

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil nueve.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 28.291, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Pitrufquén, por resolución de treinta de octubre de dos mil ocho, que rola de fojas 358 a 378, correspondientes al Tomo II de estos antecedentes, se condenó a Eudocio Díaz Ibacache y a Edgardo Saturnino López Cofré, a sufrir cada uno las penas únicas temporales de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, así como las accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, todo por sus responsabilidades que en calidad de autores les correspondió en los delitos de **secuestro calificado de Osvaldo Segundo Barriga Gutiérrez y Hernán Eusebio Catalán Escobar**, previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal, perpetrados a partir del mes de noviembre de 1975, en el sector Las Quemadas de la comuna de Pitrufquén; sin que se les concediera a los convictos ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

Recurrido de casación en la forma y de apelación dicho veredicto únicamente por la defensa del enjuiciado Díaz Ibacache por intermedio de su presentación de fojas 381, toda vez que el interpuesto por el representante del López Cofré fue declarado inadmisibile por extemporáneo, como consta de fojas 396, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 399, la Corte de Apelaciones de Temuco, por dictamen de veinticuatro de marzo de dos mil nueve, que corre a fojas 407, procedió a rechazar el recurso de casación en la forma por carecer de peticiones concretas y confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado el referido veredicto.

Contra este pronunciamiento, las defensas de los dos encausados interpusieron sendos recursos de casación en el fondo, en lo principal de sus presentaciones de fojas 410 y 417, asilados en el literal 1° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal.

A fojas 428, se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, como ya se anticipó, en lo principal de las presentaciones de fojas 410 y 417, las defensas de los encausados Díaz y López interpusieron sus respectivos recursos de casación en el fondo, sustentados ambos, exclusivamente en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, impuso a los sentenciados una pena más grave que la designada en la ley, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que les ha cabido a los condenados en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena; denunciando como normas infringidas los artículos 68 y 103, ambos del Código Penal; y en el primer libelo, además, la del artículo 214 del Código de Justicia Militar.

**SEGUNDO:** Que el defecto reclamado se produjo en el parecer de los recurrentes porque los jueces de alzada al compartir en general el dictamen emitido por el a quo, desestimaron la concurrencia de la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, que ordena que en aquellos casos en que el inculpado se presentare o fuese 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 estos efectos, 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 y 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya aplicada.

**TERCERO:** Que, más adelante, manifiestan los recurrentes que al no darse aplicación a la causal de extinción de la responsabilidad criminal consistente en la prescripción de la acción penal, el tribunal cometió error de derecho por abstención, al no considerar ese hecho como revestido de la mitigante calificada citada, la que en cambio no fue considerada, toda vez que se aprecia del veredicto impugnado que se omitió pronunciamiento respecto de la media prescripción.

Se destaca asimismo, que la minorante reclamada es independiente y diversa de la causal de extinción de la responsabilidad criminal consistente en la prescripción de la acción penal, dado que sus características, fines y efectos son diferentes. Aquélla busca la impunidad del hecho; la otra en cambio, permite igualmente imponer una sanción, pero menor, merced a lo insensato de determinar un castigo alto por sucesos acaecidos largo tiempo atrás, pero que igualmente deben ser reprimidos. El fundamento de la primera descansa en el supuesto olvido del delito y la necesidad de no sancionarlo, la que ha sido considerada en anteriores fallos de esta Corte Suprema, como el de veintisiete de diciembre de dos mil siete, en los autos N° 3587-05, en vinculación con el Derecho Penal Internacional Humanitario, precisamente en el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se justifica la disminución de la pena.

**CUARTO:** Que para terminar, se expresa por los oponentes que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al no aplicar dicho precepto, no consideraron los jueces del fondo la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas al momento de regular la pena, minorante que sumada a la de sus irreprochables conductas anteriores debidamente calificadas y que le fuera reconocida en el mismo veredicto, y la ausencia de agravantes que les perjudiquen, permitía la rebaja del castigo hasta en dos tramos según el primer recurso, pudiendo llegar a presidio menor en su grado medio, y dada la reiteración, subir en un tramo para obtener en definitiva la de presidio menor en su grado máximo; y en el caso del segundo libelo, la rebaja la estima posible en tres grados, y que considerando la reiteración, quedaba en presidio menor en su grado medio, que son los castigos que solicitan aplicar, otorgando alguna de las franquicias alternativas al cumplimiento efectivo de la pena que contempla la Ley N° 18.216, previo acoger los recursos intentados, y anular la sentencia impugnada dictando otro de reemplazo que fije las sanciones ya referidas.

**QUINTO:** Que, en cuanto al aludido reproche, por lo pronto conviene precisar que el pronunciamiento del ad quem, a cuyo respecto se dirigen las críticas reseñadas en los basamentos anteriores, confirmó en lo apelado y aprobó en lo consultado el dictado por el a quo; y la única defensa que solicitó expresamente la concurrencia de la referida minorante de la media prescripción fue la de Díaz Ibacache conforme aparece de su contestación que rola a fojas 292 y siguientes; en circunstancias que la de López Cofré no la alegó en su defensa contenida en su escrito de fojas 286 y siguientes, en tanto que su posterior recurso de apelación aparece declarado inadmisibile, por extemporáneo, según resolución firme de fojas 396.

**SEXTO:** Que, se tiene presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo prevenido en el artículo 535 del de Instrucción Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

**SÉPTIMO:** Que, la anomalía denunciada y comprobada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiendo este tribunal que la sentencia

en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

**OCTAVO:** Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 4° exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, comprendan “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número 5, con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.”.

**NOVENO:** Que el vicio se produce en relación a la alegación efectuada al momento de contestar la acusación judicial la defensa del acusado Díaz Ibacache en su escrito de fojas 292, en donde solicitó entre otros aspectos que se considerara la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en particular, la contenida en el artículo 103 del Código Penal, denominada “media prescripción”. A su respecto, el veredicto de primera instancia destinó el motivo décimo tercero para resolver aquella petición, expresando que: “...*tampoco se accederá a estimar prescrita la acción penal ni se dará aplicación al artículo 103 del Código Penal ...de acuerdo a lo expuesto en el motivo noveno precedente....*”, y en ese último se analizó, entre otras materias, la procedencia de la prescripción de la acción penal, alegada como defensa de fondo por la misma defensa, la que fue rechazada por concluirse la imprescriptibilidad de los crímenes de secuestro calificado perpetrados por agentes del estado, al constituir crímenes de lesa humanidad. Finalmente, el fallo de segundo grado se limitó a confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado, el fallo dictado por el a quo en todas sus partes.

**DÉCIMO:** Que de esta forma el tribunal de segundo grado al reproducir el fallo del a quo en todas sus partes, hizo suyo el mismo fundamento para rechazar la procedencia de la media prescripción, esto es, haciendo referencia a aquellas consideraciones tenidas en cuenta al resolver una causal de extinción de la responsabilidad penal, sin tomar en consideración las diferencias existentes entre la institución de la prescripción de la acción penal y la circunstancia atenuante del artículo 103 del texto penal dejando en la práctica sin argumentos o motivaciones el veredicto de alzada, al remitirse a razonamientos que nada tienen que ver con lo solicitado, por lo que aparece de manifiesto que se extienden a una materia totalmente diversa, de forma tal que no puede comprenderse de su lectura los motivos por los cuales negó lugar a aplicar el artículo 103 del texto penal respecto de uno de los acusados de autos.

**UNDÉCIMO:** Que lo anterior significó dejar sin fundamentos la decisión adoptada por los jueces de segundo grado en orden a denegar la media prescripción alegada por la defensa de uno de los enjuiciados; afectando también los derechos del otro imputado, ya que pese a que no fue solicitada expresamente por éste, dado los términos en que está redactado el artículo 102 del Código Penal, obligaban de todas formas al tribunal a verificar su procedencia incluso de oficio; por lo que la decisión de aquellos jueces que se limitaron a repetir los elementos de cargo que contribuyeron a formar la convicción del juez de primer grado, en circunstancias que éstos constituían la respuesta a otra alegación formulada por una de las defensas, significó dejar el fallo desprovisto de todo raciocinio respecto de la materia propuesta.

**DUODÉCIMO:** Que, la señalada omisión constituye un defecto que configura la causal de nulidad contemplada en el ordinal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento

Penal, desde que ello significa la falta de uno de los requisitos de la sentencia de acuerdo a lo estipulado en el artículo 500 números 4° y 5° de ese mismo cuerpo normativo, razón por la cual esta Corte procederá de oficio a anular el fallo recurrido, sin perjuicio de lo que se resolverá en la sentencia de reemplazo que se dictará a continuación del presente; y de conformidad a lo previsto en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disponer así el artículo 535 de su homónimo de procedimiento penal, no será necesario emitir pronunciamiento, por inoficioso e innecesario, respecto de los recursos de casación en el fondo, deducidos por las defensas de los dos enjuiciados, sin perjuicio que, bajo otra motivación, persiguen, entre otro, el mismo cuestionamiento en relación a la decisión de los jueces del fondo de rechazar la circunstancia contenida en el artículo 103 del Código Penal.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 500 núms. 4° y 5°, 535, 541 núm. 9° y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 y 808 del Código de Procedimiento Civil, SE ANULA DE OFICIO la sentencia de segunda instancia fechada en la ciudad de Temuco el veinticuatro de marzo de dos mil nueve, escrita a fs. 407, la que es nula, y se la reemplaza por la que se pronuncia a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el **voto** en contra del **Ministro Sr. Rodríguez**, quien estuvo por no proceder de oficio a la invalidación del fallo impugnado y entrar a conocer de los recursos de casación en el fondo intentados, pues aún cuando concurre el vicio en que se funda la anulación, este defecto carece de influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, en virtud de la prevención que acerca de la improcedencia de la atenuante de la prescripción gradual expresará en la sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N° 2.476-09.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Benito Mauriz A. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, 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 veintiocho de octubre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

## SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiocho de octubre de dos mil nueve.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

### VISTOS:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción, en su motivo undécimo, de su parte final, la que se inicia con la expresión “En cambio” hasta el punto aparte; en el décimo tercero, la frase: “ni se dará aplicación al artículo 103 del Código Penal,” así como su párrafo final, que comienza a partir de las palabras cambio” hasta el punto aparte; y el motivo décimo cuarto, los que se eliminan.

Se reproducen las motivaciones del veredicto de casación que preceden.

### EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN

#### EN LA FORMA DE LO PRINCIPAL DE FOJAS 381:

Por aparecer del libelo de interposición del recurso, que se solicita la invalidación de la sentencia de primera instancia y que se dicte una “nueva sentencia conforme a la ley y al mérito del proceso”, sin precisar en qué sentido se pretende sea pronunciado dicho veredicto de reemplazo, este Tribunal queda impedido de resolver sobre la cuestión controvertida, lo que evidentemente afecta el carácter de derecho estricto que reviste el medio de impugnación ejercido por el compareciente, **se declara inadmisibles**, por carecer de peticiones concretas, el recurso de casación en la forma deducido por el abogado don Mauricio Unda Merino, en representación del condenado Eudocio Díaz Ibacache, que rola en lo principal de fojas 381 y siguientes, dirigido en contra de la sentencia de fecha de treinta de octubre de dos mil ocho, escrita a fojas 358 y siguientes de estos autos.

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

**PRIMERO:** Que como ha quedado claramente establecido en el edicto de primer grado que se revisa, los dos acusados resultan ser responsables, en calidad de autores, de dos delitos de secuestro calificado, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal, perpetrados a partir del mes de noviembre de 1975, en las personas de Osvaldo Segundo Barriga Gutiérrez y Hernán Eusebio Catalán Escobar, cometidos en el sector Las Quemadas de la comuna de Pitrufquén, sin que desde la fecha indicada se tengan noticias de sus paraderos o muertes, por lo que los efectos del mismo se mantienen en el tiempo.

**SEGUNDO:** Que, la defensa de Díaz Ibacache solicitó expresamente que se considerara a su respecto la minorante de la media prescripción, a su turno la defensa de López Cofré no la invocó en su favor, a pesar que ambos alegaron, separadamente, la de la prescripción de la acción penal. Dicha circunstancia atenuante aparece contemplada en el artículo 103 del Código Penal, se la denomina también media prescripción y prescripción gradual, en razón de requerir del transcurso del tiempo por un lapso mayor al de la mitad del exigido para la prescripción total entre la data de comisión del delito y la de aquella en que el procedimiento se dirigió en su contra, la que en todo caso, fuera invocada o no, su concurrencia ha debido ser considerada por el tribunal, acogida o rechazada, de lo cual no se hizo referencia alguna a su eventual

procedencia, toda vez que el artículo 102 del mismo código, obligaba al tribunal a pronunciarse respecto de ella de oficio, con tal que se hallen presentes en el juicio.

**TERCERO:** Que si bien esta institución jurídica se basa, al igual que la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción de la acción del mismo carácter, en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, es necesario diferenciarlas en atención a su objeto, porque en lo sustancial, la prescripción de la acción penal pone fin a la responsabilidad criminal del procesado, provocando su impunidad, mientras que la media o gradual sólo tiende a aminorar la pena aplicable haciéndose efectiva su responsabilidad.

**CUARTO:** Que, en el presente caso, el fallo de primer grado que se revisa, reflexiona y decide acertadamente que por las características y naturaleza de los delitos investigados – llamados de lesa humanidad- y por aplicación de las normas respectivas del Derecho Internacional son imprescriptibles, lo que significa que la ley penal que deriva de estos hechos no se extingue por el transcurso del tiempo, con lo que resulta posible perseguir la responsabilidad de sus actores. Por ello, tal defensa fue desestimada en primera instancia, criterio que este tribunal ha hecho suyo al reproducir las pertinentes consideraciones.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la media prescripción que, como se dijo, no trae como consecuencia la impunidad, sino que permite el juzgamiento y la sanción penal, aunque disminuida.

**QUINTO:** Que de tal forma es pertinente determinar si en el caso sublite -afecto a la imprescriptibilidad- resulta o no menester aplicar el artículo 103 de la recopilación sancionatoria, cuyo contenido se denomina “media prescripción” o “prescripción gradual”, la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere para su ejercicio, y por disposición de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo ordenamiento, a los que se reenvía, faculta al juzgador para bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos preceptos del orden punitivo le permiten.

**SEXTO:** Que sobre este tema se tiene presente 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 Penal, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en opúsculo del profesor de Derecho Penal, José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002, páginas, 103 y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr. Actas, 497), la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso.

**SÉPTIMO:** Que en este mismo orden de ideas la doctrina se halla conteste en la flexibilidad que observa nuestro Código Penal, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1848-50, inspirado éste -como expresa el catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004, tomo I, páginas, 102 y siguientes- en el eclecticismo de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro cuerpo legal represivo y que ha permitido que en él encuentren lugar diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º, lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, ductilidad que permite culminar en los elevados

presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; y, por otro lado, nuestro país, según los Convenios suscritos, y por aplicación del Derecho sancionatorio internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla- ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría consecuencias y efectos restrictivos severos para el fin de la Justicia, más aún entendiendo que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad criminal.

**OCTAVO:** Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en el 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 1874 encontrándose el juzgador, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, 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, hubiese renunciado o tuviese que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Por lo demás, 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. 6.188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; y 559-04.

**NOVENO:** Que del estudio de la “prescripción” o “prescripción completa” y de la “media prescripción”, conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta claramente que ambas instituciones comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, el V del Libro I que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”, como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en la sucesión o continuación del tiempo.

**DÉCIMO:** Que, sin embargo, conviene advertir que ambos institutos, más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambos del transcurso del tiempo, avanzan cada uno en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos -extinción y no extinción de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” el fin de la responsabilidad penal, vale decir, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de dicha responsabilidad penal, afincándose estrictamente en la atenuación de la pena. Así entonces, la “prescripción completa” adquiere identidad con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “la media prescripción” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto

atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código represivo, y también en otras reglas, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o el 456.

**UNDÉCIMO:** Que el hecho que la institución de la “*media prescripción*” se ubique en el Título V., del Libro I., del texto de penas, dedicado éste a la “extinción de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de atenuación, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicho fin, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su tenor, persigue sólo modificar, concretamente mitigar, no extinguir. Esta situación no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, por ejemplo, que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la interpretación en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código en comento, en tanto este los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen atentados en contra de la vida humana dependiente, debiendo separarse de otros tipos criminales disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten el mismo origen. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto de las figuras típicas comprendidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son bienes jurídicos tutelados, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, la vida humana; la salud individual o la integridad física; y, el honor, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, disipar aquellas aparentes confusiones, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia.

**DUODÉCIMO:** Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, titulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como 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, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.



**DÉCIMO TERCERO:** Que, como se encuentra establecido, la calificación de los dos delitos de autos, corresponde a las figuras que contempla el artículo 141 del Código Penal al momento de ocurrencia de los hechos, y que pertenece a las figuras de secuestro calificado, evento éste que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la morigerante consistente en la media prescripción que registra el artículo 103 del mismo estatuto citado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que para la aplicación de la media prescripción, es preciso dejar constancia que el delito de secuestro calificado corresponde a la categoría de delitos de consumación permanente, que lo deja acotado al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, en donde el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero su duración dependerá de la voluntad del hechor. El profesor Enrique Cury Urzúa, en su “Derecho Penal. Parte General. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2.005., pág. 801., y con motivo de ocuparse de los plazos de prescripción del delito y su cómputo, anota: “en los permanentes, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad.”, criterios ambos, como se advierte, que se construyen en base *de* requisitos copulativos, convergentes con la apreciación de estos sentenciadores, todo lo cual resalta así entonces, que, el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre.

**DÉCIMO QUINTO:** Que estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en la litis, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, que trajo por consecuencia el derrocamiento del gobierno de la época y la asunción de facto al poder por las Fuerzas Armadas y de Orden, a cuyos efectos se invocó y declaró el “estado o tiempo de guerra”- como se ha recogido anteriormente, de manera tal que, la afectación o conculcación de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas sobre la que inciden los hechos sublite, lleva necesariamente a estos sentenciadores, a examinar si a la fecha está acreditado que exista ejercicio de voluntad sobre los encierros o detenciones, alcanzando de ello -es decir, del mérito del juicio- convicción que no resulta posible así asumirlo en términos de certeza jurídica – entre otros, en los límites del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, de donde se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuricidad, en el caso particular de autos, no ha operado o podido operar más allá del 1 de febrero de 1986, data ésta en que el entonces cabo de Carabineros Eudocio Díaz Ibacache, se le concedió el retiro absoluto de esa institución, conforme aparece de fojas 268; y respecto del cabo 2º de Carabineros Edgardo Saturnino López Cofré, por igual situación acaecida a partir del 16 de mayo de 1995, conforme se desprende del oficio de fojas 46, cesando por consiguiente y en dichas categorías y alcances sus actividades institucionales, que en su momento y como aparece probado, les determinó esencialmente en estos hechos. Es necesario tener también presente, que a la época actual han transcurrido más de treinta y cuatro años contados desde la comisión de los ilícitos, como asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la normalidad democrática-republicana. Así, y retornando a la fecha en que a los reos se le concede el retiro absoluto de Carabineros de Chile, se considerará ésta como de inicio de cómputo de la media prescripción.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, en este acápite angular del raciocinio, y para su más caracterizado y cabal desarrollo, los sentenciadores no pueden sustraerse de la calificación que

de la participación criminal se atribuye a los acusados Díaz Ibacache y López Cofré, delimitadas en la de autores directos e inmediatos, acorde lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código de punición, y que como se ha dicho, es en este específico y acotado contexto fáctico en que ocurrieron los dos secuestros calificados objeto del presente juicio criminal, lo que importó la muy grave o delictiva conculcación disvalorativa de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas, sin que se hubiere tenido ulterior noticia de la suerte corrida por las mismas, todo lo cual lleva a la condena de los encausados.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, visto el fenómeno desde otro ángulo, también insoslayable para el sentenciador, es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses del año mil novecientos noventa, luego de elecciones libres en que se pronunció la ciudadanía, bajo el régimen de separación y autonomía de los poderes del Estado, en el orden de independencia que establece la Constitución Política, sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiere mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como lo son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal en lo que dice relación con los condenados, toda vez que, desde el inicio del retorno democrático republicano, a la fecha de las denuncias o querellas, y luego, de la dictación de los autos de procesamiento de los condenados, han transcurrido con creces, más de los cinco años requeridos para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103 del Código Penal.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, cabe tener presente que, la figura de secuestro calificado se sostiene en lo particular en razón de no haberse acreditado que las víctimas hubieren sido ultimadas o muertas, sin que tampoco existiere colaboración en tal sentido, por parte de los condenados.

**DÉCIMO NOVENO:** Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el mes de noviembre de mil novecientos setenta y cinco -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, data en que la Magdalena Emilia Stepke Muñoz y otros presentaron querrela criminal, la que rola a fojas 2 y siguientes; o desde el treinta y uno de agosto de dos mil seis, la que aparece a fojas 10, en la que se despachó la correspondiente orden de investigar estos antecedentes, o al veintisiete de abril de dos mil siete, fecha en la que se sometió a proceso a Díaz Ibacache y a López Cofré, respectivamente, según consta de fojas 174 a 175, arroja en todo caso un decurso superior a los veinticuatro años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, en el presente caso, de cinco años. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal de cinco años si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990.

**VIGÉSIMO:** Que, lo anterior, acorde lo estatuyen los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal, considerando que, según el segundo, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina “demás crímenes”, prescribe en diez años, toda vez que la pena asignada al delito estudiado es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, lo que exige, a los efectos de la ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un lapso de cinco años.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, además, favorece a ambos encausados la minorante consistente en sus irreprochables conductas anteriores, conforme consta de sus extractos de filiación y antecedentes que rolan a fojas 253 y 256, en los que no se registran anotaciones penales anteriores al presente hecho, circunstancia que no se les calificará en los términos que establece el artículo 68 del Código Penal, por no ser esta la única mitigante concurrente, y respecto de la concesión de beneficios alternativos contenidos en la Ley N° 18.216, se estará a lo que se determinará en la parte resolutive de esta sentencia.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, por ser los acusados reiterantes en dos crímenes de la misma especie, como lo son los secuestrados calificados de otras tantas personas, es menester precisar si debe castigársele separadamente por cada uno de los injustos de que resulta responsable o con arreglo al sistema de la acumulación jurídica de las penas.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que a juicio de los sentenciadores les resulta una condena menor con el método consagrado en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Instrucción Criminal, esto es, aplicando el castigo asignado al ilícito que considerado aisladamente, con las circunstancias del caso le corresponda una pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según sea el número de los delitos.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que en la especie debe tomarse como base cualquiera de los secuestrados calificados, que a la época de su perpetración –noviembre de mil novecientos setenta y cinco- el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal le asignaba el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados y que en cada caso es preciso rebajar en dos tramos desde el mínimo, merced a las atenuantes de sus irreprochables conductas pasadas reconocidas en el presente fallo, y además, de la prescripción gradual o media prescripción que concurren en favor de ambos encausados y la ausencia de agravantes, con lo que se llega a presidio menor en su grado medio y con el aumento en un tramo, en razón de la reiteración, se obtiene la sanción principal única de presidio menor en su grado máximo a determinar en definitiva por los dos injustos que se les reprochan.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que de lo expresado en las consideraciones precedentes, se disiente parcialmente de lo informado y concluido por la señora Fiscal Judicial en su informe de fojas 399, con las excepciones de que se da cuenta en el presente fallo y por los motivos que en él se consignan y razonan.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 29, 47, 76 del Código Penal y 509, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** en lo apelado y se **APRUEBA** en lo consultado la sentencia de treinta de octubre de dos mil ocho, escrita de fojas 358 a 378, **con declaración** que se sustituyen las penas únicas y accesorias impuestas a **EUDOCIO DÍAZ IBACACHE** y a **EDGARDO SATURNINO LÓPEZ COFRÉ** por las de **cinco años** de presidio menor en su grado máximo para cada uno de ellos, así como las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a satisfacer las costas de la causa, dadas sus responsabilidades que en calidad de autores en los delitos de secuestro calificado del artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en su texto vigente al momento de su comisión a partir del mes de noviembre de 1975, en el sector Las Quemadas de la comuna de Pitrufquén, en las personas de Osvaldo Segundo Barriga Gutiérrez y Hernán Eusebio Catalán Escobar.

Por reunirse los requisitos legales para ello, se concede a los ya referidos sentenciados el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometidos a tratamiento y observación por el tiempo de sus respectivas condenas, y cumplir las condiciones que señalan las letras a), b), y c) del artículo 17 de la Ley N° 18.216.

Si por cualquier motivo les fuere a los condenados revocada la franquicia anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena les servirán abono los días de privación de libertad que se precisan en el fallo de primer grado.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores **Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal alegada como causal de extinción de la responsabilidad penal ya que correspondía acogerla y declararla a favor de los dos acusados y, por tanto, absolverlos, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que los delitos de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraban tipificados y sancionados por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

De ser de este modo, surge para estos disidentes la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?

3°.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: “si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la

persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados.”. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 1º de marzo de 1976. 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.

4º.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

“Artículo 163.

1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

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

5°.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

6°.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

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

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de

beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –éste último a partir del 1° de septiembre del presente año-, entraron en vigencia en Chile, lo fue con posterioridad a la comisión de los hechos; y tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les

permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

Tampoco se ha acreditado que en el mes de noviembre de 1975 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

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

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



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

7°.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, lo que se extiende a los alcances que pudiera tener la Ley N° 20.357 de 18 de julio del presente año 2009, que tipifica a partir de la fecha señalada los crímenes de lesa humanidad, genocidio, y los crímenes y delitos de guerra . El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, promulgado por el artículo único del decreto N°104 de 1 de agosto de 2009, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto si bien ha sido promulgado en la fecha ya indicada, no era aplicable a la de comisión de los hechos investigados, lo que sumado a lo que dispone el artículo 11 del referido Estatuto, la competencia comprende el conocimiento de crímenes cometidos después de su entrada en vigor, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8°.- Que, los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos

en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

9°.- Que, finalmente, desde la comisión de los delitos de autos han transcurrido más de treinta y dos años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados respecto de los delitos de secuestro calificado de Osvaldo Segundo Barriga Gutiérrez y Hernán Eusebio Catalán Escobar, y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

**Se previene** que el **Ministro señor Rodríguez** no acepta el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni 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 minorante del artículo 103 del Código Penal, porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza permanente de los efectos de los delitos que en el proceso han quedado establecidos y la consecuente subsistencia del estado antijurídico creado, cuyo cese permite iniciar la cuenta, según lo enseña la doctrina, el previniente queda impedido de precisar el comienzo de ese término.

De esta manera, al faltar el elemento básico requerido por el legislador- el transcurso de la mitad del tiempo exigido para la prescripción de la acción penal- procede rechazar la circunstancia atenuante que reconoce el fallo a ambos encausados y al concurrir únicamente la de sus irreprochables conductas anteriores, deben mantenerse las sanciones impuestas.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados –por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que los otros dos sí la hacen 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 a ambos enjuiciados la atenuante de la responsabilidad criminal de la media prescripción, que fundamentó en la circunstancia que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe dicha posición, y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse ahora 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, se logró mayoría para el quantum de la pena, pues el Ministro señor Ballesteros y los abogados integrantes señores Mauriz y Hernández estuvieron por sancionar reconociendo la aludida media prescripción; en tanto que el Ministro señor Rodríguez fue de opinión de negar tal circunstancia conforme ya se señaló; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantuvo su decisión de absolver a los sentenciados por prescripción de la acción penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros y las disidencias y prevenciones, sus respectivos autores.

Rol N° 2.476-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Benito Mauriz A. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, 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 veintiocho de octubre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.