

Santiago, siete de agosto de dos mil ocho.
En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del motivo 33° y de la parte final del 34°, que comienza con: "y la rebaja de pena", hasta su término; colocando un punto aparte después de la palabra "Penal", que le antecede.

En las citas legales, se elimina la del artículo "103"; y se sustituye la referencia hecha al artículo "30" por la del "28", todos del Código Penal.

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

PRIMERO: Que, como ha quedado claramente establecido en la sentencia de primer grado que se revisa, el acusado resulta ser responsable, en calidad de cómplice, de los delitos de secuestro calificado de Rodolfo Iván Leveque Carrasco y de Raúl Bladimir Leveque Carrasco, figura delictiva prevista en el artículo 141 incisos 1° y 4° del Código Penal, perpetrados en la ciudad de Osorno y cuya privación de libertad se produjo el 15 de septiembre de 1973, sin que desde entonces se tenga noticias de su paradero o muerte, por lo que los efectos del mismo se mantienen en el tiempo.

SEGUNDO: Que la defensa del encausado, al contestar la acusación de autos, invoca en su favor como atenuante de responsabilidad -separadamente de la prescripción de la acción penal, que también alegó- la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, esto es, la llamada media prescripción o prescripción gradual, en razón de haber transcurrido más de la mitad del tiempo exigido para la prescripción total entre la fecha de comisión del delito y la de aquélla en que el procedimiento se dirigió en su contra.

TERCERO: Que, respecto de esta alegación, cabe tener en cuenta que si bien ambas instituciones jurídicas se basan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, es necesario diferenciarlas en atención a su objeto, desde que, en lo sustancial, la prescripción de la acción penal pone fin a la responsabilidad criminal del procesado, provocando su impunidad, mientras que la media o gradual sólo tiende a aminorar la pena aplicable a éste, haciendo efectiva su responsabilidad.

CUARTO: Que, en el presente caso, la sentencia de primer grado que se revisa, reflexiona y decide lata y acertadamente que por las características y naturaleza de los delitos investigados "llamados de lesa humanidad" y por aplicación de las normas respectivas del Derecho Internacional son imprescriptibles, lo que significa que la ley penal que deriva de estos hechos no se extingue, con lo que resulta posible perseguir la responsabilidad de sus actores. Por ello, tal defensa fue rechazada por el fallo de primer grado, criterio que este tribunal ha hecho suyo al reproducir las pertinentes consideraciones. Sin embargo, no sucede lo mismo con la media prescripción que, como se dijo, no trae como consecuencia la impunidad, sino que permite el juzgamiento y la sanción penal, aunque disminuía.

QUINTO: Que, no obstante el contenido de las consideraciones que preceden, en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra tal circunstancia minorante, ya no por tratarse de un delito de lesa humanidad, sino porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de los delitos que en el proceso han quedado establecidos de consumación permanente- no se puede precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, lo cual no se ha dado en el tiempo por ser éstos, como se dijo, de efectos permanentes.

SEXTOSEXTO: Que, de esta manera, el cómputo del tiempo necesario para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de su consumación, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa ha de ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse al encausado se considerarán las circunstancias tenidas en cuenta por el juez a quo en su razonamiento 34°, reproducido por esta sentencia, previa eliminación de su parte final, como se dice al comienzo de ésta. Por lo tanto, habrá de elevarse la pena y aplicar una de presidio mayor en su grado mínimo, lo que impide conceder al sentenciado alguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216.

SEPTIMO: Que por las razones que se contienen en los motivos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fs. 989, del que disiente en parte, desde que solicitó aprobar los artículos en consulta y confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se **confirma** la sentencia apelada de once de enero de dos mil siete, escrita a fojas 907 y siguientes, **con declaración** que Adrián José Fernández Hernández queda condenado a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de cómplice en los delitos de secuestro calificado del artículo 141 inciso 1° y 4° del Código Penal, en su texto vigente a la época de los mismos, en la persona de los hermanos Rodolfo Iván y Raúl Bladimir Leveque Carrasco, cometidos en Osorno a contar del 15 de septiembre de 1973.

Que dada la extensión de la sanción impuesta, no es posible favorecerlo con ninguno de los beneficios que contempla la ley N° 18.216, por lo que deberá ingresar a cumplirla en forma efectiva, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en estos antecedentes, desde el 2 de junio al 4 de junio del año 2003, según aparece de fojas 498 y 594. Acordada la condena de Acordada la condena de Adrián José Fernández Hernández, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y

Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados acusados, consiguientemente por absolver de los capítulos de acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

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

¿El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias. En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

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

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

2°.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia -como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se comete al ejecutarse la acción de ¿encerrar? o ¿detener? a otro privándole de su libertad, pero, su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: ¿Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estar

da prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido? (Derecho Penal, I, 2ª. Ed. Conosur, julio 2001, pág. 183). De ser de este modo, surge para estos disidentes la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?

3°.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: **si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados.** Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 15 de diciembre de 1973. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4°.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141.

Reza:

- 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 Título VI de ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, pág. 137 y ss.), comenta que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?? ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal.? En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea?,?, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, pág. 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, desde la comisión del delito de autos (15 de septiembre de 1973), y la fecha de la querrela por los familiares de las víctimas (9 de agosto de 2002), y habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron 28 años, 10 meses y 24 días y conforme, además, la normativa expresa de los artículos 93, 94, y 95 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 del acusado de secuestro calificado de los hermanos Rodolfo Iván y Raúl Bladimir Leveque Carrasco, y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Acordada, asimismo, en cuanto a la decisión civil, con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso de apelación deducido a fojas 957, y en consecuencia revocar la sentencia que se revisa, sólo en aquella parte que rechaza la acción indemnizatoria por daño moral intentada por doña Angélica Gallegos Toledo, cónyuge sobreviviente de Rodolfo Leveque Carrasco, dirigida en contra del Fisco de Chile, y estuvieron por acogerla en todas sus partes, teniendo para ello en consideración que, a su juicio, en la especie se cumple con las exigencias legales que la hacen procedente, desde que la circunstancia esgrimida por el sentenciador de primer grado en orden a que la demandante habría recibido y recibe una bonificación y pensiones mensuales de parte del Fisco de Chile por la pérdida de su marido no es óbice para que se repare materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un delito cuya certeza se obtiene recién con este proceso. Por lo demás, a los disidentes les parece que el espíritu de la ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992, respecto de los beneficios allí contemplados, expresa que éstos dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objeto de coordinar ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por D.S. N° 355 de 25 de abril de 1990, circunstancias estas que en ningún caso pueden confundirse con aquéllas 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 la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el fallo el Ministro Sr. Dolmestch; y las disidencias, sus autores.

Rol N° 6574-07.

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.