

Santiago, a veintidós de enero de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, el once de mayo de dos mil siete, que se lee de fs. 2565 a 2706, se castigó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda a quince años de presidio mayor en su grado medio; a Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Osvaldo Enrique Romo Mena, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torrè Sáez, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, por sus responsabilidades de co-autores del secuestro calificado cometido en la persona de Jacqueline del Carmen Binfa Contreras, a contar del 27 de agosto de 1974. Además, todos ellos fueron condenados a las accesorias legales y al pago de las costas de la causa. Por dicho veredicto se decidió, además, la absolución de los enjuiciados Orlando José Manzo Durán y Basclay Humberto Zapata Reyes, de la acusación deducida en su contra en cuanto a considerarlos como autores del delito antes descrito.

Impugnado dicho fallo por la vía del recurso de casación en la forma y de apelación, una de las salas de la referida Corte, por sentencia de cinco de junio último, escrita de fs. 2875 a 2878, desestimó el primero de los arbitrios y, relativo a las apelaciones, lo confirmó.

En contra de esta última sentencia la defensa del condenado En contra de esta última sentencia la defensa del condenado Ciro Torrè Sáez interpuso recurso de casación en el fondo y en la forma, en lo principal y primer otrosi de fojas 2882, respectivamente; Miguel Krassnoff Martchenko dedujo recurso de casación en el fondo en lo principal de fojas 2900; a su turno, César Manríquez Bravo, interpuso ambos recursos de casación en lo principal y primer otrosi de fojas 2915, declarándose inadmisibles el de forma; y Marcelo Moren Brito, formalizó recurso de casación en el fondo a fojas 2940. Declarados admisibles los recursos de casación en el fondo y el de forma interpuesto a fojas 2882, se ordenó traer los autos en relación, por resolución de diecinueve de agosto del año en curso, escrita a fojas 2981.

## CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, se tiene presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado 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.

SEGUNDO: Que, la anomalía detectada 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.

TERCERO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, ¿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 quinto 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.?.

CUARTO: Que, las defensas de los acusados Contreras, Manríquez y Krassnoff, en sus respectivos escritos de contestación de cargos formulados, solicitaron en forma subsidiaria el reconocimiento -entre otras- de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, consistente en la aplicación gradual de la prescripción, contenida en el artículo 103 del Código Penal.

QUINTO: Que, a su turno, la sentencia de primer grado destinó exclusivamente el raciocinio 53º) para referirse a la petición

expresada anteriormente, sin emitir un pronunciamiento directo al respecto, toda vez que se limitó a rechazarla, teniendo para ello presente, lo manifestado en otros fundamentos -33° y 34°-, en donde se pronunció latamente respecto de una petición diferente de los acusados, consistente en reclamar la existencia de una circunstancia extintiva de la responsabilidad penal, como fue la prescripción de la acción de igual carácter.

SEXTO: Que, del examen de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, que hace suya la de primer grado, es posible apreciar que se mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho que hacían procedente o no, acoger la petición efectuada por los acusados referentes a la media prescripción, ya que se limitó a confirmarla en todas sus partes.

SÉPTIMO: Que, de lo dicho anteriormente, aparece de manifiesto que los sentenciadores de segundo grado, dejaron en los hechos sin motivación específica el planteamiento y resolución acerca del rechazo a aplicar el artículo 103 del texto penal, en tanto se limitaron a confirmar, sin nuevos argumentos, el laudo de primer grado. De ese modo, no es posible encontrar en el dictamen en estudio, motivo alguno que permita dilucidar las circunstancias que llevaron a los jueces a resolver de la forma en que lo hicieron, lo que prueba la ausencia de los requisitos que ordena la ley, los que conllevan como sanción la nulidad.

OCTAVO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el numeral noveno del artículo 541., del Código persecutorio penal, en relación con el artículo 500, N° 4, y 5, de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, por expresa disposición del inciso final del artículo 541 ya citado, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544, de la compilación adjetiva penal antes citada.

NOVENO: Que pueden los tribunales, conociendo por la vía del recurso de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 541, y 544 del Código de Procedimiento Penal; 775, 786 y 808 del Código de Procedimiento Civil, SE ANULA, DE OFICIO, la sentencia de segunda instancia de fecha cinco de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 2.875 y siguientes, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

En razón de lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre el recurso de casación en la forma deducido por la defensa de Ciro Torr , a fojas 2.882, y se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo, deducidos en representación de los acusados Moren Brito, Manríquez Bravo, Krassnoff Martchenko y Ciro Torr , a fojas 2.940, 2.900 y 2.882, respectivamente.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Rodríguez, quien estuvo por no proceder de oficio a la invalidación del fallo y desestimar los recursos de casación en la forma y en el fondo promovidos en su contra porque, en todo caso, las deficiencias que se le reprochan carecen de influencia en lo dispositivo de lo resuelto. En efecto, por lo que toca a la anulación de oficio, la minorante especial de la prescripción gradual o media prescripción de la acción penal, como también se la denomina, y en la se asienta la censura, en concepto del disidente, resulta improcedente, puesto que, tratándose de un ilícito de consumación permanente, como lo es el secuestro de que se trata, los agentes detuvieron y encerraron a la víctima y con ello la conducta t pica qued  completa (consumación), pero dicha detención o encierro (el resultado) empiezan a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado en que subsiste el estado antijurídico, cuya cesación puede o no depender de la voluntad del hechor (artículo 142 bis del Código Penal), aunque también puede producirse por obra de terceros (liberación), de la propi a ofendida (fuga) o por otras causas (muerte de la plagiada), nada de lo cual se

ha acreditado durante el curso de las indagaciones desplegadas y es fundamento de todo juicio criminal la demostración de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo, de suerte que, habiéndose establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado por más de noventa días sin que se tengan noticias ciertas del paradero de la afectada o de sus restos, en el evento de haber fallecido, ello justifica la calificación jurídica realizada por los sentenciadores del fondo y que, entre otras consecuencias, hace perdurar la flagrancia, torna viable una legítima defensa por parte de la víctima o de extraños, excluye el encubrimiento pues cualquier cooperación con los delincuentes opera sólo a título de coautoría o complicidad y el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que el tribunal no ha podido probar, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, sencillamente las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción pena si no consta la cesación del delito, sea por haber quedado en libertad la ofendida o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta, por lo que las alegaciones de la defensa a este respecto no pueden prosperar.

Y en lo que concierne a los recursos de casación en la forma y en el fondo, la sentencia impugnada, que confirma las reflexiones contenidas en el veredicto de primera instancia, que, en opinión del disidente, son suficientes y adecuadas para desechar los reparos que denuncian tales arbitrios.

Regístrese.

Redacción de cargo del Ministro señor Nivaldo Segura y del voto en contra, su autor.

Rol N° 4329-08.

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

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer

#### SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintidós de enero de dos mil nueve.

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 la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

- a) En el motivo tercero se sustituyen los vocablos "grado mínimo" por "en cualquiera de sus grados";
- b) De sus motivos se eliminan los signados con los numerales 33° a 38°, 40°, 50° a 61°.

En las citas legales, se prescinde de los artículos 11 N° 6, 14, 15, 16, 25, 28, 50 y 68 incisos 1° y 2° del Código Penal, 1° del Decreto Ley 2.191 y 211 y 214 del Código de Justicia Militar, agregándose los artículos 93 N° 6 del Código Penal; 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal;

Del fallo invalidado se reproducen sus párrafos signados con los guarismos I. y II.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR, PRESENTE:

1°) Que los hechos que se tuvieron por acreditados en el motivo 2° del fallo en alza son constitutivos del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141, incisos 1° y 3° del Código Penal, cuya calificación se configura por el tiempo en que se prolongó la acción, que se sancionaba a la época de ocurrencia del ilícito, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por mas de 90 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del afectado, situación que concurre en la especie puesto que, transcurrido el período antes mencionado, no fue posible conocer el paradero de Jacqueline del Carmen Binfa Contreras, quien fuera retenida contra su voluntad el 27 de agosto de 1974, privándosele de su libertad de desplazamiento.

2°) Que el delito de secuestro objeto de esta investigación 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.

3°) 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 delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se comete 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. 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, I, 2ª. Ed. Conosur, julio 2001, pág. 183).

De ser de este modo, surge 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?

4º) 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 26 de noviembre de 1974. 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.

5º) Este parecer 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 advertiera 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 Título VI de ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, pág. 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, pág. 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, desde la comisión del delito de autos (27 de agosto de 1974), y la fecha de la querrela deducida a favor de, entre otras personas, la víctima de marras (26 de marzo de 2002), y habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron 27 años, 6 meses y 28 días y conforme, además, la normativa expresa de los artículos 93, 94, y 95 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 por el secuestro calificado que fue investigado en la presente causa.

8°) Que, por otra parte, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales

derechos, ¿garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en una ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte más favorable al afectado;

9º) Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, se ha consignado en fallos anteriores:

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

El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ¿conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar:

(a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la 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 del 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° El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una

de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. 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 CEI D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas.

Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

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

Tampoco se ha acreditado que el 27 de agosto de 1974 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno.

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 el 27 de agosto de 1974 existía un ?conflicto armado no internacional?, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

Se ha señalado, 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 la 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 de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar

compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.? (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 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? (Grigalbo, 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 PisagSe estimó atinente -en los autos rol 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? (Grigalbo, 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 Pisagüa 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)?

10°) Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable por los querellantes, 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. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

11°) Que finalmente 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 la igualdad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

12°) Que del modo como se ha venido razonando, procede acoger las alegaciones de las defensas de Moren Brito, Manríquez Bravo y Krassnoff Martchenko esgrimidas en sus respectivas contestaciones y, renovadas en sus respectivos recursos de apelación en tanto no lo limitaron y, en consecuencia, deberá librarse sentencia absolutoria a sus respecto por haber operado la causal de extinción de responsabilidad penal establecida en el numeral 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal.

13°) Que atendido lo dispuesto en el artículo 102 del código punitivo, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal y tratándose de una causal de extinción de la responsabilidad penal que favorece a todos los encartados, la declaración de prescripción de la acción criminal importa la dictación de una sentencia absolutoria respecto a todos los enjuiciados.

14°) Que habiéndose acogido la excepción en comento, se omite pronunciamiento sobre las demás alegaciones de los procesados por resultar innecesario.

15°) Que del modo como se ha venido razonando, se disiente del parecer de la señora Fiscal vertido en su informe de fojas 2.788, en cuanto fue de opinión de confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado el fallo impugnado con las declaraciones que señala.

Por lo expuesto y de conformidad, además, con lo que dispone en los artículos 456 bis, 514, 527, 528 bis, 530, 534 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I) Que se rechazan los recursos de casación en la forma deducidos por las defensas de Ciro Ernesto Torr  Sáez y Miguel Krassnoff Martchenko en sus presentaciones de fojas 2.751 y 2.741, respectivamente, en contra del fallo de once de mayo de dos mil siete, escrito de fojas 2565 a 2699.

II) Que se revoca la aludida sentencia en cuanto por ella resultaron condenados los procesados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torr  Sáez y en su lugar se declara que los mencionados encartados son absueltos de los cargos formulados en su contra, que los sindicaban como co autores del secuestro calificado cometido en la persona de Jacqueline del Carmen Binfa Contreras, a partir del 27 de agosto de 1974, por haber operado la prescripción de la acción penal, causal de extinción de la responsabilidad criminal.

III) Que se aprueba en lo consultado el fallo aludido.

IV) Que se aprueba, además, la resolución de veinticinco de julio de dos mil siete, escrita a fojas 2798, que sobresee definitiva y parcialmente al procesado Osvaldo Enrique Romo Mena.

Acordado con el Acordado con el voto en contra de los Ministros señores Rodríguez y Dolmestch, quienes fueron de opinión de confirmar en lo apelado el fallo impugnado. El primero lo hace sin modificaciones y en atención a sus propios fundamentos, además de aquellos expresados en su voto de minoría en el pronunciamiento de invalidación; mientras que el segundo, confirma con declaración de que las penas que se imponen a los encausados deben rebajarse, cada una de ellas, en dos grados, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, esto es, la media prescripción, que por lo demás fue lo que justific  la nulidad formal de oficio antes resuelta y que permitió a esta Corte Suprema conocer del proceso como tribunal de instancia.

No comparte la aplicación que de la prescripción total de la acción penal hace el fallo de reemplazo porque, en su concepto, atendida la naturaleza de delito de lesa humanidad que reviste el secuestro de autos, ello es improcedente, como lo ha sostenido reiteradamente en distintos otro fallos.

Para decidir de este modo, tiene presente, además, que aún cuando la prescripción total y la gradual tienen un mismo fundamento ?el transcurso del tiempo- sus efectos son enteramente diferentes, por lo que el rechazo a una de ellas, como es el caso, no importa

necesariamente la no aceptación de la otra. En efecto, la prescripción total conduce a la absolución de los acusados, esto es, a la impunidad de los delitos cometidos y establecidos en la causa, lo que para este disidente es inaceptable; mientras que la media prescripción, que el código considera como una atenuante especial y muy calificada, sólo permite reducir la sanción, validando con ello todo el mérito sustancial del proceso y permite, también, reconocer el efecto morigerante que necesariamente conlleva el transcurso del tiempo.

Dese orden de libertad a favor de los encausados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, César Manríquez Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torrè Sáez, la que se cumplirá sólo en el caso de no estar presos por otro motivo.

Se deja constancia que el Ministro señor Rodríguez circunscribe su voto en contra sólo a lo que guarda relación con la revocación a que se refiere la decisión II del presente fallo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Nibaldo Segura y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 4329-08

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

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

