándose la Marina de Guerra contra el Gobierno existente, fuerza que conjuntamente con una delegación del Congreso nacional iniciaron un movimiento revolucionario, y es así como el 12 de Abril de 1891 se instaló un gobierno paralelo en la ciudad de Iquique ejercido por una Junta de Gobierno presidida por el a la sazón Capitán de Navío don Jorge Montt Álvarez e integrada por el Vicepresidente del Senado y el titular de la Cámara de Diputados. Tales fuerzas derrotaron a la postre a las leales al Gobierno constitucionalmente elegido compuesta por el Ejército, que en su mayoría se habían mostrado obedientes al primer mandatario, en las batallas de Con-Con y Placilla en agosto de 1891 lo que derivó, en definitiva en el triunfo de los sublevados.

No cabe duda que es este tipo de conflicto interno, cuya duración fue de varios meses, el que legitima la declaración de un estado de “guerra interna” que habría hecho aplicable los convenios de Ginebra de 1949.

Es por ello que nuestra nación a partir de la república organizada es, en la situación reseñada, la única oportunidad en que se han configurado realmente los presupuestos fácticos para ello. Tales presupuestos no se dieron en otros conatos revolucionarios del siglo XIX, en septiembre de 1924, enero de 1925, septiembre de 1931, durante el año 1932, ni tampoco en septiembre de 1973.

Se previene que los Ministros señores Dolmestch y Carreño comparten la decisión de absolución sólo respecto del acusado José Hernán Godoy Barrientos, y teniendo únicamente en consideración para ello que del mérito de los antecedentes que

arroja el proceso en estudio no se desprenden elementos de convicción suficientes para tener por acreditada su participación criminal en los delitos que fueron investigados en autos.

Acordada la absolución de los acusados Schernberger Valdivia, Teylorl Escobar, Rogel Alvarado, Soto Godoy y Catalán Oyarzún con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Carreño, quienes fueron del parecer de confirmar a su respecto la sentencia apelada.

Acordada, la decisión civil, contra el voto del Ministro señor Dolmestch, quien fue de opinión de acoger las demandas deducidas en contra del Fisco de Chile, desde que se fundan en la participación criminal de funcionarios de Carabineros, empleados públicos, circunstancia de la cual deriva su responsabilidad, por lo que, en su opinión, procede considerar:

1) 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 al fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal

2) Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos-cometidas por agentes del estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de los querellantes respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

3) 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 la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo.

4) 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.

5) Que a mayor abundamiento, el disidente no puede dejar de tener presente al momento de interpretar 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 su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 3925-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Patricio Valdés A. y Héctor Carreño S. 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.