

Santiago, doce de julio de dos mil once.

VISTOS:

En estos autos N° 79.048, rol del Primer Juzgado de Letras de Coronel, por veredicto extendido por el Ministro en Visita Extraordinaria Carlos Aldana Fuentes, el quince de enero de dos mil diez, que se lee de fojas 1.328 a 1.349 vuelta, se castigó a Patricio Gustavo Martínez Moena a purgar quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena y a satisfacer las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del secuestro en la persona de **Mario López Aliaga**, a contar del diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en la localidad denominada Chacayal Norte, otorgándosele la remisión condicional de la sanción corporal por el mismo lapso.

Apelado dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Concepción, por dictamen de catorce de septiembre de dos mil diez, escrito de fojas 1.390 a 1.391 vuelta, con adicionales elucubraciones, lo confirmó en su totalidad.

En contra de esta decisión la asesoría profesional del encausado, representada por el letrado Hernán Montero Ramírez, formalizó recurso de casación en el fondo, sustentado en los literales primero y séptimo del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal (fojas 1.393 a 1.406). A su turno, el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, de mil novecientos noventa y dos, del Ministerio del Interior, asistido por la abogada Patricia Parra Poblete, entabló recurso de casación en el fondo asilado exclusivamente en el primer numeral del mencionado artículo 546 (fojas 1.407 a 1.415).

Elevados dichos arbitrios al conocimiento de este tribunal, se les declaró admisibles y se ordenó traer los autos en relación a fojas 1.420.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto a la casación en el fondo promovida por Martínez Moena, de fojas 1.393 a 1.406.

PRIMERO: Que la nulidad instaurada descansa en los ordinales primero y séptimo del artículo 546 del estatuto procedimental del crimen, esto es, en haber calificado el delito con arreglo a la ley, pero reguló al delincuente un castigo más o menos grave que el designado en ella, con error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido a aquél en el ilícito, ya al cualificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena; y en haberse conculcado las leyes reguladoras de la prueba con influencia sustancial en lo dispositivo, en conexión con los artículos 15 del Código Penal y 488 del de enjuiciamiento del ramo.

SEGUNDO: Que la asistencia jurídica del encartado hace consistir el capítulo inaugural en que la resolución atacada ha incurrido en un yerro de derecho al determinar la intervención en calidad de autor de Martínez Moena en el injusto indagado, sin que medien elementos probatorios bastantes que justifiquen tal apreciación. Arguye que no se encuentra comprobado que su representado haya expedido la orden de detención de López Aliaga, por el contrario, consta del litigio, especialmente de la orgánica del Regimiento de Los Ángeles y de los periódicos de la época, que quien decretó la captura de Rodolfo Quezada Matamala, con el cual se encontraba la víctima, no fue Martínez Moena. Precisa que sobre el enjuiciado había cuatro oficiales que ostentaban mando en el cuartel, dentro de los que destaca el coronel Alfredo Rehren Pulido, comandante de la unidad, quien era el único habilitado para disponer aprehensiones,

servía el cargo de Intendente de Los Ángeles y era el encargado del Comando del Área Jurisdiccional de Seguridad Interior, por lo que sólo este oficial podía dictar y controlar el cumplimiento de sus órdenes y fue clara, objetiva y precisamente quien prescribiera el arresto de Quezada, a quien acompañaba López Aliaga, que corrió su misma suerte. Por lo demás, el inculcado no era el único oficial jefe, sino que había tres más, lo único que lo distinguía era su especialidad de Estado Mayor.

Expone que no está acreditado que Quezada y López fueron detenidos y trasladados a las dependencias del Regimiento Reforzado N° 3 de Montaña del Ejército de Chile, con guarnición en Los Ángeles, ni entregados al Servicio de Inteligencia de dicha unidad militar, bajo dependencia de Patricio Martínez Moena, puesto que como consignan los oficios N°s. 1595/305, del Jefe de Archivo General del Ejército (fojas 998) y 1595/155, del Jefe de Estado Mayor General del Ejército (fojas 1.016), dentro de su orgánica no existía tal conjunto, que Martínez era oficial jefe del regimiento y comandante del batallón, no de la sección segunda del destacamento, con una misión muy distinta y ajena a cualquier vínculo con los detenidos en ella.

Finalmente, aduce que de haberse acatado acertadamente el derecho, se habría decidido la completa inocencia de su poderdante en el crimen pesquisado, por lo que impetra se invalide el edicto recurrido y se emita uno de reemplazo que absuelva a Martínez Moena de los cargos librados en su contra.

TERCERO: Que en los términos propuestos, este acápite del libelo debe ser desestimado in limine, toda vez que las circunstancias que se hacen valer como antecedentes de la causal invocada no guardan relación jurídica con las que, con apego a la ley, deben constituir la, es decir, no se reclama de una inexacta determinación de la participación del inculcado en el ilícito como autor, cómplice o encubridor, sino que se soporta que no le incumbe intervención alguna, por lo que ha debido ser absuelto.

Del motivo preliminar del artículo 546 del compendio procedimental de penas, se colige que está dado para censurar sólo aquellas coyunturas en las cuales, si bien se reconoce que el agente ha tenido intromisión punible en el delito, se estima errada la calificación que de ella se ha hecho por el laudo impugnado, como por ejemplo, si se ha considerado autor a quien sólo debiera estimarse cómplice o encubridor. El error de derecho criticado radica en establecer la participación que ha cabido al convicto en el injusto, luego da por supuesto que el sujeto tomó parte en el hecho y que la equivocación sólo atañe a la intervención que se le reprocha en el fallo, parece por ello imposible extender su alcance hasta abarcar situaciones en las cuales se niega semejante actividad.

El propio texto legal confirma este aserto al preceptuar que la consecuencia del yerro devino en regular al individuo “una pena más o menos grave que la designada” en la ley, por lo que es obvio que no se puede estar refiriendo a eventos en que la participación queda completamente excluida, porque para tales hipótesis la ley no designa sanción alguna.

CUARTO: Que, en virtud de lo expuesto, este tribunal de casación estima que el número primero del artículo 546 de la recopilación adjetiva del ramo, no es idóneo para sostener la nulidad del veredicto cuando de lo que se trata es de proclamar que el hechor no ha tenido actuación alguna en el suceso pesquisado. Por ello excepcionalmente, en ausencia de una motivación sustantiva donde apoyar la pretensión del compareciente, le corresponde acudir a la adjetiva del numeral séptimo del artículo 546 de la referida compilación de leyes, la cual fue invocada y será analizada a posteriori.

QUINTO: Que con el solo propósito de ahondar en las razones del rechazo de la invalidación intentada en este segmento, es necesario destacar que los jurisdicentes enmarcan la

participación de autor del encausado Martínez Moena en el secuestro de Mario López Aliaga, en el artículo 15, N° 1°, del Código Penal, por cuanto era el jefe de la Sección de Inteligencia del Regimiento de Los Ángeles, unidad encargada de resolver la detención de toda persona requerida por la autoridad y a cuya disposición fue puesto el desaparecido, por lo que resulta inverosímil que no haya tenido conocimiento del arresto y privación de libertad de aquél, de modo que su intervención no pudo circunscribirse exclusivamente a las actividades logísticas como pretende excusarse, sino que a la inversa, es dable aseverar que tomó parte en la ejecución del injusto de una manera inmediata y directa.

Consta que el departamento a su cargo era el único que tenía el control de los capturados y realizaba los interrogatorios. Luego, en su calidad de jefe de la Sección de Inteligencia Militar y bajo la lógica de la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas no pudo menos de conocer los nombres y circunstancias por las cuales diferentes personas permanecían privadas de libertad en el recinto del regimiento donde prestaba sus servicios, como asimismo el trato que recibían y su destino final.

SEXTO: Que el otro tópico de casación esgrimido se asienta en el N° 7° del artículo 546 de la recopilación adjetiva penal, que estriba en haberse desconocido las normas reguladoras de la prueba con influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto. Sobre el particular el oponente indica que los jueces del grado no han valorizado conforme a la ley las probanzas allegadas a la litis, determinaron la responsabilidad de su mandante sin observar los numerales primero a quinto del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, desde el momento que la resolución repelida no se pronuncia sobre las presunciones judiciales por las cuales se arribó a la convicción de condena, sin atender a las peticiones formuladas en dicho sentido. No obran elementos que ligen al sentenciado con la detención o presunta desaparición del ofendido, sino que, a la inversa, se aparejaron a la indagación serios medios que permiten pensar que no es un hecho absolutamente acreditado que López Aliaga estuviera detenido en el Regimiento de Los Ángeles y que haya desaparecido de dichas dependencias, pues existen datos que lo unen con actuaciones presenciales posteriores a dicha fecha, en la ciudad de Santiago. Por lo demás, los únicos que lo sindicaron como jefe de la Sección Segunda son los oficiales Klug y Marzal, encargados directos de los apresados, quienes son los que especialmente deberían conocer el destino de López Aliaga.

Explica que el artículo 502 del Código de Instrucción del ramo, exige el detalle pormenorizado de las presunciones, cuando son el único indicio para comprobar la culpabilidad del imputado. El sentenciador no es libre para apreciar el mérito del proceso, sino que debe desarrollar las premisas por las que adquiere su convencimiento, lo que los jueces de segunda instancia se abstienen de consignar, arriban a conclusiones definitivas equivocadas, sin análisis alguno.

Expresa que el tribunal a quo razonó en el basamento vigésimo octavo, no alterado por la alzada, que la intervención de su representado se encuentra establecida con las piezas probatorias de sus letras a) hasta la g). Así, el apartado a), pondera la declaración de Alfonso Echeverría Hinostroza, quien asevera que “todos los documentos los firmaba el comandante del regimiento y el oficial de inteligencia”, de manera que quien disponía todo lo que acontecía en la mentada unidad militar era el comandante del regimiento, independiente de quien suscribiera con él los documentos, según la naturaleza de éstos. El literal b) anota el testimonio de Gustavo Marzal Silva, quien además de sindicarse a Martínez como el oficial de Operaciones, de Inteligencia y de Personal, reconoce que las órdenes de aprehensión y de libertad emanaban directamente del comandante. A su vez, Walter Klug Rivera, punto c), depone que fue el coronel Rehren Pulido

quien le mandó mantener la coordinación administrativa de los capturados, pero aseguró que aquellos eran sacados del recinto que creara por encargo de Martínez, no recuerda alguna oportunidad en que recibió una orden directa de él y tampoco haber concurrido personalmente a buscar a alguien. Los dichos de Medina Muñoz y Álvarez Imboden (párrafos d y e), concuerdan en que el campo de detenidos estaba a cargo del Servicio de Inteligencia Militar, sin que en la causa se halle comprobado quién era el oficial de dicha sección. El apartado f) discurre sobre el resumen que la Brigada de Asuntos Internos y Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones efectuó del presente asunto, el que concluye erróneamente la existencia de un Servicio de Inteligencia Militar en Los Ángeles y el carácter de jefe de Martínez, no obstante que los interrogatorios estaban a cargo de Marzal y Klug, como lo determina el propio dictamen en revisión, sin que lo anterior consienta lógicamente sacar una presunción de participación en contra de su defendido. Por último, el oficio remitido por el Jefe de la Sección de Archivo General del Ejército, signado como g), constata que dentro de la orgánica del regimiento de marras no existía un servicio de inteligencia militar, que Martínez era oficial jefe en la unidad y comandante del batallón del mismo.

De ello desprende que, en abierta contradicción con los numerales del mentado artículo 488, la decisión refutada ha dado valor a atestados que no son contestes, ni conducen directa y lógicamente al hecho que se deduce, sin fijar cuales son los acontecimientos reales y probados en que se funda y cuales son aquellos medios probatorios cuya multiplicidad, gravedad, precisión, lógica y concordancia, constituyen prueba completa de acontecimientos que incluso están acreditados de forma distinta en el juicio. De este modo, es absolutamente imposible apreciar que los elementos enunciados cumplan los presupuestos de los ordinales primero a quinto del artículo 488 del estatuto procedimental criminal, dado que no hay presunciones múltiples y graves, sino sólo testimonios cruzados en torno a la persona que detentaba el mando de la Sección Segunda del Regimiento, no pueden mirarse como precisas en cuanto a que el jefe de dicho cuerpo dispusiera la captura y desaparición de López Aliaga, lo que, por cierto, es improbable, habida cuenta como se demuestra en la litis, que la detención fue ordenada por la autoridad militar competente, o sea, por el coronel Rehren Pulido. Asimismo, las indicadas piezas no coinciden, ya que algunos testigos dicen que el jefe de la tantas veces citada sección era Marzal y otros, el procesado. En síntesis, las probanzas colacionadas no tienen una dirección lógica que conduzcan naturalmente al hecho que se procura comprobar, en el sentido que al estar al frente un comandante del regimiento y del Comando del Área Jurisdiccional de Seguridad Interior e Intendente, con grado coronel, es éste quien expide las órdenes y no otro de menor rango, como Martínez, preocupado exclusivamente de la preparación militar del contingente. Además, que haya sido jefe de la sección segunda, no conduce a inferir directa, lógica y naturalmente que es autor de la orden de aprehensión y desaparición de López Aliaga, ya que lo único que es factible extraer de ellos es que Patricio Martínez Moena era un oficial jefe del grado de mayor, con la especialidad de Estado Mayor que otorga la Academia de Guerra del Ejército y que su cargo en el Regimiento de Los Ángeles, en septiembre de mil novecientos setenta y tres, era el de Comandante de Batallón.

Con semejante discurso termina por requerir la anulación del pronunciamiento reprobado a fin que, en su reemplazo, se libere a Martínez Moena de todas las acusaciones dirigidas en su contra.

SÉPTIMO: Que una simple lectura del libelo revela que el impugnante, en realidad, aunque no es explícito, cuestiona la ponderación de los medios incriminatorios acumulados en el curso de la investigación, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de

esta Corte, desde que le está vedado examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus atribuciones propias, así como reever las conclusiones a que ellos han arribado, pues eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio.

Es así como, en nuestro sistema procesal penal, los jurisdicentes están facultados para valuar, con la más amplia libertad, el contenido intrínseco de las probanzas que con eficacia legal se acopian en la litis con el objeto de acreditar los hechos determinantes de la existencia del delito, de la responsabilidad del agente y de los ingredientes que la atenúen o la eliminen y, por lo mismo, para darles o negarles valor.

El raciocinio que conduce al juez a considerar probados o no tales sucesos con esos medios, como se dijo, escapa naturalmente del control del tribunal de casación. Así, Manuel Egidio Ballesteros anota: “nosotros fijamos reglas generales para la manera de estimar la prueba, y consignamos los casos en que debe estimarse bastante para acreditar la existencia de un hecho, pero al mismo tiempo dejamos al juez la libertad de criterio para hacer sus inducciones o deducciones” (“Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile”, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y siete, nota al artículo 466 [actual 456], páginas 254 y 255).

OCTAVO: Que, aún cuando lo anterior basta para desechar el arbitrio de nulidad promovido en esta fracción, es útil dejar en claro que para que pueda prosperar la causal impetrada, se precisa el enunciado de normas adecuatorias de las probanzas, que caen dentro del estudio y decisión de esta magistratura, vale decir, aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o restricciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son vulnerados con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación. En este orden de ideas, por regla general, se ha estimado inobservancia de los cánones estimativos de la prueba cuando se invierte el peso de ella o se desecha un medio probatorio que la ley autoriza o admite uno que repudia o cuando se modifica, negando o alterando el valor que ésta asigna a los diversos instrumentos consagrados.

NOVENO: Que, desde esta perspectiva, el inculcado Martínez Moena protesta desconocido en su totalidad el artículo 488 del Estatuto Adjetivo del Crimen, puesto que, en su opinión, los indicios construidos no son precisos en cuanto no se fundan en hechos reales y probados y no conducen lógicamente y naturalmente a deducir quien fue autor del suceso en estudio. Sobre este punto es pertinente recordar que para la jurisprudencia reiterada de este tribunal, únicamente una porción del mismo –no su integridad– reviste el carácter de ley reguladora. Así, sólo dos de los presupuestos contemplados en el artículo 488 pueden encuadrarse dentro de tal condición, a saber: el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2°, en aquel ámbito que apunta a su multiplicidad, dado que ellas encierran cotos a la facultad de apreciación del juez que quedan fuera de su ponderación personal e intrínseca de la prueba.

En cambio, el componente de la gravedad inserto en el mismo numeral y los restantes que se contienen en la nomenclatura de dicha regla permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque importan cánones que, por sus características, se comprenden en las prerrogativas singulares de los jueces del grado a cuyo exclusivo criterio ha de quedar sujeto estimar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la constatación de los acontecimientos criminosos que de ellos se procura

derivar, por lo que se aleja por completo del conocimiento de esta Corte al recaer en un aspecto que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

En esta inteligencia sólo resta por examinar si las presunciones reposan en acontecimientos reales y probados y si ellas son múltiples. A este fin, el laudo del inferior, no enmendado por el superior, deja asentado, en su motivo vigésimo noveno, que de los dichos de testigos fluye con claridad que intervino como autor en el injusto indagado, demostrada como está su pertenencia a la Sección de Inteligencia Militar o Departamento Segundo del Regimiento de Los Ángeles, encargada de detener personas y trasladarlas al centro de detención habilitado dentro de la mencionada unidad castrense, para lo cual ha de resaltarse que Martínez Moena era la cabeza de dicha repartición. Refuerzan primordialmente esta decisión los atestados de los compañeros de armas Juan Alfonso Echeverría Inostroza, de fojas 560; Gustavo Eduardo Marzal Silva, de fojas 558; Walter Klug Rivera, de fojas 809; y Berlarmino Segundo Álvarez Imboden, de fojas 1.088. De esta manera las presunciones gravitan en hechos reales y probados y no en otros indicios, como son las mencionadas declaraciones y los careos practicados en autos, de los cuales surgen serios indicios adecuados a establecer su participación en los sucesos en revisión. Éstas son por cierto múltiples, desde que existen los testigos ya individualizados, contestes en sindicarse al enjuiciado como el superior del organismo encargado de los arrestos y los detenidos, en la misma época en que se hallaba privado de libertad sin derecho el ofendido, lo que autoriza colegir su intervención. En lo que atañe al injusto propiamente dicho, cuya existencia ha sido negada por la defensa pues existirían atestados de personas que habrían asegurado haber visto a López Aliaga con posterioridad a la consumación del delito, tal conjetura fue debidamente averiguada y denegada en las instancias competentes, arribó el tribunal a la absoluta certeza del efectivo acaecimiento de los sucesos delictuosos.

Se trata de elementos de juicio reales que obran dentro del proceso y ninguno de ellos se levanta sobre otras inferencias, sino que todos en conjunto han franqueado a los jueces adquirir la certeza acerca de la perpetración del ilícito pesquisado y de la participación del agente en él.

Por lo tanto, no se divisa la pretendida violación del artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal en aquellos sectores que contiene leyes reguladoras de la prueba.

5 DÉCIMO: Que también el compareciente se queja de la situación fáctica sobre la cual se erigen las presunciones, ajustadas al artículo 488, en el sentido que no están debidamente probados; y, de contrario pretexto que otros acontecimientos que no se han dado por demostrados debieron haberlo sido; empero por ello no puede legalmente sostenerse que se han contravenido las leyes ordenadoras de la prueba, las que no han podido atropellarse por no haberse deducido las suposiciones planteadas por el oponente.

UNDÉCIMO: Que entonces se advierte que el quebrantamiento atribuido a los jueces del fondo respecto de la causal séptima, no concurre en la especie, de acuerdo a la forma que desenvuelve su presentación, lo que obsta a su éxito.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo instaurado por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del interior, de fojas 1.407 a 1.415.

DUODÉCIMO: Que el arbitrio sustantivo intentado se construye únicamente en la motivación primera del artículo 546 del cuerpo inquisitivo criminal, mediante el cual reclama violentados los artículos 68 y 103 del Estatuto Penal, desde que Martínez Moena fue sancionado por su intervención en calidad de autor del secuestro calificado de Mario López Aliaga, suceso catalogado como delito de lesa humanidad, no alterado en la alzada, lo que determina su carácter imprescriptible e inamnistiable. A pesar de ello, los jurisdicentes del grado aplican al caso sub iudice la denominada media prescripción, lo que resulta, además de errado, contradictorio con el

contexto del propio fallo, dado que si bien declaran el injusto indagado como imprescriptible, a reglón seguido reconocen a favor del acusado la prescripción gradual, lo que conlleva la determinación de una penalidad bastante menor a la que corresponde y a la concesión de franquicias de la Ley N° 18.216, de mil novecientos ochenta y tres, improcedentes.

Dicho instituto configura una norma reguladora de la prescripción y, en ese cariz, desde la óptica de su naturaleza jurídica, conforman una misma institución que comparten como fundamento indispensable el transcurso del tiempo, diferenciándose únicamente en el efecto jurídico que generan y no en sus cimientos. Lo expuesto lleva necesariamente a derivar que si el carácter imprescriptible de los injustos de esta naturaleza habilita la persecución y penalización de los intervinientes sin consideración a límites cronológicos, pierde significación conceder los beneficios provenientes de la prescripción gradual, porque la esencia de ésta reside en estar sometida a cotos temporales.

Es así como los magistrados del fondo califican el secuestro como un delito de consumación permanente, caracterizado por el mantenimiento del estado antijurídico o la prolongación del período consumativo. En ese entendido, al aplicar la prescripción gradual han debido enfrentar el problema de determinar el parámetro para contabilizar el plazo, atendido el carácter peculiar de éste, uno de cuyos corolarios estriba exactamente en que el inicio del cómputo del período de la prescripción coincide con la terminación del injusto. Discusión que se torna estéril si se parte de la premisa de su imprescriptibilidad. Por lo que la imposibilidad de aplicar la media prescripción se transforma en un impedimento de índole procesal más que penal, ya que demostrada la privación de desplazamiento de la víctima, pero no su muerte o la recuperación de su libertad, se entiende que el fin de su consumación tampoco ha sido probado de manera objetiva, falta un presupuesto legal para la procedencia de la mentada institución.

Advierte que con la estimación del instituto de la media prescripción a favor del condenado, al momento de regular la pena, los juzgadores aplicaron el artículo 68, inciso tercero, del texto penal, debiendo utilizar su inciso segundo, pues únicamente contaba a su favor la mitigante de responsabilidad criminal del artículo 11, N° 6°, del mismo ordenamiento y no le favorecía el mentado artículo 103, por lo que el correcto marco punitivo, dentro del cual debió enmarcarse el castigo corporal a infligir al sentenciado, es el de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, en otras palabras, desde cinco años y un día a quince años, y no pudo concedérsele la remisión condicional de la sanción principal.

En la conclusión, insta a que, por tales razones, se acoja el presente arbitrio y se anule el fallo impugnado, se emita otro que le imponga al agente el máximo de la pena privativa de libertad asignada por el legislador, esto es, quince años de presidio mayor en su grado medio.

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

La señalada institución envuelve una atenuante especial o específica, pero calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum del castigo corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y colofones diferentes, si bien ambas instituciones están reglamentadas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus fundamentos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la llamada media prescripción son distintos,

desde que al tratarse de una circunstancia mitigante, ésta sólo permite introducir una disminución a la pena correspondiente y aunque uno de sus factores es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última se apoya en el principio de la seguridad jurídica (Politoff, Matus y Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año dos mil ocho, página 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se torne indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que muchas legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, año dos mil ocho, página 402).

Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida precisamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo colofón jurídico que producen las circunstancias morigerantes genéricas consagradas en el artículo 11 del ordenamiento criminal.

La cátedra instruye que la institución de la media prescripción no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro régimen sancionatorio, de donde emerge su peculiaridad, se afinan sus consecuencias y se determinan sus deslindes o demarcaciones en orden a su ejercicio. Se estima como una “idea afortunada de la CR, la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso” (“Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año dos mil dos, página 483). Y así lo estudian como razón de atenuación y no como norma reguladora de la prescripción extintiva (Gustavo Labatut G.: “Derecho Penal”, tomo I, novena edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, N° 210, pág. 218; y Gustavo y Gastón González P.: “De las circunstancias atenuantes y agravantes – Ley, doctrina y jurisprudencia chilena”, Editorial Samver, Concepción, N° 25, págs. 118 a 120).

DÉCIMO CUARTO: Que, en otro orden de ideas, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del compendio sancionatorio, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los presupuestos legalmente establecidos, ejercen en definitiva a su albedrío la potestad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal.

DÉCIMO QUINTO: Que ceñidos al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” aparece consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a dos parámetros al menos: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados -generalmente en votación dividida- esta magistratura la ha reconocido en favor de algunos convictos, entiende que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa

humanidad, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la minorante referida, tienen los jueces libertad para determinar en una situación concreta, si usan o no la prerrogativa legal y, en caso positivo, la rebaja precisa de la pena que concederán. (v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08).

DÉCIMO SEXTO: Que, en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos resultados inciden sólo en el rigor del castigo, pero deja entregado a la prudencia del tribunal del fondo, reducir en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley o, simplemente, abstenerse de hacerlo, ya que las minorantes de responsabilidad integran un régimen general de individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado. Y por su carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal, que la introniza, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Desde este punto de vista, no se divisa ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, porque aquellas reglas sólo rigen el efecto extintivo de la responsabilidad criminal, ni antinomia con el rechazo de la prescripción extintiva de la acción penal nacida del ilícito que alega el oponente. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal surgida del injusto, sin que lamisma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se presenta razón que obstaculice considerarla como atenuante para abreviar la responsabilidad criminal que afecta a los encartados, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la disposición aplicable al suceso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito pesquisado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre aquí a partir del mes de enero de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que tolera aclarar el inicio del tiempo que implica considerar para la procedencia de la institución de marras.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en la especie, el delito materia de las averiguaciones se ubica en el artículo 141 del Código Penal, vigente al instante de ocurrencia de los acontecimientos, que describe el ilícito de secuestro calificado, cuya penalidad era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, como se dilucidó en el basamento vigésimo sexto del fallo apelado, no alterado por el ad quem. De donde resulta que contado el período de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del injusto indagado, el diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y tres, hasta aquella en que se interrumpió, en el mes de marzo de dos mil tres, con ocasión de la reapertura del sumario criminal a fojas 20 del tomo I de estos autos, el lapso adecuado para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del trecho exigido para la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad, ha transcurrido con exceso frente a todos los términos fijados al efecto por el artículo 94 del Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Que de esta forma es menester reconocer al acusado Martínez Moena el motivo de mitigación de la pena contemplado en el citado precepto legal, como lo realizaron los magistrados del fondo, sin que se denote error de derecho en dicha actividad.

DÉCIMO NONO: Que por los racionios anotados procede elucidar que los sentenciadores no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos del querellante de desestimar la procedencia de la media prescripción.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 535, 546, N°s. 1° y 7°, y 547 del Código de Procedimiento Penal y 83, 86 y 87 de su homónimo Orgánico de Tribunales, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo interpuestos por el letrado

Hernán Montero Ramírez, en asistencia de Martínez Moena, en lo principal de fojas 1.393 a 1.406, y el instaurado por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, representado por la profesional Patricia Parra Poblete, en su presentación de fojas 1.407 a 1.415, en contra de la sentencia de catorce de septiembre de dos mil diez, que rola de fojas 1.390 a 1.391 vuelta, la que, en resumen, no es nula.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta el momento de consumación del ilícito que se fija en la frase final del considerando décimo sexto, que empieza con las locuciones “es susceptible de estimarse consumado desde” hasta el punto (.) aparte, ni aquel inicial que se señala en el basamento décimo séptimo, de suerte que concurre al rechazo del libelo impugnatorio del Ministerio del Interior, no obstante incidir en un delito de secuestro, sólo en razón de haber variado su criterio con un mejor estudio y reflexión acerca de la materia de que se trata. Para ello tuvo presente las disquisiciones que pasa a explicitar:

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

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

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

3).- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentra desde hace tiempo el convicto, como consta en el proceso, lo cual razonablemente franquea suponer dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto.

4).- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro del secuestrado, y por ende, el secuestrador perdió el dominio del hecho, en circunstancias que el sumario fue reabierto recién el diecinueve de marzo de dos mil tres, cuando ya había transcurrido en su totalidad el período máximo de diez años determinado por la ley para la prescripción de este ilícito.

Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que, en su concepto, es esencial para imposibilitar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal del acusado, pero nada impide considerar la minorante consagrada en el

artículo 103 del Código Penal, por los fundamentos contenidos en el fallo para sustentar la mitigante y que el previniente comparte.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo intentado por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, representado por la abogada Patricia Parra Poblete, con el voto en contra del Ministro señor Künsemüller, quien estuvo por acoger este recurso de casación en el fondo y, en la sentencia de reemplazo, denegar la denominada “media prescripción” y la consecuente rebaja de la pena, teniendo presente para esta determinación las opiniones por él manifestadas en otras resoluciones anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia delante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: “el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes). Pues bien, ese decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que no es posible fijar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado dada su naturaleza de “permanente” perdura o se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad ,situaciones en las cuales el “estado antijurídico” no puede continuar (SCS, 20.12.10, Rol Nro. 1198-10).

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse al encausado sólo

se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal, en su favor y, por ende, estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración que Martínez Moena queda condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, por su responsabilidad de autor del delito de secuestro calificado en la persona de Mario López Aliaga.

Acordada la decisión de desechar los dos recursos entablados con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por no emitir pronunciamiento sobre los mismos y, en cambio, procediendo de oficio, acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos, para luego, con su mérito, absolver a Patricio Gustavo Martínez Moena de la acusación fiscal y su adhesión, deducidas en su contra como autor del secuestro de Mario López Aliaga.

Para ello, han tenido en consideración las siguientes razones:

1°).- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal, disposición que reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del dos de junio de mil ochocientos setenta y tres, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

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

3°).- Que, para la calificación jurídica del hecho de la causa, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del

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

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

5°).- En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), expresa que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo”. “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. cit, página 144).

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

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, 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.

7°).- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, estos 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.

Jean Pictet, destacado jurista, a quien le cupo especial participación en la gestación 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 órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro ‘La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos’, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su

voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”.

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

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

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

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

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de

algunos de los delitos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban (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” (Memoriade una época, 1990 1998 Grijalbo, 1999), refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo: “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la guerra interna de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44) .

8°).- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta 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 del acusado por el secuestro de Mario López Aliaga, y en ello se funda el parecer de los disidentes para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de estos disidentes, es necesario advertir que no dejan de reconocer la gravedad y relevancia de los delitos cometidos por el o los responsables de ellos y comparten la unánime decisión de tener por establecido que los hechos punibles existieron como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos 1° a 7°) anteriores, son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de las normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Se deja constancia que para resolver el recurso entablado por la representante del Programa Continuación de la Ley N° 20.123, del Ministerio del Interior, respecto del cual no se produjo mayoría legal para denegarlo, puesto que dos ministros, los señores Rodríguez y Dolmestch fueron partidarios de ello, en tanto que los ministros señores Segura y Ballesteros estuvieron por no emitir opinión sobre el fondo y sólo el señor Künsemüller fue de opinión de acogerlo, el tribunal hizo aplicación de las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Ante esta discordia, se llamó a una nueva votación sobre este punto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció la procedencia de la atenuante de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si bien estuvo por absolver al condenado, en virtud de la prescripción total de la acción penal, ello no le inhiere para participar en la etapa de determinación del quantum de la pena, conducta que resulta del todo consecuente, y desechada que fue esa excepción, decide sumarse al parecer de los ministros señores Rodríguez y Dolmestch, que la aceptan y así admitir el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rodríguez y de las disidencias, sus respectivos autores.

Rol N° 8019 – 2010.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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