

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiuno de abril de dos mil once.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie, por disposición del artículo 535 de su homónimo de Enjuiciamiento Criminal, y de la decisión que precede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción del segundo párrafo del motivo duodécimo y de los razonamientos décimo cuarto y décimo noveno, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

PRIMERO: Que, como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con alcances 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, a pesar de encontrarse ambas instituciones reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya ejercida 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 provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún 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 contemplan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Novoa Monreal: Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402).

No obstante, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos

que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su plena impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una motivación 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 entidad *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).

SEGUNDO: Que a su turno, ocupándose de este tema, el profesor 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 beneficien 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 es menester añadir que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, aún cuando no sea formalmente alegada.

TERCERO: 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. Por consiguiente, 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 mitigante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en justicia pertinente. Además, 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.; 879-08; 2.422-08.

CUARTO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal consagrada en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en la situación que se estudia concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

QUINTO: Que, en lo pertinente, es útil recordar el tenor del artículo 103: *“Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”*

Ahora bien, en el suceso sub lite, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que describe el ilícito de secuestro calificado, cuya penalidad asignada era presidio mayor en cualquiera de sus grados.

SEXTO: Que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio mayor -ámbito atingente al punto debatido- en diez años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, por ende, para los efectos previstos en el artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en la actual situación, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

SÉPTIMO: Que teniendo en cuenta la norma aplicable al caso -en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito pesquisado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis desde fines diciembre de mil novecientos setenta y tres, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. Así resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del hecho, hasta aquella en que se interrumpió, en mayo de 1991 y, más tarde, en abril de 2001 cuando se presentó querrela criminal y de acuerdo, además, a lo dispuesto en el artículo 96, en consonancia con el artículo 103, ambos del Código Penal, ha de considerarse que a partir de la fecha del injusto hasta cualquiera de esas datas, transcurrió en exceso el plazo de cinco años antes señalado, cumpliéndose así la hipótesis temporal a la que alude el mencionado artículo 103 del Código Penal, por lo que habrá de reconocerse concurrente la aludida atenuante de responsabilidad penal.

OCTAVO: Que para la aplicación definitiva de la sanción penal ha de considerarse que la pena asignada al delito es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados y que concurre a favor del acusado López Almarza la circunstancia

atenuante especial de prescripción gradual, por lo que, en ejercicio de sus atribuciones privativas, este tribunal rebajará la pena privativa de libertad asignada al delito en un grado desde el mínimo, de manera tal que la sanción penal a aplicar quedará en presidio menor en su grado máximo.

NOVENO: Que con las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe de la Sra. Fiscal del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 1.689, disintiendo del mismo en cuanto fue de opinión de confirmar la sentencia sin modificación en la entidad de la pena a imponer.

UNDÉCIMO: Que en cuanto a la acción civil deducida por la querellante en estos antecedentes, cabe recordar que aquella fue rechazada por considerar los jueces del fondo que ya se encontraban indemnizados los actores a consecuencia de haberse acogido a los beneficios de la ley 19.123.

Al respecto, el Fisco de Chile pide que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización.

Tal alegación debe ser rechazada, por cuanto la ley citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los atentados a los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que "*En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere haber a personas individuales.*

Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia".

En consecuencia, los beneficios establecidos en aquel cuerpo legal, no resultan incompatibles con la reparación material del daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos cuya certeza se obtiene recién como resultado de este proceso. Tales circunstancias, en ningún caso

pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por los actores, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que los habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.

DUODÉCIMO: Que acto seguido, el Consejo de Defensa del Estado aduce que el daño moral debe estar legalmente acreditado por los demandantes, que en este caso corresponden a la cónyuge sobreviviente y a sus hijos; extremo que estos sentenciadores consideran suficientemente demostrado, puesto que por un lado se encuentra establecido el hecho dañino y la responsabilidad que en aquél cabe al acusado, como asimismo, la calidad que invisten las personas que reclaman la indemnización, cónyuge e hijos, relaciones de familia que naturalmente permiten presumir lo que es normal en ellas, esto es, el cariño y la dependencia no sólo económica sino afectiva que tenían con el marido y padre desaparecido, lazos que han producido, como es de esperarse, la angustia y sufrimiento que toda esa familia debió soportar por tan largos años, sin saber qué había ocurrido efectivamente con su esposo y padre, sin tener la posibilidad de darle sepultura conforme a sus creencias religiosas y asumir de alguna manera el luto que conlleva tan grave pérdida.

Sin perjuicio de estos efectos, que son consecuencia necesaria de lo ocurrido, es posible aún agregar que en la testimonial rendida durante el plenario y que consiste en los dichos de Carlos Antonio Araya Pinto (a fs. 1324), Lucio Eduardo Díaz Dumenez (a fs. 1325) y documentos acompañados conforme al oficio de fs. 1392, quedaron en evidencia las graves situaciones por las que pasaron los demandantes después de cometido el ilícito investigado en autos, así como las secuelas psicológicas producidas.

DÉCIMO TERCERO: Que, por último, en cuanto a las alegaciones de monto excesivo de la indemnización que se reclama y la que corresponde a la supuesta improcedencia de los reajustes e intereses, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Este daño sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa, sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto. Acreditada la existencia del delito por parte del inculcado y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido daños y que deben

ser indemnizados, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

En relación a la reajustabilidad de la indemnización, al igual que los intereses, ha de tenerse presente que el Fisco de Chile en su contestación se opone a ellos, estimándolos improcedentes, argumentación que se desechará considerando como pertinente para su cómputo el momento en que se notifica válidamente la demanda como aquél en que se hace efectiva la pretensión del actor, debiendo aplicarse, en consecuencia, a partir de este hito en el tiempo el reajuste de la indemnización, que corresponderá a la variación que experimente el IPC entre esa fecha y su pago efectivo; mientras que los intereses -que serán los corrientes para operaciones reajustables- habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir de la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada, sin costas, por estimarse que el Estado tuvo motivo plausible para litigar.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo previsto en los artículos 514, 517 y 533 del Código de Procedimiento Penal y a los artículos 2314 y 1551 del Código Civil, se declara que **se revoca** la sentencia apelada de treinta de octubre de dos mil ocho, escrita a fs. 1623 y siguientes, en cuanto rechazó la acción civil deducida en autos **y en su lugar se declara que se acoge la demanda civil deducida** a fs. 910 por el abogado Sr. Nelson Caucoto Pereira, en representación de doña Ana Delia Álvarez Oyarzún, cónyuge sobreviviente de José Bagus Valenzuela; y de Franz Bagus Álvarez, hijo de aquél y se condena, por lo tanto, al Fisco de Chile, a pagar la suma única de \$ 70.000.000.- (setenta millones de pesos) para ambos, todo ello por concepto de indemnización por el daño moral sufrido a propósito del secuestro calificado de su padre y cónyuge ya nombrado, suma que deberá pagarse con los reajustes e intereses a que se refiere la parte final del motivo décimo tercero de esta sentencia, sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivo plausible para litigar.

Se confirma, en lo demás apelado, el fallo antes referido, **con declaración** que **Donato Alejandro López Almarza** queda condenado a la pena única de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como **autor del delito de secuestro calificado de Lucio José Bagus Valenzuela, cometido en Santiago desde el 17 de septiembre de 1973.**

Por reunir el acusado los requisitos del artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la **libertad vigilada**, debiendo someterse a la fiscalización de la autoridad administrativa por el mismo lapso de la pena impuesta y dar cumplimiento a las demás exigencias que señala el referido cuerpo legal y su reglamento.

En caso que el beneficio reconocido le sea revocado, deberá cumplir íntegramente y en forma efectiva, la pena que le ha sido impuesta sirviéndole de

abono el tiempo que permaneció privado de libertad con motivo de esta causa y que le reconoce la sentencia que se revisa.

Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller, estuvieron por desestimar el reconocimiento de la denominada “media prescripción” y de la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, aunque lo hacen por motivos diversos.

El Sr. Rodríguez concurre a la denegación de la prescripción gradual o media prescripción, en este caso, por las elucubraciones que pasa a exponer:

1°).- Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como ya lo ha explicado antes, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consume, pero el encierro o la detención (el resultado) empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste un estado antijurídico, extensión que naturalmente sigue dependiendo de la voluntad del hechor.

2°).- Que la cesación de ese estado antijurídico, por el contrario, puede o no depender del arbitrio del delincuente: así ocurre cuando reintegra al ofendido, hipótesis en la cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal).

Empero, también tal finalización puede producirse debido a la intervención de los denominados “cursos salvadores”, independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga de la propia víctima o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevinientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior inimputabilidad, o su incapacidad para mantener la prórroga del estado antijurídico, o la muerte de la víctima, supuesto igualmente previsto en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

3°).- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentran desde hace tiempo los enjuiciados, como consta en el proceso, y algunos de ellos hasta privados de libertad, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto.

4°).- Que esta clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro del secuestrado, pero como la primera querrela criminal encaminada a la averiguación del hecho punible fue presentada en mayo de 1991, como se desprende de fs.9 del tomo II–A, es decir, poco después de un año desde que

cesó el estado antijurídico, merced a la incapacidad de los hechores para sustentar la prórroga de ese estado delictual, a partir del cual debe iniciarse la contabilidad del tiempo que permite verificar la existencia de la media prescripción, es menester concluir que en la especie no ha transcurrido ese lapso requerido para estos efectos y, por lo tanto, deviene en la improcedencia de esta causal de mitigación.

El Sr. Künsemüller, por su parte, tiene presente para rechazar la denominada media prescripción, las opiniones por él manifestadas en otras sentencias anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al *“tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”*, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: *“el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena”* (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes).

No es posible fijar el momento de inicio del plazo de prescripción, en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado, dada su naturaleza de “permanente”,

perdura o se mantiene hasta que no se acredite o bien el deceso del sujeto pasivo, o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el “estado antijurídico” no puede continuar.

Acordada, la condena penal, con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros, quien estuvo por acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos y, con su mérito, absolver al acusado de autos, teniendo para ello en consideración las siguientes razones:

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, disposición que 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 de la época, 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 a 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).

3.- Que, para la calificación jurídica del hecho 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 por 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 sobre concurso 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.”

5.- 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.), expresa 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).

6.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose

la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

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

7.- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, este 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 le cupo especial participación en la gestación 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 Nº 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se 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 Nº 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 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 tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no eran aplicables a la fecha de su comisión, por tanto no han 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 se permita interpretar 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 punible en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar 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 Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44) .

8.- 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 a favor del acusado Donato López Almarza, imputado respecto del secuestro calificados de Lucio Bagus Valenzuela.

Se previene, por último, que los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros concurren a la revocatoria de la parte civil del fallo en alzada, sólo en cuanto estuvieron por acoger la excepción de incompetencia promovida por el Fisco de

Chile y, en consecuencia, por no emitir pronunciamiento sobre el fondo de la demanda civil deducida por la cónyuge sobreviviente y uno de los hijos del secuestrado, sin perjuicio del derecho que a éstos corresponde para perseguir la responsabilidad civil de quienes sea procedente por la vía ordinaria.

Para proceder como lo señalan, tuvieron presente que la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

En este contexto, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al regular esta materia expresa: “Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán introducirse también, con arreglo a la normativa de este ordenamiento, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”. En resumen, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como colofones próximos o directos, de manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

La norma transcrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

En correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo compendio, toda vez que aquél permite la inclusión de la acción civil en sede penal, pero éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, y se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 del Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: “La

acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal. Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales. Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”.

Tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las reglas que gobiernan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal. En el contexto indicado, los supuestos fácticos de la acción promovida por el Fisco escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal, con arreglo al artículo 10 del código de enjuiciamiento del ramo, desde que el fundamento de la acción civil presentada impone comprobar que la causa del menoscabo experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, con todo lo cual se configura la causal de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, haciéndose innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por las partes.

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

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar al acusado, por cuatro votos contra uno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena corporal que deberá imponérsele, pero no se produjo acuerdo entre los jueces de mayoría porque dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que otros tantos sí la hacen 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 al procesado el beneficio de la media prescripción, parecer que fundamentó en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlo, aplicando la prescripción total de la acción penal, ello no lo inhibe de participar en esta etapa de la decisión y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, se logró mayoría para el cuántum de la pena, pues si bien los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar al acusado sin reconocer la aludida media prescripción; los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch y el abogado integrante Sr. Mauriz fueron de opinión de acoger tal circunstancia, condenándolo como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

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

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz Aymerich y de las prevenciones y disidencia, sus respectivos autores.

Rol N° 2414-10.

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. Benito Mauriz A. No firma el Ministro Sr. Carlos Künsemüller no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de abril de dos mil once, 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.