

Santiago, veinte de enero de dos mil diez.

V I S T O S :

En estos autos Rol N° 13.037, del Noveno Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de treinta de septiembre de dos mil ocho, que se lee de fojas 3.190 a 3.267, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena y a solucionar proporcionalmente las costas del litigio, por su responsabilidad de autor del delito de **secuestro calificado cometido en la persona de Álvaro Miguel Barrios Duque**, a contar del catorce (sic) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro. Igualmente, condenó a Marcelo Luis Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko a sufrir, cada uno, las penas de tres años de presidio menor en su grado medio, y a Basclay Humberto Zapata Reyes y Nelson Alberto Paz Bustamante, sendas penas de ochocientos días de presidio menor en su grado medio. A todos se les impuso, además, las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de sus condenas más el pago proporcional de las costas del pleito, como autores del mismo injusto, concediéndose únicamente al último de los mencionados el beneficio de la remisión condicional de la sanción corporal.

Por su fracción civil, rechazó la excepción de incompetencia absoluta promovida por el Fisco de Chile en lo principal de su libelo de fojas 2.637; acogió la de prescripción opuesta por la misma parte y por la defensa del acusado Basclay Zapata Reyes; y, finalmente, condenó a los demandados Contreras Sepúlveda, Moren Brito, Krassnoff Martchenko y Paz Bustamante a pagar, solidariamente a la demandante, la suma de \$35.000.000.- (treinta y cinco millones de pesos) como resarcimiento del daño moral causado.

Impugnado dicho fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, que corre a fojas 3.415, lo confirmó, con declaración que se aumenta el monto de la indemnización por daño moral a la suma de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos).

En contra de esta última decisión, el abogado Francisco J. Piffaut Passicot, por el encartado Marcelo Moren Brito, formalizó un recurso de casación en el fondo sustentado en el ordinal quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con los artículos 18, 93, N° 3 y 6, 94, 95 y 141 del Código Penal, 19, N° 3 de la Constitución Política de la República y DL 2191. Enseguida, la asistencia letrada de la querellante y demandante Gabriela Zúñiga Figueroa, representada por el abogado Ricardo Lavín Salazar, instauró un recurso de casación en el fondo por la causal primera del artículo 546 del ordenamiento procedural penal, respecto de la decisión criminal del fallo y sustentada en el inciso final del mismo artículo y cuerpo legal, contra la sección civil de la decisión. Finalmente, la abogada Magdalena Garcés Fuentes, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, dedujo un recurso de casación en el fondo amparado en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 211 del Código de Justicia Militar.

Declarados admisibles los mencionados arbitrios, a fojas 3.473 se ordenó traer los autos en relación.

C O N S I D E R A N D O :

PRIMERO: Que, por el medio de impugnación deducido por la defensa del enjuiciado Moren Brito, asilado en el literal quinto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, se

reproba la infracción de los artículos 433, N°s. 6° y 7° y 434, inciso 2°, del mencionado cuerpo legal, que consagran los institutos de la amnistía y la prescripción. Denuncia que el fallo omite aplicar los artículos 93, N° 3 y 6, 94, y 95 del Estatuto Punitivo, en relación a las disposiciones del DL 2.191, fundado en una errónea interpretación del artículo 141 del Estatuto Penal, en cuanto estima que el delito de secuestro aún se encontraría en ejecución, en circunstancias que en los autos se estableció que el encierro de la víctima no duró más allá de mil novecientos setenta y cinco. Refiere que también se contraviene lo dispuesto por los artículos 18 del Código Penal y 19, N° 3 de la Constitución Política, que consagran el principio de la no retroactividad de la ley penal desfavorable, pues el ilícito que se dio por comprobado, secuestro, no homicidio, se condice con lo dispuesto en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, en vigencia por los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas desde mil novecientos setenta. La aplicación de esta normativa y su calificación de normas de ius cogens que según el sentenciador tendría al día de hoy, sólo puede desestimarse porque no se encontraba aprobada a la fecha de los sucesos investigados y porque vulnera el dogma de la aplicación de la norma más benigna.

Expone que la Carta Fundamental entrega al legislador la facultad de otorgar amnistía, y en uso de ella se dictó el DL 2.191 con sus consiguientes efectos penales y procesales, normativa erróneamente obviada en la decisión reclamada. La amnistía tiene su expresión como causal de extinción de la responsabilidad penal en el artículo 93, N° 3° del Código Penal y su concurrencia hace desaparecer la punibilidad del delito y excluye la pena. Se trata de normas de derecho público en las que verificada su procedencia, es imperativo para el juez declararla. El mencionado decreto ley no puede verse afectado ni por los Convenios de Ginebra ni por los cuerpos jurídicos internacionales que indica el fallo. Refiere que el dictamen también infringe el artículo 94 del Código Penal, que establece como período máximo de prescripción el de quince años; y el artículo 95, que indica que el término de la prescripción empieza a correr desde el día que se hubieren cometido los delitos. Habiendo transcurrido más de treinta años sin que se tenga noticias de la víctima desde el año 1975, la acción penal ha prescrito y con ella la responsabilidad de su representado, de acuerdo al artículo 93, N° 6°, del Código Penal. De aplicar correctamente el derecho, se debió absolver a su defendido por haber operado las eximentes de responsabilidad penal de prescripción y amnistía, que es en definitiva lo que pide para la sentencia de reemplazo, como consecuencia de la invalidación del pronunciamiento atacado.

**SEGUNDO:** Que, en seguida, la parte querellante y demandante ha deducido un recurso de casación en el fondo contra la decisión penal y civil de la sentencia. En su primer segmento sustenta el arbitrio en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 767, 769 y 772 de su homónimo procedimental civil. Representa la improcedencia de reconocer la circunstancia migerante de irreprochable conducta anterior a los acusados toda vez que a la fecha de la decisión existían otros procesamientos contra los encartados y condenas en diversos procesos por delitos contra los derechos humanos. Además, arguye que en estas materias, no es aplicable la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, en relación al artículo 214 del mismo cuerpo legal, puesto que no se encuentra acreditado que los favorecidos Zapata, Krassnoff, Moren y Paz, hubieren representado la orden ilegal a su superior jerárquico, reconocimiento que ha irrogado un perjuicio a su parte traducido en una reducción ostensible de las penas, de modo que, en la conclusión, insta por la aplicación de las sanciones máximas.

A propósito de la sección civil del pronunciamiento, sustenta su reproche en el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 767 del Código de Enjuiciamiento Civil. Reclama en este punto contra la negativa a otorgar la indemnización solicitada en forma solidaria respecto del Fisco y del condenado Basclay Zapata. Afirma que el error de derecho consiste en aplicar las reglas comunes contenidas en el Código Civil, ignorándose las pautas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. Es decir, el fallo prescinde del tipo de crimen indagado y deja de aplicar la Constitución Política y las normas de ius cogens y los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país. La responsabilidad del Estado por el daño causado a sus administrados es un tema que se construye en función de las llamadas bases de la institucionalidad contenidas en el primer capítulo de la Carta Fundamental y 4º de la Ley de Bases de la Administración del Estado. Explica que la responsabilidad estatal en sí misma es un tema propio del derecho público, por lo tanto, debe abordarse en consideración a las normas constitucionales y tratados internacionales. Lo propio sucede con la obligación de indemnizar del condenado Basclay Zapata. Puntualiza que la Corte no consideró la Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La responsabilidad internacional, concepto al que alude el artículo 148 del Convenio IV, supone que el Estado infractor cumpla las obligaciones de investigar, sancionar y reparar. La imprescriptibilidad que deriva de la calificación de “crímenes de lesa humanidad” o “violaciones graves de las normas internacionales sobre derechos humanos” puede y debe predicarse tanto en la esfera criminal como en la dimensión civil. También evoca el recurrente la idea de justicia material y que la demanda indemnizatoria sigue la suerte de la decisión penal. La sanción a los culpables abarca la reparación del lesionado. El secuestro calificado de Alvaro Barrios Duque encuadra dentro de un conjunto mayor de violaciones graves, sistemáticas y masivas acaecidas en Chile a partir de 1973. Constituye un delito contra la humanidad y siendo éstos imprescriptibles, también lo son las acciones reparatorias que surgen de tales ilícitos. En consecuencia, constituye un error de derecho negar que existe un claro deber de reparar a la víctima, que pesa sobre el Estado de Chile; omitir injustificadamente la aplicación a este caso concreto del estatuto normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado; y aplicar las reglas de prescripción del derecho privado a hechos que revisten el carácter de crimen de lesa humanidad. En la conclusión, solicita que la resolución de reemplazo que se pronuncie, acoja la demanda solidaria deducida contra el Fisco y contra Basclay Zapata.

TERCERO: Que, finalmente, el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio de Interior ha deducido un recurso de casación en el fondo motivado en el literal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal en relación a la atenuante reconocida del artículo 211 del Código de Justicia Militar, cuya infracción se produce por falsa aplicación. Los condenados a quienes se reconoció la minorante, a excepción de Zapata, han negado toda participación en el delito, rechazando haber impartido o recibido órdenes en relación al secuestro de militantes del MIR y su traslado al recinto de Londres 38. Krassnoff era jefe del grupo Halcón, al que pertenecían Zapata y Paz, autores materiales del secuestro de la víctima. Conforme a ello, entonces, con la misma causal de atenuación, se beneficia a jefes y subordinados. Refiere que Zapata es el único que reconoce parcialmente haber recibido órdenes de Krassnoff dirigidas a detener militantes del MIR y trasladarlos a Londres 38; pero en estas materias, la doctrina y la jurisprudencia asentada por tribunales internacionales han establecido que la aplicación del cumplimiento de órdenes, en casos de crímenes contra la humanidad y de guerra, sólo es admisible como circunstancia atenuante en casos muy calificados, cuando la

justicia así lo requiera. La atenuación dependerá del caso individual y especialmente se considerará si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden, lo que no sucede en el caso sub lite. Relata que los motivos trigésimo cuarto y siguiente del fallo de primer grado, no alterados por el ad quem, aplican la pena en consideración a una norma que no correspondía, rebajando el castigo, puesto que la pena al menos debió ser presidio mayor en su grado mínimo a medio. Todo ello trajo como consecuencia la concesión de la remisión condicional a un acusado con violación al principio de proporcionalidad del sistema penal.

CUARTO: Que, sin perjuicio de lo expresado, durante el estudio de los autos, el tribunal advirtió que los antecedentes dan cuenta de un vicio de aquellos que permiten invalidar de oficio la sentencia, lo que no se pudo dar a conocer a las partes habida cuenta del momento procesal en el que se encontraba el asunto.

QUINTO: Que, con arreglo al artículo 10 del ordenamiento procesal penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento penal, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

SEXTO: Que, en este orden de ideas, a pesar que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un canon excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

SÉPTIMO: Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien por una parte pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo los prejudiciales y precautorias, al mismo tiempo estableció un límite claro a las mismas, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata -consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquel y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad

mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

OCTAVO: Que, corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: “De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda al campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado”.

NOVENO: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código Adjetivo Penal - también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la acción civil en asiento criminal y, el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

DÉCIMO: Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitada el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y/o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal.

UNDÉCIMO: Que respecto de la petición civil presentada en autos en tanto se dirige contra del Estado de Chile, se argumenta que los enjuiciados Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Zapata Reyes y Nelson Paz Bustamante tenían la calidad de funcionarios del Estado, por ser miembros de la DINA, organismo de inteligencia de orden jerárquico y verticalizado y, en esa condición, cabe responsabilidad civil al Estado de Chile, responsabilidad estatal objetiva que construye a partir de la Constitución Política de la República, la ley de Bases de la Administración del Estado y tratados internacionales.

DUODÉCIMO: Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, de lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos

contra el Fisco no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada contra éste, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

DÉCIMO TERCERO: Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro que, como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho”. Añadiendo que “en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad” (Corte Suprema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

DÉCIMO CUARTO: Que, en consonancia con ello, el pronunciamiento recurrido al resolver sobre la responsabilidad civil del Fisco a que se refiere la asistencia jurídica del ofendido, manteniendo y haciendo suya la decisión de primer grado acerca de la competencia del juez del crimen para conocer de la demanda instaurada en este proceso, en los términos que se ha desarrollado precedentemente, evidencia la aplicación equivocada de la ley que autoriza el recurso de casación en la forma, quedando incurso el dictamen dubitado en el literal sexto del artículo 541 del mencionado cuerpo legal, deficiencia que no puede subsanarse sino con la invalidación de la sentencia que la contiene, por lo que esta Corte, de oficio, procede a anularla, y emite en su lugar el dictamen de reemplazo que corresponda, en los términos que estatuye el artículo 544 de la compilación adjetiva antes citada, acorde con lo prevenido en los artículos 535, inciso 1º, de la misma recopilación, en consonancia con el artículo 775 del Código de Instrucción Civil.

DÉCIMO QUINTO: Que, en virtud de lo antes concluido, se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos por don Francisco Piffaut Passicot, por el sentenciado Marcelo Moren Brito en lo principal de su presentación de fojas 3.418; por el letrado Ricardo Lavín Salazar, en representación de la parte querellante y demandante Gabriela Zúñiga Figueroa, en lo principal y primer otrosí de fojas 3.426; y por la abogado Magdalena Garcés Fuentes del Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, en su libelo de fojas 3.454, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 769, 786 y 808 del Código de Procedimiento Civil, 10, 40, 535, 541, N° 6º, y 544 de su homónimo de Instrucción Criminal, SE INVALIDA, de oficio, la sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil ocho, que rola a fojas 3.415, y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Atento lo resuelto, se tienen por no deducidos los recursos de casación en el fondo formalizados en los escritos de fojas 3.418 a 3.425, 3.426 a 3.453 y 3.454 a 3.466.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes fueron del parecer de abstenerse de proceder de oficio y entrar derechamente al análisis y resolución de los recursos de casación instaurados, en atención a los siguientes fundamentos:

- 1) Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal -de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.
- 2) Que, en la especie, tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace y origina la pretensión civil del querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.
- 3) Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.
- 4) Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material que permiten avanzar en el término del conflicto.
- 5) Que, a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que toda la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial.

Regístrate.

Redacción del Ministro señor Nibaldo Segura y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 1369-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y Haroldo Brito C. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

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

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Santiago, veinte de enero de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado en la casación de oficio que precede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

### **VISTOS:**

Se reproduce el veredicto en alzada, con excepción de los motivos vigésimo séptimo, trigésimo cuarto, trigésimo quinto, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero, que se eliminan.

Se sustrae la frase “por el Fisco de Chile y” que se lee en la reflexión cuadragésima cuarta.

Se suprime, asimismo, en el motivo cuadragésimo quinto, la oración “por el Fisco de Chile y de Basclay Zapata”.

Se reiteran los basamentos séptimo a décimo tercero de la sentencia de casación que antecede.

En las citas legales se prescinde de la referencia al artículo 30 del Código Penal.

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

#### **En cuanto a lo penal:**

1º).- Que en lo que atañe a la causal de extinción de responsabilidad contemplada en el artículo 1º del Decreto Ley N° 2191 y, genéricamente en el artículo 93, N° 3º, del Código Penal, es útil destacar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, esto es, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

2º).- Que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y así el referido Decreto Ley N° 5 acata la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6º, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconciso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia de autos.

3º).- Que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, se aplican, en general, 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 emplean en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo prevenido en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra. En tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional”, en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra puede privarlos del mínimo respeto que el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

4º).- Que, por lo tanto, resultan plenamente aplicables al secuestro indagado los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3º, común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente

los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, trasladados ilegales y la detención ilegítima.

5º).- Que, en conclusión, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

6º).- Que la mentada prohibición de autoexoneración dice relación, de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos.

Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando establecieron la prohibición examinada.

7º).- Que, en este mismo orden de ideas, es menester consignar lo errado de la tesis que afirma que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6°, N° 5°, que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posibles a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo erróneo de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, desde que ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

En tal sentido, si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no se encuentra una disposición relativa a la concesión de amnistías e indultos entre las partes enfrentadas una vez concluidas las hostilidades. Además, el precepto del Protocolo I que

consagra las garantías procesales, a saber, el artículo 75, tiene una redacción casi idéntica al artículo 6º del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a amnistías.

**8º).**- Que la señalada omisión ostenta una clara justificación, puesto que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4º del Convenio de Ginebra III, relativo al trato debido a éstos.

De suerte que si el prisionero de guerra no ha violentado el derecho humanitario, una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora (artículo 118, Convención de Ginebra III). Y, si por el contrario lo ha conculado, debe ser sancionado como criminal de guerra, si se trata de inobservancias graves u otras sanciones por los demás incumplimientos que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Por lo que no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, pues los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

**9º).**- Que, encambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra el gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición, los cuales son castigados por el orden jurídico estatal ya que la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni modifica el estatuto jurídico de las partes en conflicto -desde que el gobierno respectivo no está compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisionero de guerra-, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. No existe, en ese aspecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional, y es precisamente por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2º, la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interior.

En tales circunstancias se entiende el sentido de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el restablecimiento de la paz social.

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido a que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho

humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para aquéllos que han vulnerado el derecho internacional humanitario" (Informe N° 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

**10º.-** Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de modo que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan no resulten ilusorias, valiéndose, por lo pronto, del denominado principio pro homine, según el cual "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos" (Mónica Pinto: "El principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos", en Martín Abregú: "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales", Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y siete, página 163). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

Pues bien, siguiendo el raciocinio objetado, las normas de derecho internacional humanitario no podrían aplicarse nunca, si se reconociere la atribución del Estado Parte de borrar, a través de la amnistía y utilizando el derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra sistemáticamente concretados por agentes del mismo Estado Parte.

A su turno, el preámbulo del Protocolo bajo revisión incluye lo que la doctrina internacional ha conocido como la "cláusula Martens", o sea, el axioma según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Este apotegma indica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de dogmas humanitarios, dado que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales.

**11º.-** Que, por otro lado, es indesmentible que en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobreponer dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar las tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

**12º.-** Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente entendida como un acto de auto exoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

**13º.-** Que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es

inexequible respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

**14°).**- Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, hacen procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.

**15°).**- Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contraría de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminentemente intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

**16°).**- Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

**17°).**- Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como son presentados en la sentencia que se analiza, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el secuestro de Álvaro Miguel Barrios Duque, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de

crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

**18º.-** Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos axiomas y acuerdos multilaterales, por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por ende, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s. 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

**19º.-** Que la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía, de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

**20º.-** Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites, otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del citado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, don Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

21º).- Que del modo que se ha razonado, sólo cabe rechazar la alegación consistente en la aplicación de la Ley de Amnistía al asunto de marras.

22º).- Que a propósito de la atenuante prevista en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, para su admisión es requisito indispensable la existencia de un mandato impartido como orden del servicio. Sin embargo, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, la orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado, no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). Por lo demás en el proceso no existen indicios de haberse representado al superior tal instrucción, por lo que no es posible su reconocimiento en los términos que ha sido invocada, máxime si, en los hechos, salvo el parcial reconocimiento del acusado Basclay Zapata, los restantes enjuiciados han negado toda intervención, de manera que no concurren los presupuestos exigidos por la aludida disposición, lo que conduce necesariamente a su rechazo.

23º).- Que en lo que atañe al motivo de atenuación de la pena consagrado en el artículo 103 del Código Penal, denominado media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, argüida por los encausados Zapata Reyes, Contreras Sepúlveda y Paz Bustamante, es preciso tener en cuenta, dada la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, la imposibilidad de computar el plazo necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento en que cesa la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco la muerte del sujeto pasivo de la detención o encierro. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva, por lo que tal alegación desde ser desestimada.

24º).- Que favoreciendo a los acusados Basclay Zapata, Miguel Krassnoff, Marcelo Moren y Nelson Paz una circunstancia atenuante de responsabilidad penal y sin agravantes que les perjudiquen, se aplicará la pena correspondiente al delito de que se trata dentro del presidio mayor en su grado mínimo.

**En cuanto a lo civil:**

**25º).**- Que en cuanto a la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile, debe estarse a lo razonado en los fundamentos séptimo a décimo tercero de la sentencia de casación que antecede y que se han tenido por reproducidos en este fallo, en consecuencia, se acogerá dicho planteamiento, por lo que resulta inoficioso entrar al estudio y análisis de las restantes defensas de esta parte.

**26º).**- Que con respecto a la excepción de prescripción opuesta por el demandado Basclay Zapata, al no existir norma especial que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil emanada de esta clase de hechos delictuosos, corresponde dar aplicación al artículo 2.332 del Código Civil, conforme al cual la acción de perjuicios prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto causante del daño cuya reparación se solicita, plazo que en la especie ha transcurrido con creces, por lo que resulta cierto que la acción civil deducida contra el mencionado enjuiciado se encuentra extinguida por la prescripción.

**27º).**- Que en las condiciones señaladas, esta Corte Suprema discrepa de la opinión del señor Fiscal Judicial contenida en su dictamen de fojas 3.407, en cuanto solicita confirmar la sentencia condenatoria sin modificaciones.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve que:

**I.- Se revoca** la sentencia apelada de treinta de septiembre de dos mil ocho, escrita de fojas 3.190 a 3.267, en cuanto por ella se rechaza la excepción de incompetencia absoluta promovida por el Fisco de Chile y en su lugar se decide que este tribunal es incompetente para conocer la demanda de indemnización de perjuicios promovida en representación de Gabriela Zúñiga Figueroa en tanto se dirige contra el Fisco.

**II.- Se acoge** la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el sentenciado Basclay Humberto Zapata Reyes.

**III.- Se confirma**, en lo demás apelado, la señalada sentencia, con declaración que se elevan las penas impuestas a Marcelo Luis Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Humberto Zapata Reyes y Nelson Alberto Paz Bustamante, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas y al pago proporcional de las costas de la causa como autores del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Alvaro Miguel Barrios Duque, perpetrado en esta ciudad a partir del 15 de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

**IV.-** Atendida la entidad de los castigos impuestos, no se concede a los sentenciados ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena contemplados en la Ley N° 18.216, debiendo cumplirla efectivamente privados de libertad, sirviéndoles de abono el tiempo que permanecieron privados de libertad con ocasión de este proceso, según se reconoce en el fallo que se revisa.

Acordada la decisión penal con el **voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por los condenados y, en cambio, acogiéndola, fueron de parecer de declararla y, en definitiva, absolver a los encartados de la acusación librada en contra de ellos como autores del delito de secuestro calificado en la persona de Álvaro Miguel

Barrios Duque, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones, tantas veces expresadas en otras sentencias anteriores :

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

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

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

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

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano, toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146<sup>a</sup>, 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 aquéllos 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. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, tomo I, 2<sup>a</sup>. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

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

La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: “si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos -la detención o encierro- resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o, 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, por consiguiente, 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, en este caso concreto, a partir del 14 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 por terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello, conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

**4.-** Este aislado parecer 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.), relata 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 éstos, la necesidad

social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

**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. Nº 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 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, 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 (CICR-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º, Nº 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrolle 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 Nº 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 entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el CICR son ilustrativos para que esta opinión disidente 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. Nº 5, de 1973, que erróneamente se invoca 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 commoción 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 3º común para los Convenios de Ginebra, de 1949.

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

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

El decreto ley en referencia es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile, a la data de los hechos, existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. ‘En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar 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 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”, 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 5º. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del

artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”.

7.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años, y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado de Álvaro Miguel Barrios Duque, y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlo de la acusación, como se anunciara al comienzo.

8.- Que siendo este parecer suficiente para resolver apropiadamente la materia en discusión, estos disidentes estiman impertinente entrar al análisis de la procedencia o improcedencia de la institución de la amnistía en este proceso.

Se previene que el Ministro señor Ballesteros fue del parecer de considerar a favor de los sentenciados, en la determinación de la cuantía de las penas privativas de libertad que les corresponde por sus responsabilidades en el delito de secuestro calificado de Alvaro Miguel Barrios Duque, la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal, denominada de la media prescripción o prescripción gradual, la que resulta procedente toda vez que el delito por el cual se les ha sometido a proceso y condenado, tiene claramente en autos una fecha de consumación, el día 91 después de aquella en que se ha establecido se produjo la detención y encierro de la víctima, como se razona en el voto en contra que precede en sus apartados, 1°, 2° y 3°, en el que dos ministros son partidarios de absolver a los condenados por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción. En tales condiciones, este previniente es de opinión que las penas corporales que se imponen deberían, a lo menos, rebajarse en un grado, para aplicarles en definitiva la de presidio menor en su grado máximo, y en esa virtud otorgarles a quienes reúnan las condiciones de la medida alternativas de la libertad vigilada, dicho beneficio

Acordada la resolución civil con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes estuvieron por rechazar la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile atendidos los fundamentos vertidos en su disidencia de la sentencia de casación que antecede y que dan por reproducidos. Asimismo, no comparten la aceptación de la prescripción de la acción civil planteada por la defensa del Fisco de Chile y del enjuiciado Basclay Zapata, dada la imprescriptibilidad de las acciones penal y civil emanadas del delito investigado, por lo que son de opinión de acoger íntegramente la pretensión deducida en contra de los demandados, todo ello por tratarse en la especie de un delito calificable como de “lesa humanidad”, cuya especial naturaleza antijurídica impide -como se ha declarado por esta Corte en casos similares, por aplicación del derecho surgido de múltiples instrumentos internacionales y de acuerdo a las normas del Ius Cogens, que castigan aquellos delitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, en relación al artículo 5° de la Constitución Política de la República y otras normas complementarias- la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria de aquélla e impone, asimismo, como deber del Estado respectivo, la reparación integral, mediante una justa indemnización, del daño ocasionado a la víctima u otras personas por el o los responsables del crimen.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 1369-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y Haroldo Brito C. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

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

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