

Corte Suprema  
Caso Jorge D'Orival  
20 de julio del 2009

Santiago, veinte de julio de dos mil nueve.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, en episodio “José Domingo Cañas” “Jorge D'Orival Briceño”, que se lee a fs. 3.094, se castigó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda a quince años de presidio mayor en su grado medio; a Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y a Miguel Krassnoff Martchenko a sendas penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, en calidad de autores de secuestro calificado, cometido en la persona de Jorge Humberto D'Orival Briceño, a contar del 31 de octubre de 1974. A su turno, fueron sancionados en calidad de cómplices del delito antes señalado, Orlando José Manzo Durán y Basclay Humberto Zapata Reyes a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado medio (sic). El acusado César Manríquez Bravo fue absuelto de la acusación formulada en su contra, en cuanto a considerarlo autor del referido delito. Los sentenciados fueron condenados, además, a las accesorias legales y al pago de las costas del juicio.

Impugnado dicho fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial, a fojas 3.275, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs. 3.370, desechó el recurso de casación en la forma, aprobó el fallo en lo consultado y lo confirmó en lo apelado, con declaración que la pena de cinco años y un día de presidio mayor impuesta a cada uno de los sentenciados Orlando José Manzo Durán y Basclay Zapata Reyes, en sus calidades de cómplices del delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Jorge Humberto D'Orival Briceño a contar del 31 de octubre de 1974, lo es en su grado mínimo, rechazando por tanto las apelaciones deducidas.

Además el fallo aprobó la resolución de ocho de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2.374, que sobreseyó definitiva y parcialmente la causa respecto a Osvaldo Enrique Romo Mena, por muerte de éste.

En contra de la sentencia de fs. 3.370, la defensa del condenado Orlando José Manzo Durán, representada por el abogado don Enrique Ibarra Chamorro, dedujo recurso de casación en el fondo, basado en el número 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Declarado admisible el recurso, se ordenó traer los autos en relación a fojas 3408.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en lo principal de fojas 3.390, la defensa del encausado Orlando Manzo Durán interpuso recurso de casación en el fondo, sustentado exclusivamente en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, le ha impuesto una pena más grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, y al fijar la naturaleza y grado de la pena; denuncia como normas conculcadas los artículos 51, 68 y 103 del Código Penal.

**SEGUNDO:** Que el defecto reclamado se produjo -a entender del compareciente- tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, al aplicar la pena de cinco años y un día a su representado en calidad de cómplice, lo que se contrapone a lo establecido en el artículo 51 del Código Penal, norma que señala expresamente que a los cómplices de crimen o simple delito, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito y si la pena mínima para este delito es de cinco años y un día - de acuerdo a lo señalado en el artículo 141 del Código Penal a la época de los hechos - a partir de ésta se debió aplicar a Manzo Durán la pena correspondiente, que es de presidio menor en su grado máximo.

Agrega que se ha cometido error de derecho, también, al no estimar concurrente - estrictamente por razones jurídicas y no fácticas - la atenuante calificada del artículo 103 del estatuto punitivo, erróneamente llamada media prescripción, desde que se ha estimado por algunos que al no ser procedente aplicar la prescripción total de la acción penal no procedería reconocer la media prescripción, lo que es un error de derecho, precisamente subsumible en la causal referida.

**TERCERO:** Que, más adelante, se arguye por el recurrente que la atenuante calificada, regulada en el artículo 103 del Código Penal, establece que si el inculcado se presentare o fuere habido antes de completar el plazo de prescripción de la acción penal, pero habiendo transcurrido ya la mitad de él, el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, para luego aplicar las reglas pertinentes de la aplicación de la pena o incluso disminuir la ya impuesta si se trata de una causa fallada. Se destaca asimismo, que la minorante reclamada es independiente

y diversa de la prescripción propiamente tal, se trata de instituciones diversas, con características, fines y efectos diversos, una es minorante de responsabilidad y la otra causal de extinción de la responsabilidad, una implica la no sanción del hecho y la otra simplemente una pena menor, encontrándose tal parecer respaldado en sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de treinta de julio de dos mil siete, dictada en autos Rol.3808-06.

**CUARTO:** Que para terminar, se expresa por el oponente que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al rechazar la correcta aplicación del artículo 51 del Código Penal y de la atenuante mencionada, se ha impuesto a su representado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en lugar de una pena menor como corresponde de acuerdo al juego de los artículos 51, 68 y siguientes y 141 del Código Penal. La influencia además, se ha producido al no considerar la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas al regular la pena, lo que es obligatorio al tenor de la expresión deberá contenida en el artículo 103 del Código Penal. Una vez determinada la concurrencia de dicha atenuante, la sentencia definitiva recurrida debió hacer aplicación del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, rebajando la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de las circunstancias concurrentes y aplicar a Orlando Manzo Durán una pena no superior a los 540 días de presidio menor en su grado mínimo.

**QUINTO:** Que el recurrente solicita acoger el recurso, declarando expresamente que la sentencia definitiva de segunda instancia, por errada aplicación de la ley penal, es nula, por haber, no obstante calificar correctamente el delito, aplicado a Orlando José Manzo Durán una pena superior a la señalada en la ley, incurriendo además en errores de derecho al calificar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal que lo beneficia. Solicita dictar sentencia de reemplazo de acuerdo al mérito de autos y derecho aplicable, imponiendo en definitiva a su

representado una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena establecido en la Ley 18.216.

**SEXTO:** Que la sentencia que se revisa reprodujo el fundamento vigésimo noveno de la de primera instancia, en el cual se establece que Orlando Manzo Durán participó en calidad de cómplice en el delito de secuestro calificado cometido en la persona de Jorge D'Orival Briceño.

**SEPTIMO:** Que a la vez, se debe recordar que el delito por el cual fue procesado y en definitiva condenado, en calidad de cómplice, el mencionado Manzo Durán, es el de secuestro que contempla el artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal y que se califica por el tiempo en que se prolongó la acción. A la época de ocurrencia del delito, se sancionaba en el referido precepto penal si el encierro o detención se prolongaba por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

**OCTAVO:** Que conforme lo disponen los artículos 51 y 61 N° 2 del Código Penal, cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, como ocurre en la especie, a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

**NOVENO:** Que en el presente caso, conforme las reglas de aplicación de las penas antes expuestas, teniendo en consideración que el encausado Manzo Durán fue sancionado en calidad de cómplice, la pena que se le pudo imponer era la de presidio menor en su grado máximo.

**DECIMO:** Que en mérito de lo antes indicado, aparece de manifiesto que la sentencia atacada ha incurrido en error de derecho, al imponer en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo la pena a Manzo Durán, ya que la rebaja de un grado que establece el artículo 51 del Código Penal, no se hizo en la forma expresada en el numeral 2° del artículo 61 del mismo cuerpo legal, reglas de carácter imperativo en la determinación de la pena concreta.

**UNDECIMO:** Que la infracción de ley detectada afecta la decisión adoptada como quiera que, producto de ese error, se impone al procesado Orlando Manzo Durán, una pena mayor a la asignada por la ley, atendida su participación en calidad de cómplice del delito de secuestro.

**DECIMO SEGUNDO:** Que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 548 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal y encontrándose el sentenciado Basclay Zapata Reyes en la misma situación fáctica que el recurrente, se le hará extensivo lo resuelto en cuanto le aprovechara.

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo previsto en los artículos 535, 546, 547 y 548 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, **se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto en lo principal de fojas 3.390, en contra de la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs.

3.370, **la que es nula** y se reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Redacción del abogado integrante don Alberto Chaigneau del Campo.

Regístrese.

Rol N° 923-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C.

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

En Santiago, a veinte de julio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

Santiago, veinte de julio de dos mil nueve.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 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 veintidós de octubre de dos mil siete y está escrita a fs. 3.094, con las siguientes modificaciones:

En el considerando Quincuagésimo Séptimo, se eliminan los nombres propios “Orlando José Manzo Durán y Basclay Zapata Reyes” y las palabras “Manzo y Zapata” y se sustituye el guarismo “52”, escrito entre las palabras “fundamento” y precedente, por “51”.

Se reproduce asimismo la parte expositiva y considerativa de la sentencia casada, con excepción de sus fundamentos 8°, 10° y 11° que se eliminan y se sustituye en el basamento 7°) el número “43” que se lee entre la palabra “considerando” y la conjunción “y” por el guarismo “44”.

También se repiten los considerandos pertinentes de la resolución que antecede.

**Y se tiene, en su lugar y, además, presente:**

**PRIMERO:** Que los hechos que se tuvieron por acreditados en el motivo 2° del fallo en alzada son constitutivos del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141, incisos 1° y 3° del Código Penal, cuya calificación se configura por el tiempo en que se prolongó la acción, que se sancionaba a la época de ocurrencia del ilícito, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por mas de 90 días, o si de ellos resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, situación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Jorge D´Orival Briceño, quien fuera retenido contra su voluntad el 31 de octubre de 1974, privándosele de su libertad de desplazamiento.

**SEGUNDO:** Que, como también lo concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autores ha correspondido a los encartados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Miguel

Krassnoff Martchenko y que participaron en calidad de cómplices del mismo ilícito, Orlando Manzo Durán y Basclay Zapata Reyes.

**TERCERO:** Que conforme lo disponen los artículos 51 y 61 N° 2 del Código Penal, cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, como ocurre en la especie, a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

**CUARTO:** Que, de todo lo expresado tanto en este fallo como en el de casación que lo precede, esta Corte se hace cargo de las opiniones del Ministerio Público Judicial, vertidas en el informe correspondiente.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 29, 51, 61 N° 2, 514,528 bis, 535 y 546 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y artículos 141 del Código Penal, se decide:

I.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de fojas 3.248 por la defensa del condenado Miguel Krassnoff Marchenko en contra de la sentencia de veintidós de octubre de dos mil siete, escrita de fojas 3.094 a 3.229;

II.- Que **se confirma**, en lo apelado, y **se aprueba**, en lo consultado la misma sentencia, **con declaración** que se sustituyen la pena corporal y accesorias impuestas a cada uno de los sentenciados **Orlando José Manzo Durán y Basclay Humberto Zapata Reyes** en las decisiones VII y VIII, por las de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a satisfacer las costas de la causa, por su participación en calidad de **cómplices** de secuestro calificado del artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en su texto vigente al momento de su comisión el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, en la persona de Jorge D'Orival Briceño.

Estimando estos sentenciadores que los enjuiciados Orlando Manzo Durán y Basclay Zapata Reyes, cumplen con los requisitos legales para acceder a la medida alternativa consistente en la libertad vigilada del adulto, a pesar de los negativos informes de fojas 3.348 y 3.336, situación que no resulta vinculante para el tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión del hecho punible, como asimismo, el mérito que se desprende del extracto de filiación y antecedentes de los condenados, se les concede el referido beneficio alternativo, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en

el artículo 17 de la Ley N° 18.216, estableciéndose como plazo de observación uno igual al de las penas impuestas a cada uno.

Si por cualquier motivo les fuere a los condenados revocada la franquicia anterior, deberán cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sin abonos que considerar por no haber estado privados de libertad por esta causa.

III.- Que **se aprueba** el sobreseimiento definitivo y parcial de fecha ocho de agosto de dos mil siete, escrito a fojas 2.374.

Se previene que el ministro señor Dolmestch estuvo por reconocer a todos los encausados la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal y, con su mérito, reducir las sanciones hasta en dos grados. En consecuencia, estuvo por aplicar a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y accesorias correspondientes, a Marcelo Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko y Francisco Ferrer Lima la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias generales y a Orlando Manzo Durán y Basclay Humberto Zapata Reyes la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias legales.

Para decidir en la forma antes dicha, el previniente tuvo en consideración el transcurso del tiempo y la necesidad que, a su juicio, tiene el Estado actual de aplicar el derecho con sentido y alcance humanitario. Al efecto, estima que la prescripción de la acción penal y la prescripción gradual son dos instituciones del todo diferentes, pese a tener como sustento común el transcurso del tiempo, sin embargo, en su aplicación y efectos, hace una diferencia fundamental entre ambas, puesto que la primera conduce a la impunidad – a lo que se opone la naturaleza del delito investigado, la legislación internacional y su convicción ya largamente manifestada en numerosos fallos - mientras que la llamada media prescripción afecta sólo al quantum de la pena y permite, a su juicio, moderar ésta con propósitos históricos y fundamentalmente humanitarios.

Acordada la condena con el voto en contra del Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por la defensa

de todos los condenados y, en cambio, acogiéndola, fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a su favor, consiguientemente absolverlos de los capítulos de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

**2.-** Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia - como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

De ser de este modo, surge para este disidente 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, esto es, en este caso concreto, a partir del 29 de enero de 1975. 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, el disidente ya ha 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.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile 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

renuncias 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 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)”

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 secuestrocalificado de Jorge D’Orival Briceño, y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se deja constancia que para resolver como se hizo en cuanto a la concesión del beneficio de libertad vigilada respecto de los condenados Manzo Durán y Zapata Reyes, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados y quantum de la pena, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 83 y 86 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre la concesión de beneficios contemplados en la Ley N° 18.216, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que los Ministros señores Rodríguez y Dolmestch estuvieron por conceder beneficios y el Ministro señor Künsemüller y abogado integrante señor Chaigneau fueron de parecer de no conceder beneficio alguno.

Ante ello, se llamó a nueva votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros, quien estuvo por absolver a los encausados, se plegó a la opinión de los Ministros señores Rodríguez y Dolmestch, formando así la mayoría necesaria para la concesión del beneficio señalado.

Regístrese y devuélvase con sus tomos y agregados.

Redacción del abogado integrante señor Alberto Chaigneau del Campo y del voto disidente y prevención, sus autores.

**Rol N° 923-09.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C.

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

En Santiago, a veinte de julio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.