

En cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 544 y 548 del Código de Enjuiciamiento Penal y lo ordenado por el veredicto precedente, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, tres de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

Se repite la decisión en alzada, con excepción de los motivos 46°, 52° y 53° y de la referencia al artículo 28 del Código Penal, estampada entre las citas legales, que se eliminan.

Asimismo, se reproducen los basamentos 1° y 2° del epígrafe "En relación al recurso de casación en la forma de fs. 3347" del pronunciamiento invalidado y, además, los razonamientos 1° y 2° de ese mismo edicto, situados bajo el título "En cuanto a los recursos de apelación".

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

PRIMERO: Que desde la fecha de comisión del ilícito investigado hasta aquella en que se inició el procedimiento, expiró con creces el término necesario para considerar la mitigante que contempla el artículo 103 del Código Penal, vale decir, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

Sobre el particular, la circunstancia de haberse desestimado la excepción de prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93, N° 6°, del Código punitivo, no trae aparejada, como efecto inherente, la negativa de la minorante prevista en el artículo 103 del mismo ordenamiento, pues lo que consagra esta última regla es una atenuante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum del castigo corporal, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y colofones son diversos, si bien ambas instituciones aparecen reguladas en un mismo título del Código de penas. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, merced a sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y los corolarios que sobre el *ius puniendi* estatal, ejercido mediante la represión del delito y su responsable, provoca la denominada media prescripción, son totalmente distintos, desde que al tratarse de una morigerante, ésta sólo permite 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 determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de la responsabilidad criminal, para evitar la total impunidad de injustos que ofenden gravemente los derechos humanos esenciales, la que, en tales condiciones, queda excluida. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la decisión de si procede ejercer o no la atribución concedida para disminuir en uno, dos o tres tramos la sanción correspondiente y, de decidirse por su aplicación al caso concreto, cuantificar la eventual rebaja que se concederá.

SEGUNDO: Que, por consiguiente, es menester acoger la circunstancia especial de atenuación de responsabilidad penal contenida en el artículo 103 del estatuto sancionatorio, que invocan las defensas de Wenderoth, Zapata, Espinoza y Contreras, pero no sólo a su respecto, sino que también de los demás enjuiciados, puesto que se trata de una disposición que los beneficia y que es de orden público.

TERCERO: Que el artículo 141 del Código Criminal, al momento de la perpetración del secuestro calificado de que se trata, le asignó la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, pero como obra a favor de los seis procesados la analizada mitigante de la prescripción gradual o media prescripción de la acción penal, además de la irreprochable conducta pretérita de Moren, Wenderoth, Krassnoff y Zapata, a todos ellos, incluidos Contreras y Espinoza, se les reducirá en un tramo, desde el mínimo señalado por la ley, la penalidad indicada, con lo que queda en presidio menor en su grado máximo para cada uno. Sin embargo, dentro de la extensión permitida por la ley y atendidas las

circunstancias de comisión del ilícito, los sentenciadores la regularán, en cada caso, en la forma que se determina en lo resolutivo de este laudo.

CUARTO: Que del modo expresado, se disiente parcialmente de la sugerencia vertida por la Sra. Fiscal Judicial, en su informe de fojas 3.371 a 3.375, donde fue de parecer de confirmar sin modificaciones el edicto en revisión.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 18, inciso primero, 24, 26, 29, 69 y 76 del Código Penal y 485, 514, 527 y 541, N° 12°, del de Procedimiento del ramo, **SE RECHAZA** el recurso de casación en la forma entablado de fojas 3.347 a 3.355, y **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de diecinueve de mayo de dos mil ocho, que se lee de fojas 3.188 a 3.335, con las siguientes declaraciones:

I.- Que se sustituyen las penas inflingidas a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** en la decisión I), por las **de presidio menor en su grado máximo** por el término de **cinco años** y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a solucionar proporcionalmente las costas del pleito, las que le quedan impuestas, por su responsabilidad de **autor** del delito que allí se indica.

II.- Que se reemplazan las sanciones aplicadas a **Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Humberto Zapata Reyes**, entre los resueltos II) a VI), por las **de presidio menor en su grado máximo** por el término de **cuatro años** cada uno y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena y a satisfacer proporcionalmente las costas del litigio, las que se les imponen por su responsabilidad de **autores** de los delitos que en cada decisión se señala.

III.- Que atendida la entidad del castigo corporal determinada a los convictos Contreras Sepúlveda, Moren Brito, Espinoza Bravo, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko y Zapata Reyes y por reunirse los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, **SE REVOCA** el resuelto VII), en aquel segmento que les deniega las franquicias de la Ley N° 18.216 y, en cambio, se les concede el beneficio alternativo de la **libertad vigilada**, debiendo permanecer sujetos a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en Medio Libre que se designe por Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de sus respectivas condenas y cumplir las otras exigencias consagradas en el artículo 17 de la misma ley.

Si la gracia concedida les fuere revocada, la pena principal inflingida se les contará a cada uno, según los términos que consigna el resuelto VII) del pronunciamiento que se revisa.

IV.- SE APRUEBAN los sobreseimientos definitivos y parciales dictados respecto de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y Osvaldo Romo Mena, que obran de fojas 2.229 y 2.305, respectivamente.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller no aceptan el acogimiento de la prescripción gradual que se hace en los basamentos que anteceden y fueron de opinión de desestimarla, manteniendo la penalidad regulada en primera instancia.

Para ello tuvieron presente que -como lo han expresado en numerosos fallos anteriores- tratándose de un delito de carácter permanente, como lo es el de la especie, no es factible precisar el comienzo del plazo exigido por la ley para la prescripción de la acción penal, el que ha de contabilizarse desde el momento en que cesa la mantención del atentado a la libertad ambulatoria, lo que no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales, a pesar de las averiguaciones ordenadas en el sumario con estos fines, 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 finalización del estado antijurídico

creado por el delito (Rol 3.807-09).

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y

Ballesteros, quienes estuvieron por absolver a los acusados por concurrir en su favor la institución de la prescripción de la acción penal, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones repetidas en reiteradas 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°, 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 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 castigaba con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consignaba en el inciso tercero y establecía que: "si la detención o encierro se prolongare 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 bastaba 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, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: "Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista, 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 estos disidentes interpreten 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 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. 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 p or 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 (Causas 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 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 5º 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 5º y 6º 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 Anselmo Radrigán Plaza, y en ello se funda el parecer de estos disident es para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

También fue acordada la confirmatoria de la procedencia de la excepción de incompetencia instaurada por el Fisco de Chile, con el voto en contra de los **Ministros señores Dolmestch y Künsemüller**, quienes estuvieron por

desecharla de acuerdo a las razones consignadas en el fallo de casación que antecede y, que fueron de opinión, de analizar las demás alegaciones del representante del Consejo de Defensa del Estado.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados (por tres votos contra dos), dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quántum de la pena que debería imponérseles, no existiendo acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

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

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

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

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 6822 ? 09.

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

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

En Santiago, a tres de agosto 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.