

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintisiete de enero de dos mil nueve.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los motivos 52) y 59), que se eliminan. Del pronunciamiento invalidado, se mantienen la parte expositiva y los considerandos I, primero a séptimo, referidos a los recursos de casación, y II, considerando primero, relativo a las apelaciones.

Y TENIENDO EN SU LUGAR, Y ADEMÁS PRESENTE:

En lo penal:

PRIMERO: Que el encausado Rolf Wenderoth Pozo, al contestar la acusación de fojas 1461, alegó en su favor la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 103 del Código Penal y solicitó que, con su mérito, se lo sancionara considerando el hecho revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, por darse en la especie los supuestos fácticos de dicha norma.

Que examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados hasta aquélla en que se suspendió, el término necesario para considerar la circunstancia atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal, se encuentra cumplido, según se explicará.

Que habida consideración a que se ha desestimado la excepción de prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 del estatuto punitivo, debe tenerse en cuenta que tal rechazo no trae

aparejado, como efecto inherente, el 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, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, 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 asimilársele jurídicamente, ya que ésta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aun de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

Por ende, no le son aplicables a la institución recogida en el citado artículo 103, los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad para evitar su total impunidad, la que en el supuesto

del precepto citado, queda excluída, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una ent

idad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí ?y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código Punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una ?idea afortunada de la CR ? la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora) Ocupándose de este tema, el profesor don Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una ?cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos cabe agregar que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la ley entrega a la discrecionalidad del juzgador la determinación de la concreta rebaja- en uno, dos o tres grados- que se concederá.

SEGUNDO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la

institución de la ?media prescripción? -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Por lo demás, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 2.422-08)

TERCERO: Que, como se encuentra establecido, la calificación del delito de autos, es la de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, en su texto vigente al momento de ocurrencia de los hechos, circunstancia que debe ser expresamente considerada para los efectos de dar cabal aplicación a la disminución del castigo consagrada en la media prescripción.

La pena asignada al delito por el cual han sido condenados los recurrentes es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, de manera que el plazo que ha de transcurrir para que opere la prescripción de la acción penal es de diez años, según lo estatuido en el artículo 94 del Código Penal. En consecuencia, el término cuyo transcurso permite reconocer la concurrencia de dos o más circunstancias muy calificadas y ninguna agravante, es de cinco años.

CUARTO: Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el siete de febrero de mil novecientos setenta y cinco -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra

normativa

ordinaria- hasta el cuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, en que María Angélica Concha Contreras presentó la querrela criminal por asociación ilícita y secuestro que rola a fojas 83 y siguientes, o hasta el veintisiete de febrero de dos mil seis, en que se sometió a proceso a Contreras Sepúlveda, Wenderoth Pozo, Moren Brito, Krassnoff Martchenko, Zapata Reyes y Ferrer Lima según consta de fojas 1176 y siguientes, arroja un lapso superior a los quince años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, en el presente caso, de cinco años. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal de cinco años si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990. (SCS, 11.12.2008, Rol Nro. 2422-08)

QUINTO: Que de lo relacionado precedentemente aparece que el condenado Wenderoth puede ser beneficiado con la causal de mitigación de la pena invocada por su defensa, la que también ha de reconocerse a los demás acusados, aunque no la hayan alegado expresamente, ya que el tribunal está facultado para aplicarla de oficio y se trata de una norma claramente favorable a los encausados.

SEXTO: Que para determinar la magnitud definitiva de las sanciones penales han de considerarse las siguientes circunstancias:

a) Que la pena asignada al delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal a la fecha de perpetración del delito, era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, como ocurre en este caso, o si resultare un daño grave en la persona o intereses del afectado.

b) Que a los acusados Wenderoth Pozo, Moren Brito, Krassnoff Martchenko, Zapata Reyes y Ferrer Lima les favorece la atenuante de su irreprochable conducta anterior, acreditada con los antecedentes detallados en el motivo 56 del fallo en alzada.

c) Que respecto del acusado Contreras Sepúlveda no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como lo consigna el motivo referido.

d) Que a todos ellos los beneficia la atenuante calificada de prescripción gradual y en ejercicio de sus atribuciones, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en un grado para cada uno de los sentenciados.

Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 2450, que propone confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado la sentencia de primer grado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Enjuiciamiento Penal, SE DECLARA que:

I.- SE CONFIRMA la sentencia apelada de veintiséis de abril de dos mil siete, e escrita de fojas 2.285 a 2.401 en cuanto condena a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda a Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Miguel Krassnoff Martchenko, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Basclay Humberto Zapata Reyes, por su responsabilidad de coautores del secuestro calificado de Sergio Humberto Lagos Marín, con declaración de que se impone a todos los ya individualizados, la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena, más el pago proporcional de las costas de la causa, en su calidad de autores del delito de secuestro calificado en la persona de Sergio Humberto Lagos Marín, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal.

II.- Se confirma en lo demás apelado y se aprueba en lo consultado la referida sentencia.

III.- Se aprueba, asimismo, el sobreseimiento definitivo parcial dictado

el veintisiete de julio de dos mil siete, escrito a fojas 2460 y siguientes, en relación al sentenciado Osvaldo Enrique Romo Men

a.

IV.- Atendida la sanción impuesta a los condenados referidos en la decisión I.- precedente y reuniéndose los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los mencionados Contreras Sepúlveda, Moren Brito, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko, Ferrer Lima y Zapata Reyes el beneficio alternativo de cumplimiento de penas de la libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos a la vigilancia y observación de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe por Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de sus condenas y cumplir las exigencias contempladas en el artículo 17 de la misma Ley. Si tal beneficio les fuere revocado, la pena impuesta se contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que permanecieron privados de libertad con ocasión de este proceso según se consigna en el fallo que se revisa.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por acoger la prescripción de la acción penal alegada como causal de extinción de la responsabilidad penal ya que correspondía acogerla y declararla a favor de todos los acusados y, por tanto, absolverlos, 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: e l 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 disidente 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 c

alificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 9 de mayo de 1975. 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 advertiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

¿Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en 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 qu

e ¿Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea??, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

5°.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la

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

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

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

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes

contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que ha ya 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 no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El 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 Nº 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. Nº 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 e , 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?? (página 44)? r7°.- 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 de Sergio Humberto Lagos Marín, y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller, en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada media prescripción y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción de la acción penal, desde que por la naturaleza del delito que en el proceso ha quedado establecido -de consumación permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo de ese término, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. De esta manera, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los encausados sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6° del cuerpo legal citado, respecto de Moren Brito, Wenderoth Pozo, Krassnoff Martchenko, Ferrer Lima y Zapata Reyes; así como que respecto de Contreras Sepúlveda no concurren modificatorias de responsabilidad penal; por ende, estuvieron por confirmar la sentencia en alzada sin modificaciones.

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 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a los encausados, no

produciéndose 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 llama a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoce 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 inhibe 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 les rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría por el cuántum 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 someter 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; 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, por lo que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de esta sentencia, con lo que se zanjó la discordia producida.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N° 874-08.

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.

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