

Santiago, tres de mayo de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos rol N°46.060, del Segundo Juzgado del Crimen de Chillán, seguidos en contra de Andrés de Jesús Morales Pereira, por sentencia de seis de febrero de dos mil ocho, que rola a fs. 671, se condenó al acusado a la pena cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo, accesorias legales correspondientes y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona de **Reinaldo Salvador Poseck Pedreros**, en fecha no determinada de septiembre de 1973; se acogió la demanda civil deducida por los abogados señores Tirso Ernesto Figueroa Guerra y Juan Pablo Lagos Cárdenas, condenándose al acusado y al Fisco de Chile a pagar solidariamente a los actores la suma de \$ 30.000.000 (treinta millones de pesos) por concepto de daño moral, más intereses y reajustes y al pago de las costas civiles de la causa.

En contra de este veredicto, los querellantes y el sentenciado recurrieron de apelación; y el Fisco de Chile, de casación en la forma y apelación. La Corte de Apelaciones de Chillán, tras haber oído al señor Fiscal Judicial, quien estuvo por el rechazo de la casación y la confirmatoria del fallo en alzada, por dictamen de ocho de octubre de dos mil ocho, que rola a fs. 753 vta., sin hacerse cargo de la casación, se pronunció sólo por la apelación y, revocando, absolvió a Andrés de Jesús Morales Pereira de la acusación formulada en su contra como autor del delito antes señalado y, por lo mismo, rechazó la demanda civil intentada.

A fs. 766 la abogada del Programa Continuación Ley N° 19.123 interpone recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segundo grado, invocando como fundamento el artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, es decir, atribuyendo a la sentencia el defecto que, aún cuando calificó el delito con arreglo a la ley, no impuso pena alguna al acusado, absolviéndolo, por falta de participación culpable, cometiendo de ese modo error de derecho que autoriza la interposición del presente arbitrio de nulidad en el fondo.

Estima al efecto que, al absolver al acusado por concluir que no se encontraría establecida en autos la participación del encausado en calidad de autor en el delito investigado y que la acusación fiscal le atribuye, habría vulnerado el artículo 15 N°1 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal, por lo que pide anular el respectivo fallo y dictar uno de reemplazo, que sea condenatorio.

Se trajeron los autos en relación para conocer del recurso señalado.

Con lo relacionado y considerando:

PRIMERO: Que el inciso primero del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, faculta a este tribunal para invalidar de oficio la sentencia cuando del estudio de los antecedentes aparezca que, sea durante el proceso o con motivo de la dictación del fallo, se haya cometido algún vicio que autorice la casación formal de la sentencia. Ello es lo que precisamente ocurrió en este caso, lo cual se advirtió sólo cuando el proceso se encontraba en etapa de estudio, esto es, después de su vista, por lo que no se pudo invitar al abogado que concurrió a estrados a presentar alegatos sobre ese punto.

SEGUNDO: Que, al efecto, de los antecedentes aparece que en contra de la sentencia definitiva de primer grado se dedujo, por el Fisco de Chile, sendos recursos de casación en la forma y apelación, analizando y pronunciándose sólo sobre este último,

omitiendo hacerlo respecto de la casación formal, pese a que éste fue traído en relación y el señor Fiscal Judicial emitió pronunciamiento sobre él. De esta manera, el fallo impugnado no cumple con los requisitos de forma exigidos por la ley para las resoluciones que en el ámbito de su competencia corresponda conocer, desde que en este caso sólo hay determinación parcial sobre su contenido, siendo su obligación el pronunciarse sobre todo lo propuesto, incluyendo, ciertamente, análisis y decisión jurisdiccional sobre la pretensión de nulidad formal alegada por el Fisco de Chile a través de su recurso.

TERCERO: Que el vicio que se ha detectado constituye la causal de invalidación de forma contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 500, 514 y 527, desde que, como ya se dijo, la sentencia no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley al omitir estudio y pronunciamiento sobre la antes señalada casación de forma, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene.

CUARTO: Que, teniendo presente la existencia del vicio constatado, esta Corte hará uso de la facultad que le concede el artículo 775 citado y, consecuentemente, anulará de oficio la sentencia de segundo grado para luego, separadamente y sin nueva vista, dictar la de reemplazo que corresponda.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal; 83 inciso 3°, 775 y 786 del Código de Procedimiento Civil, **se invalida de oficio** la sentencia de ocho de octubre de dos mil ocho, escrita a fs. 753 y su complemento de fs. 765, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

En atención a lo resuelto y lo que dispone el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo de lo principal de fs. 766.

Regístrese.

Redactó el ministro señor Dolmestch.

Rol N° 6855-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a tres de mayo de dos mil diez, 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.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, tres de mayo de dos mil diez.

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

VISTOS:

Se reproduce el fallo de primer grado, que es de seis de febrero de dos mil ocho y está escrito a fs. 671, con excepción de sus considerandos 1º, 9º, 10º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º y 21º, que se eliminan.

En el considerando segundo, apartado N°2, se sustituye el nombre propio “domingo” por “Domingo”.

De la sentencia de segunda instancia que se anula, se reproducen sus fundamentos 1º y 2º, relativos a las tachas opuestas por la defensa del acusado; como asimismo el motivo 3º, referido al establecimiento del hecho punible investigado.

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

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que en lo principal del escrito de fs. 692, la defensa del Fisco de Chile dedujo recurso de casación en la forma en contra del dictamen de primera instancia, el que se sostiene en el artículo 541 N° 6 del Código de Procedimiento Penal, esto es, estima que la sentencia civil habría sido pronunciada por un tribunal manifiestamente incompetente, o no integrado por los funcionarios designados por la ley. Expresa que, conforme lo dispone el inciso final del artículo 541 del código procesal citado, “cuando el recurso de casación en la forma se dirija contra la decisión civil, podrá fundarse en las causales anteriores, en cuanto le sean aplicables, y además, en algunas de las causales 4º, 6º y 7º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil”, por lo que invoca también como concurrentes las causales 7º y 4º de dicho estatuto civil, estimando que la sentencia ha incurrido en los vicios de contener decisiones contradictorias y en el haberse dado ultra petita.

SEGUNDO: Que, fundamentando su recurso, la recurrente señala que al contestar la demanda civil intentada en su contra, opuso como primera excepción la incompetencia absoluta del tribunal, que fue desestimada por el juez a quo. Expresa que el tribunal penal no es competente para conocer de la demanda civil deducida por la querellante, por disponerlo así el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido analiza, agregando que esta Corte Suprema ha acogido dicha excepción en un caso similar al de autos, declarando que el citado artículo 10 debe ser interpretado restrictivamente, de lo cual surge que la competencia de los tribunales del crimen para conocer asuntos de naturaleza civil es excepcional y, por ello, restringida. En síntesis, el juez del crimen, dice, carece de competencia para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que proceden de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad o que tengan causa de pedir ajenas al objeto del proceso penal. En consecuencia, estima que el tribunal que conoció de la demanda civil es absolutamente incompetente para conocer de ésta en contra del Fisco de Chile, configurándose de ese modo la causal de nulidad que invoca.

Alega, además, otro vicio de nulidad en relación con el contenido de algunas decisiones de la sentencia que, según su parecer, serían contradictorias, por cuanto el tribunal, antes de fijar el monto de la indemnización de perjuicios, debió resolver si la reparación por el daño moral era o no compatible con los beneficios conferidos por la ley N° 19.123. Asimismo, expresa que la sentencia habría sido dada ultra petita, puesto que la

demandante solicitó se concediera una indemnización por daño moral de trescientos millones de pesos, sólo con costas, y el fallo impugnado otorgó tal indemnización, condenando en costas a su parte y, sin haberlo solicitado la actora, ordenó que dicha cantidad fuera reajustada conforme al IPC, desde la fecha de la notificación de la demanda y su pago efectivo, más los intereses corrientes para operaciones reajustables, entre la fecha de dictación del fallo de primera instancia y su pago. Concluye, entonces, solicitando la invalidación de la sentencia y que se dicte una nueva de reemplazo en que se acoja las excepciones opuestas por su parte.

TERCERO: Que tal como lo sostiene el señor Fiscal Judicial de Chillán en su dictamen de fs. 741, es efectivo que el Consejo de Defensa del Estado ha deducido en contra de la sentencia de primer grado sendos recursos de casación en la forma y de apelación, expresando en ambos similares agravios, por lo que resulta de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio que sea sólo reparable con la invalidación del fallo, desde que ciertamente está vigente la otra vía señalada para reparar los eventuales vicios, esto es, el recurso ordinario de apelación, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 768 inciso 4° del Código de Procedimiento Civil, este tribunal desestimaré la casación de forma deducida, haciéndose cargo de las alegaciones contenidas en la apelación.

II.- En cuanto al fondo.

CUARTO: Que la defensa del acusado Andrés Morales Pereira, en su contestación de fs. 574, dedujo tacha en contra de los testigos Claudio Rafael Reyes de la Maza y Julia Elena Fernández Cisternas, por afectarles la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 460 N°s 6 y 8 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por tener enemistad con su defendido y en razón de tener interés directo o indirecto en los resultados del juicio, respectivamente, impugnaciones estas que no fueron analizadas ni resueltas por el fallo de primer grado.

QUINTO: Que las razones para rechazar las referidas tachas y que se contienen en el motivo 2° del fallo en alzada, precedentemente casada de oficio en la forma, pero reproducido expresamente en esa parte, son compartidos por esta Corte y se resolverá, por tanto, en consonancia dichas impugnaciones, rechazándolas, sin perjuicio del valor probatorio que el tribunal otorgue a sus dichos, en relación con los restantes antecedentes del proceso.

SEXTO: Que en cuanto al hecho punible, este Tribunal Supremo también ha reproducido, compartiéndolo, el motivo 3° del fallo anulado, en el cual se citan y analizan las piezas pertinentes del proceso, constitutivas de presunciones judiciales, suficientes para tener por establecido que en fecha no precisada del período comprendido entre el 11 y fines de septiembre de 1973, el abogado don Reinaldo Salvador Poseck Pedreros, a esa fecha Director del Instituto de Desarrollo Agropecuario de Chillán y Presidente Provincial del Partido Socialista, fue detenido por una patrulla militar en su domicilio particular ubicado en calle Sargento Aldea N° 628 de Chillán, trasladado al Regimiento de Infantería N°9 y, supuestamente, a la Segunda Comisaría de Carabineros de esa ciudad, ignorándose desde ese día su paradero.

SÉPTIMO: Que el hecho precedentemente descrito cabe tipificarlo como de secuestro calificado de Reinaldo Salvador Poseck Pedreros, previsto en el artículo 141 inciso 4° del Código Penal y sancionado, a la fecha de comisión de este ilícito, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

OCTAVO: Que en cuanto a la participación culpable que en estos hechos se atribuye al procesado, cabe señalar que al prestar declaración indagatoria a fs. 173, expresó que fue Oficial del Ejército desde 1965 hasta 1975, fecha en la que fue exonerado, desconociendo los motivos de su eliminación. Manifiesta que en 1971 llegó a Chillán y allí se desempeñó como Comandante de Compañía, siendo instructor de contingente. Dice que fue Oficial de Seguridad en la zona de Ñuble, no propiamente de inteligencia. A esta función se le llamaba S-2, que significaba ser Oficial de la Unidad a cargo de los planes del cuartel. Insiste en que jamás realizó labores de inteligencia. Respecto de Reinaldo Poseck, manifiesta que era un hombre público, un abogado que siempre salía en la prensa, Director Zonal del INDAP y Secretario Regional del Partido Socialista, pero él no lo conoció personalmente. Ignora si en la zona existían servicios encargados de la detención de personas del Partido Socialista. Dice que no ha participado en alguna Brigada, pero sí en detenciones por toque de queda y otras ordenadas por la Fiscalía Militar. El controlaba el toque de queda. No detuvo al Sr. Poseck, lo conoció cuando éste llegó a la Unidad, detenido, entre el 27 y el 28 de septiembre de 1973 y que el 29 de ese mes apareció en el Diario La Discusión una entrevista al Coronel Juan Toro Dávila, Intendente, Jefe de la Zona en Estado de Sitio y Comandante de la Guarnición en donde manifiesta que el Sr. Poseck había sido detenido por activista político. Agrega que al llegar él a la Guarnición, estaba el Sr. Poseck, quien había sido detenido por el Subteniente Depix y por Sótero Ramírez, y el Coronel Toro ordenó su traslado a la Segunda Comisaría de Chillán, hasta donde él lo llevó, entregándolo en el cuerpo de guardia de Carabineros, a cargo del Oficial Patricio Jeldres Rodríguez. Cumplido lo anterior, se retiró a su Unidad sin haber sabido más de Poseck, hasta que después fue vox populi que ese ciudadano tenía calidad de desaparecido, lo que ocurrió al mes siguiente más o menos. Agrega que, de una u otra manera, todos los Oficiales participamos en detenciones, dispuestas por la Fiscalía Militar; obviamente, si la Fiscalía ordenaba se hacían allanamientos, detenciones, interrogatorios, pero no inhumaciones. Ignora lo relativo al organismo llamado CIRE. No trabajó con Márquez Riquelme, a quien dice haber conocido como un carabinero que después fue muerto en una emboscada. Dice que no trabajó con detectives, pues tenía funciones de inteligencia militar y no políticas. No tenía personal a su cargo. Los vehículos usados eran de la Unidad, pero se usaban vehículos civiles requisados para controlar el toque de queda. Manifiesta que el Coronel Toro dio la orden de detener a Poseck, que partió por un llamado anónimo a la Guardia del Regimiento, el 27 de septiembre de 1973. Dice que no es cierto que haya estado a cargo de los detenidos, ni haya tratado a sus familiares en Chillán. Poseck ingresó detenido a la guardia del Regimiento en horas de la tarde, antes de las 18:00 hrs.; y a las 18:30 hrs., lo llevó a Carabineros, a la Segunda Comisaría, por lo que Poseck no estuvo más de dos horas en el Regimiento y no se le interrogó ni torturó. Ignora lo relativo al paro cardíaco y la atención en el Hospital. No sabe si los restos de Poseck quedaron en Quilmo, aún cuando en ese lugar, según lo que sabe, no había detenidos. Por el Coronel Ramos supo que Poseck falleció de un paro cardíaco e insiste en que ignora donde puedan estar los restos de Poseck.

NOVENO: Que, como puede verse, el inculpado niega su participación y responsabilidad en el delito de secuestro calificado que se investiga, pero para convencerlo de lo contrario, rolan en autos los antecedentes que más adelante se señalan y que

constituyen presunciones judiciales suficientes para establecer su participación de autor en el secuestro de Reinaldo Poseck Pedreros, por haber actuado de una manera inmediata y directa en su comisión, en los términos que dispone el artículo 15 N°1 del Código Penal. Los referidos antecedentes son:

a) En primer lugar, el contenido de sus propios dichos, en cuanto reconoce haber sacado al Sr. Poseck del Regimiento para llevarlo a la Comisaría, por lo que, de acuerdo al mérito de autos, fue la última persona que habría estado con él, desde que no se ha acreditado que efectivamente lo entregó a Carabineros:

b) Declaración de don José Domingo Antonio Ramos Albornoz, Coronel de Ejército ®, cuñado del desaparecido Poseck Pedreros, quien a fs. 104 vta. afirma que Morales fue en dos ocasiones a su casa para decirle que tenía antecedentes sobre el destino de su cuñado, pero solicitándole dinero por tal información. Estas dos visitas fueron reconocidas por el inculpado Morales en el careo de fojas 322.

c) Testimonio de doña Julia Elena Fernández Cisterna, quien a fs. 83 afirma que para septiembre de 1973 y siendo funcionaria del Servicio Agrícola y Ganadero de Chillán había sido destinada en comisión de servicio en la Intendencia de Ñuble. Que para el 11 del citado mes se le detuvo, quedando con arresto domiciliario en su casa habitación, hasta donde a distintas horas llegaba el Teniente Morales para, decía, controlar el cumplimiento del arresto. En una de esas oportunidades, dice la declarante, llegó a mi casa muy alterado, se abrazó de mí, diciéndome “que el Mayor Arellano se iba a enojar conmigo, ya que Poseck se me fue sin que hablara”, dando a entender que se le había pasado la mano con la corriente y había muerto en un paro cardíaco y agregaba “qué sabía yo que era enfermo del corazón”.

d) Declaración de don Claudio Rafael Reyes de la Maza, estudiante de agronomía a la fecha, quien señala que el 30 de septiembre de 1973 fue detenido por una patrulla militar al mando del Teniente Depix. Allí fue interrogado, golpeado y víctima de simulacros de fusilamiento. Agrega que, al estar incomunicado, probablemente al día siguiente, ingresaron a la sala donde él estaba, a don Reinaldo Poseck, el que estaba muy agitado y con quien conversó unos diez minutos, pues lo sacaron del lugar por quien se decía era el jefe del Servicio de Inteligencia Militar, que le parece era el Capitán Morales.

e) Dichos de doña Raquel del Carmen Valdés Villablanca, quien afirma a fojas 91 que ella se encontraba viendo a un amigo en el Regimiento de Infantería de Chillán, cuando pudo apreciar de costado al Sr. Poseck, mientras los detenidos esperaban ser interrogados por el Teniente Morales.

f) Atestados de don Rodolfo Alejandro Depix Díaz, quien refiere a fs. 210 que entre septiembre de 1971 a diciembre de 1973 prestó servicios como Subteniente en el Regimiento de Infantería N°9 de Chillán y que, a esa época, sí conoció al Capitán Morales, el que era Oficial de Seguridad del Regimiento, pero que nunca estuvo bajo su mando directo.

g) Declaración de Sótero Raúl Ramírez Fredes, también Subteniente de la época, sostiene que el Capitán Andrés Morales Pereira era Oficial de Seguridad del Regimiento, sin que haya tenido mando directo sobre él.

h) Declaración de Patricio Enrique Jeldres Rodríguez de fojas 121, Teniente de Carabineros a la época y a quien, según Morales, le fue entregado el detenido Poseck.

Expresa que si fuera efectivo que el Ejército lo detuvo, no podría haber sido puesto a disposición de Carabineros, por lo que no recuerda nada sobre el hecho, pese a que Poseck era una persona muy conocida en la comunidad y con quien él jamás tuvo trato. A fojas 325 vuelta, en el careo con Morales, expresa claramente .que no recibió a Poseck, porque después del 11 de septiembre los Tenientes no hacían guardia; además que si alguien era requerido por bando militar, debieron detenerlo ellos, pues cuando Carabineros los detenía, se confeccionaba un parte y se los iba a entregar al regimiento.

i) Mérito del informe policial N° 526, por el que el Departamento V de Asuntos Internos da cuenta al tribunal de la orden simple de investigar relativa al secuestro de Poseck Pedreros, en la que se concluye que entre las declaraciones de Morales Pereira y los demás entrevistados existen varias contradicciones, infiriendo de ellos que “en atención a la suma de todos los antecedentes obtenidos en esta investigación y los ya existentes en la causa sustanciada por SS., en cuyos hechos se encuentra directamente involucrado el ex militar Andrés Morales Pereira”, quien podría “conocer mayores antecedentes acerca del destino final del detenido desaparecido Reinaldo Poseck Pedreros.

DÉCIMO: Que, como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, como ocurre en este caso, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con corolarios que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya ejercida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 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 haga 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. Ello explica que en todas las legislaciones se contemplan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

No obstante 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 plena impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una motivación dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala 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 código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia 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).

UNDÉCIMO: Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una “cuestión obligada” dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

DUODÉCIMO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra 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 lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. Por consiguiente, no se divisa antecedente que permita concluir de jure que el Estado, como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la mitigante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 879-08; 2.422-08.

DÉCIMO TERCERO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal consagrada en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en la situación que se estudia concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

DÉCIMO CUARTO: Que, en lo pertinente, es útil recordar el tenor del artículo 103: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que

se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”

Ahora bien, en el suceso sub lite, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que describe el ilícito de secuestro calificado, cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

DÉCIMO QUINTO: Que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes, cuyo es el caso, -en diez años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, por ende, para los efectos previstos en el artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción, por lo que éste es de cinco años.

DÉCIMO SEXTO: Que en este orden de ideas, está claro que en el procedimiento tendiente a la investigación del secuestro en estudio, con fecha 31 de marzo de 2003 se presentó querrela criminal contra quienes resulten responsables, mientras que el 08 de septiembre del mismo año 2003 se dictó auto de procesamiento contra el inculcado, por lo que habiéndose producido la desaparición de la víctima en un día no determinado de septiembre de 1973, y desde allí, más el plazo máximo de retención o encierro -noventa días- ha de estimarse como fecha de comisión del delito durante el mes de diciembre del señalado año 1973, por lo que, entre ambas fechas, cualquiera sea la que se considere para entender que la investigación se dirigió en contra del responsable, el plazo de la prescripción gradual está sobradamente cumplido y corresponde, entonces, reconocer al acusado la ya referida atenuante especial contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, para la aplicación definitiva de la sanción penal que corresponde al encausado de autos, han de considerarse las siguientes circunstancias:

a.- Que la pena asignada al delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso 4° del Código Penal, a la fecha de ocurrencia de los hechos, era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, entre cinco años y un día y veinte.

b.- Que al acusado Andrés Morales Pereira le favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, conforme aparece de su extracto de filiación y antecedentes de fojas 387, en el que no registra anotaciones anteriores.

c.- Que el grado de participación del acusado en el delito de autos es el de autor, por lo que, en tales condiciones y concurriendo la circunstancia atenuante calificada de la prescripción gradual, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en un grado, partiendo por la más baja, por lo cual ésta queda en presidio menor en su grado máximo.

DÉCIMO OCTAVO: Que con lo antes razonado, esta Corte se ha hecho cargo de lo dictaminado por el Ministerio Público Judicial a fs. 741, compartiendo su convicción de que la sentencia en alzada ha de confirmarse, pero disintiendo sólo en el cuántum de la pena asignada al acusado.

En cuanto a la acción civil

DÉCIMO NOVENO: Que, en cuanto a la acción civil deducida en autos por el Fisco de Chile, el Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda, opuso en primer lugar, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria dirigida en su contra, argumentando que la acción civil es de exclusiva competencia del juez de letras en lo civil correspondiente.

VIGÉSIMO: Que la defensa fiscal arguye que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil por parte de un juez del crimen son los especificados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo éste de competencia para conocer de las acciones civiles de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que es así como la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: “Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma trascrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo compendio, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: “La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá

interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

VIGÉSIMO CUARTO: Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal con arreglo al artículo 10 del Código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, motivo suficiente para rechazar la pretensión civil, omitiéndose pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por los intervinientes, por improcedente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en 514, 527 y 529 Código de Procedimiento Penal, **se declara que:**

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de su presentación de fs. 682 por la abogada doña Jimena Alcántara Olivares, en representación del Consejo de Defensa del Estado.

II.- Se confirma la sentencia apelada de seis de febrero de dos mil ocho, escrita a fs. 671 y siguientes, con declaración de que Andrés de Jesús Morales Pereira queda condenado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, por su participación de autor en el delito de secuestro calificado de Reinaldo Salvador Poseck Pedreros, cometido en Chillán en fecha no determinada -entre 11 y 30- de septiembre de 1973.

Atendida la sanción penal impuesta al condenado Morales Pereira y reuniéndose en la especie los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se le concede el beneficio de libertad vigilada, por lo que deberá permanecer sujeto a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que designe Gendarmería de Chile, por el mismo tiempo de su condena, y cumplir, además, las otras exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma ley. Si tal beneficio le fuere revocado, la pena impuesta se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de este proceso, según se consigna en el fallo que se revisa.

III.- Se revoca el referido fallo en cuanto acoge la acción civil deducida en el primer otrosí de fs. 538, por los abogados don Tirso Ernesto Figueroa Guerra y don Juan Pablo Lagos Cárdenas, en representación de la querellante, declarándose en su lugar que **se acoge** la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción civil deducida en su contra, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento alguno respecto al fondo del asunto, debiendo los interesados ocurrir al tribunal civil correspondiente para deducir su demanda.

Acordada la condena penal del acusado contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia y, en su reemplazo, absolver al acusado, acogiendo la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por la respectiva defensa. Para así decidirlo, tienen en consideración lo siguiente:

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 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 de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la

detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

5.- 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).

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, 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.

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

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 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.

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 es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenía vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha 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 esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes

contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio; Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones

económicas en los tratados de paz que suscriban. (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

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

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Mauriz, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en esa parte y en su reemplazo, respecto del Fisco de Chile, rechazar la excepción de incompetencia absoluta alegada, declarando que el tribunal en lo penal sí es competente para conocer de la acción civil deducida y analizar y pronunciarse sobre las demás excepciones opuestas a la demanda.

Para decidir del modo antes señalado, tuvieron en consideración las razones que más adelante se señalan:

Primero: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal –de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

Segundo: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

Tercero: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como

algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Cuarto: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Quinto: Que, a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en concepto de los disidentes, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito y de declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Sexto: Que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta procedente acoger la demanda deducida en contra del Fisco de Chile.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Mauriz en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada media prescripción y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, porque dada la naturaleza del delito que en el proceso ha quedado establecido -de consumación permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. La disposición citada 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 adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura o se mantiene hasta que no se produce determinado evento, tal precisión temporal es imposible.

En consecuencia, para la determinación de la pena que corresponde imponer al encausado sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11 N° 6° del cuerpo legal

citado, sin que concurran otras modificatorias de responsabilidad penal; por tanto, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada sin modificaciones.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar al encausado –por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quántum de la pena que deberá imponerse al enjuiciado, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció al procesado el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlo, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría por el quántum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Mauriz estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de sí reconocer tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantiene su decisión de absolverlos por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch mantuvieron su postura relativa a la aceptación de la circunstancia atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Punitivo y los ministros señores Rodríguez y Mauriz, su posición de rechazar esta última circunstancia. En tal evento, el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia; por ende, no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable al procesado, de manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolo como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Cumplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.
Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Rol N° 6855-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

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

En Santiago, a tres de mayo de dos mil diez, 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.