

Santiago, veintiséis de abril de dos mil diez.

Vistos:

En este expediente signado con el Rol N° 120.133-M, seguidos ante el ministro en visita extraordinaria Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, se pronunció sentencia de primera instancia el veintinueve de septiembre de dos mil seis, la que está agregada a fs. 2296 y siguientes. Por ella se decidió la absolución de Raúl González Fernández y la condena de Freddy Ruiz Bunge, César Palma Ramírez, Juan Saavedra Loyola, Daniel Guimpert Corvalán, Manuel Muñoz Gamboa, Eduardo Cartagena Maldonado y Otto Trujillo Miranda por su responsabilidad en el secuestro calificado de Humberto Fuentes Rodríguez, ocurrido el 4 de noviembre de 1975. Ruiz y Palma fueron sancionados como autores, a cumplir una condena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo; Saavedra, Guimpert, Muñoz y Cartagena, lo fueron también como autores a tres años de presidio menor en su grado medio y, finalmente, Trujillo fue condenado como cómplice a cumplir quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo. En todos los casos, con las accesorias correspondientes y las costas de la causa. Sólo a César Palma no se le reconoció beneficio alternativo alguno de cumplimiento.

En cuanto a lo civil, el sentenciador de primera instancia rechazó la excepción de incompetencia promovida por el Fisco de Chile y acogió, en cambio, la de prescripción que invocó el mismo Estado, razón por la cual, desechó la acción civil intentada.

Contra el señalado fallo, se alzaron por la vía del recurso de apelación, la defensa de Saavedra, de Ruiz Bunge y Cartagena Maldonado, de César Palma y de Muñoz y Guimpert, como también lo hicieron los querellantes y el Ministerio del Interior.

Una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de los referidos recursos, decidió revocar el fallo en alzada, atendido el mérito de las diligencias agregadas en esa instancia y absolver al acusado Guimpert Corvalán. En lo demás, confirmó la sentencia con declaración que Ruiz Bunge y Saavedra Loyola quedaron condenados a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. Por su parte, Muñoz Gamboa, Cartagena Maldonado y Palma Ramírez, lo fueron a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y, por último, Trujillo Miranda resultó condenado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en su calidad de cómplice, mientras que el resto lo fue como autor.

En la sección civil del fallo, acogió la apelación de los querellantes y, desestimando la prescripción de la acción, accedió a la demanda y reguló en ochenta millones de pesos la indemnización que debía pagar el Fisco de Chile a los demandantes, más los reajustes que indica el fallo que se revisa.

Contra este último veredicto, se alzó la defensa de Saavedra Loyola, Muñoz Gamboa, Ruiz Bunge, Cartagena Maldonado y Palma Ramírez, por la vía del recurso de casación en el fondo, en tanto el Fisco dedujo impugnación de forma y de fondo.

Esos recursos fueron traídos en relación a fs. 2663.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de César Palma Ramírez, se impetró la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando cuatro grupo de infracciones.

En primer término, la de los artículos 10 N° 10 del Código Penal y 214 del Código de Justicia Militar; luego, sobre el artículo 214 del Código de Justicia Militar, aduce que atendidas las particulares condiciones que se vivieron en el país a la fecha de comisión del delito, no es posible sostener que un soldado estuviera en situación de rechazar la orden de un superior, sobretodo porque actuaban en el entendido que lo hacían por el bien común de la patria. Luego, se refiere al inciso

final del artículo 214 del Código de Justicia Militar, que contempla la situación de una orden no representada.

En un tercer grupo de infracción, denuncia la **falta de aplicación del artículo 103 del Código Punitivo**, porque en la sentencia impugnada se aplicó la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y con ello entonces se rechazó la media prescripción a consecuencia de haberse desechado la prescripción de la acción penal. Sin embargo, esta es una circunstancia atenuante, independiente y diversa de la prescripción propiamente tal. La norma del artículo 103 constituye una atenuante de responsabilidad penal, en tanto la prescripción de la acción es una eximente de aquélla. La prescripción de la acción supone la no sanción del hecho, en tanto la media prescripción, sólo la atenuación de la penalidad. Cita el caso de Tucapel Jiménez y también el rol N° 3808-06.

Finalmente, la cuarta infracción que reclama, es la del artículo 211 del Código de Justicia Militar.

Termina su libelo, pidiendo la invalidación del fallo de segunda instancia y que se dicte uno nuevo en su lugar por el cual se absuelva a Palma, o bien, se reduzca la pena que le fue aplicada a la de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, otorgándole también, el beneficio de la remisión condicional.

SEGUNDO: Que, en lo que atañe a la denuncia por falta de aplicación del artículo 103 del Código Punitivo, ocurre que desde la fecha de comisión del hecho investigado hasta aquélla en que se inició el procedimiento, transcurrió con creces el término necesario para considerar la atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

Al respecto, la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la pretensión penal contemplada en el artículo 93 del Código Penal, no trae aparejada, como efecto inherente, el rechazo de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo estatuto. En efecto, lo que consagra el segundo precepto legal precitado es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal, ejercido mediante el castigo del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente a ésta y, por ende, no son aplicables los principios y normas que consagran la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de delitos que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, la que, en estas circunstancias, queda excluida. Además, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres grados la sanción correspondiente y, en caso de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la concreta rebaja que se concederá.

TERCERO: Que, en consecuencia, al decidir como lo hicieron los jueces de alzada, desechando la aplicación de la minorante que consagra el artículo 103 del Código Penal, han incurrido en violación de ley, que conduce a la invalidación del fallo.

CUARTO: Que, atendido lo razonado, y dado que se acogerá uno de los recursos de casación en el fondo deducidos, se invalidará la sentencia, sin que sea preciso emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones ventiladas ante este Tribunal.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 541, 544 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se acoge** el recurso de casación en el fondo, deducido por la defensa de César Palma Ramírez a fs. 2624 en la forma que se ha expresado. En consecuencia, **se invalida** la sentencia de diez de diciembre de dos mil ocho, escrita a fs.2583 hasta fs.2592, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero en forma separada.

Se previene que el Ministro señor Ballesteros concurre a la invalidación del fallo de alzada, pero por considerar que se incurrió en error de derecho al rechazarse la excepción de prescripción opuesta, de modo que fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los inculpados y absolverlos del cargo materia de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma: “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias. En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito. Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias”.

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

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

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

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

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

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

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

de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

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

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

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y

las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto del año 2009, por lo que no tenía vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

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

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

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

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio; Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

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

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 nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado en la persona de Humberto Fuentes Rodríguez, y en ello se funda el parecer de este disidente para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Acordada la aceptación del recurso interpuesto por la defensa de César Palma, en lo que respecta a la institución denominada media prescripción o prescripción gradual, con el voto en contra de los Ministros Sr. Rodríguez y Künsemüller, quienes fueron de opinión de rechazar el referido recurso, porque -como se ha expresado en numerosos fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente del delito que en el proceso ha quedado establecido, no es posible precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico. (Rol 3.807-09)

Se previene que el Ministro Sr. Rodríguez fue de parecer de invalidar de oficio la sentencia en estudio, por haberse incurrido en el vicio de casación formal que contempla el artículo 541 N° 6 del Código de Procedimiento Penal, atendida la circunstancia de haberse acogido una acción civil por tribunal incompetente, cuyas motivaciones se contienen en la sentencia de reemplazo.

Se deja constancia que aún cuando los Ministros señores Rodríguez, Ballesteros y Dolmestch y el abogado integrante Sr. Chaigneau fueron de parecer de invalidar la sentencia en revisión, lo hacen con distintos fundamentos sin que todos ellos coincidan en apoyo de dicha decisión, de manera que no se produce el acuerdo que exige el inciso primero del artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales. Y, por ende, al haberse producido discordia de votos, se procedió a resolverla con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86 del mismo ordenamiento.

Es así como se decidió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En estas condiciones, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir el parecer del ministro señor Rodríguez, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, los ministros señores Ballesteros y Dolmestch y el abogado integrante Sr. Chaigneau estuvieron por acoger el recurso de casación de que se trata. El primero, por considerar que la acción penal se encontraba prescrita y los dos restantes por estimar que se violó el artículo 103 del Código Penal. Ante esta situación, el Ministro Sr. Ballesteros se sumó a la posición del Ministro Sr. Dolmestch y del abogado Sr. Chaigneau, en cuanto a considerar a favor de los sentenciados, en la determinación de la cuantía de las penas privativas de libertad que les corresponde, 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, 1º, 2º y 3º, en el que el mismo ministro es partidario 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rubén Ballesteros Cárcamo y de las disidencias, sus respectivos autores.

Rol N° 2581-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C.

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

En Santiago, a veintiséis de abril 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.