

Santiago, seis de octubre de dos mil nueve.

**VISTOS:**

En estos autos N° 45.306-A, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Lautaro, por resolución de treinta y uno de julio de dos mil ocho, que rola de fojas 2.116 a 2.147, correspondientes al Tomo V de estos antecedentes, se condenó a Juan Enrique Silva Rebeco y a Rafael Laureano Recabal Bascuñán, a sufrir las penas únicas temporales de ocho y seis años de presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, así como las accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, todo por sus responsabilidades que en calidad de autores les correspondió en los delitos de secuestro calificado de José Abel Díaz Toro, José Enrique Conejeros Troncoso y Juan Bautista Rodríguez Escobar, previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal, perpetrados a partir del 28 de septiembre y el 1° de octubre de 1973, en el sector denominado Cajón de la comuna de Lautaro; sin que se les concediera a los convictos ninguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

Apelado dicho veredicto por las defensas de los enjuiciados Recabal Bascuñán y Silva Rebeco por intermedio de sus presentaciones de fojas 2.150 y 2.165, respectivamente, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 2.187 y 2.187 vuelta, la Corte de Apelaciones de Temuco, por dictamen de veinte de octubre de dos mil ocho, que corre a fojas 2.193, lo confirmó en todas sus partes.

Contra este pronunciamiento, la defensa de los dos encausados interpuso un recurso de casación en el fondo, en lo principal de fojas 2.195 a 2.197, asilado en el literal 1° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal.

A fojas 2.204, se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, como ya se anticipó, en lo principal de la presentación de fojas 2.195 y siguientes, la defensa de los encausados Silva y Recabal interpuso un recurso de casación en el fondo, sustentado exclusivamente en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, impuso al sentenciado una pena más grave que la designada en la ley, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena; denunciando como normas infringidas los artículos 11 N° 6, 68 y 103, todos del Código Penal.

**SEGUNDO:** Que el defecto reclamado se produjo -a entender del compareciente-, porque los jueces de alzada al compartir en general el dictamen del a quo no estimaron concurrente la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, que ordena que en aquellos casos en que el inculpado se presente y fuese 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 estos efectos, 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 y 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya aplicada.

**TERCERO:** Que, más adelante, manifiesta el recurrente que al no darse aplicación a la causal de extinción de la responsabilidad criminal consistente en la prescripción de la acción penal, el tribunal cometió error de derecho por abstención, al no considerar ese hecho como revestido de la mitigante calificada citada en la reflexión anterior, la que en cambio no fue considerada, toda vez que se aprecia del mismo que se omitió pronunciamiento respecto de la media prescripción.

Se destaca asimismo, que la minorante reclamada es independiente y diversa de la causal de extinción de la responsabilidad criminal consistente en la

prescripción de la acción penal, dado que sus características, fines y efectos son diferentes. Aquella busca la impunidad del hecho; la otra en cambio, permite igualmente imponer una sanción, pero menor, merced a lo insensato de determinar un castigo alto por sucesos acaecidos largo tiempo atrás, pero que igualmente deben ser reprimidos. En tanto que el fundamento de la primera descansa en el supuesto olvido del delito y la necesidad de no sancionarlo, lo que además se asegura que ha sido refrendado en anteriores fallos de esta Corte Suprema, como el de veintisiete de diciembre de dos mil siete, en los autos N° 3587-05, y en vinculación con el Derecho Penal Internacional Humanitario, precisamente en el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde se justifica la disminución de la pena.

**CUARTO:** Que para terminar, se expresa por el oponente que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al no aplicar dicho precepto, no consideraron los jueces del fondo la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas al momento de regular la pena, minorante que sumada a la de sus irreprochables conductas anteriores reconocida en el mismo veredicto, y la ausencia de agravantes que les perjudiquen, permitía la rebaja del castigo hasta en tres tramos, pudiendo llegar a presidio menor en su grado mínimo, y dada la reiteración, subir en un tramo para obtener en definitiva la de presidio menor en su grado medio, que es el castigo que solicita aplicar, otorgando alguna de las franquicias alternativas al cumplimiento efectivo de la pena que contempla la Ley N° 18.216, previo acoger el recurso intentado, y anular el edicto atacado, dictando otro de reemplazo que fije la sanción ya referida.

**QUINTO:** Que, en cuanto al aludido reproche, por lo pronto conviene precisar como constatación de hechos, que el pronunciamiento del ad quem, a cuyo respecto se dirigen las críticas reseñadas en los basamentos anteriores, confirmó en todas sus partes el dictado por el a quo. Sin embargo, a pesar que la excepción de prescripción de la acción penal fue desechada en ambas instancias, no se hizo referencia alguna a la eventual procedencia de la causal del artículo 103 del Código Penal, la que, no fue solicitada expresamente por la defensa de ninguno de los encartados.

**SEXTO:** Que, no obstante todo lo que se viene reseñando precedentemente, debe tenerse presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo prevenido en el artículo 535 del de Instrucción Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

**SÉPTIMO:** Que, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiendo este tribunal que la sentencia en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

**OCTAVO:** Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 4° exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número 5, con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.”.

**NOVENO:** Que, se expresa en el fallo del a quo que fuera confirmado en todas sus partes por el de alzada, se acreditaron en sus motivos tercero y cuarto la comisión de tres delitos de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal, que afectaron a José Abel Díaz Toro, José Enrique Conejeros Troncoso y Juan Bautista Rodríguez Escobar, en los que tuvieron intervención los dos encausados en calidad de autores.

**DÉCIMO:** Que, a su turno, la sentencia de primer grado destinó solamente los motivos duodécimo y décimo tercero, para referirse a la determinación de los castigos, reconociendo a los encausados la concurrencia de la minorante consistente en sus irreprochables conductas anteriores conforme se desprende sus extractos de filiación y antecedentes que rolan a fojas 882 y 1.963. En tanto que, respecto de la eventual concesión de beneficios de la Ley N° 18.216, señaló que se debería estar a lo que se determine en la parte resolutive de la misma sentencia. Finalmente, se termina expresando a manera de conclusión, que al concurrir una atenuante: "...la pena no se les impondrá en su grado superior, sin perjuicio de tener presente para fijar su quantum la jerarquía de cada uno de los acusados dentro de las institución de la cual dependían.", de todo lo cual fluye de manifiesto que no se emitió pronunciamiento alguno por los sentenciadores acerca de la reiteración de delitos igual naturaleza que se materializaron en la situación fáctica y jurídica propuesta, lo que además hubiera permitido determinar cuál fue el camino elegido por los jueces del fondo en esta materia, esto es, si se optaba por el sistema de acumulación material de penas del artículo 74 del Código Penal o el de acumulación jurídica del artículo 509 del de procedimiento criminal, lo que por la anomalía detectada se hace imposible de saber.

**UNDÉCIMO:** Que, la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, al confirmar en todas sus partes el fallo de primer grado que se viene reseñando en lo pertinente, hizo suyo el mismo defecto que se viene anunciando, toda vez que al actuar de esa forma mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho relativos a la reiteración de delitos acaecida en la especie, lo que hacía exigible a todas luces un pronunciamiento del juzgador al respecto.

**DUODÉCIMO:** Que, a mayor abundamiento, debe agregarse que el proceso de determinación de las penas contempla en general dos etapas, una legal y otra judicial. En la primera, que se encuentra debidamente reglamentada en la legislación en los artículos 50 a 61 del Código Penal, luego de considerar la sanción establecida por la ley, el grado de desarrollo del delito y la autoría y participación criminal, se obtiene el denominado "marco legal". Y a continuación, se confrontan dichos extremos, de conformidad al sistema denominado "determinación judicial", ello de acuerdo al artículo 62 y siguientes del código en referencia, en que se procede por los jueces a considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal concurrentes en el hecho y la valoración que de estas hacen y permiten en cada caso los artículos 63 a 73 del texto punitivo, a los que cabe agregar -cuando se está en presencia de pluralidad de ilícitos-, las reglas de los artículos 74 y 75 del mismo código ya citado, así como el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, cuyo ejercicio llevará finalmente a fijar el castigo en concreto, o sea, la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en varios hechos punibles como autor, cómplice o encubridor, fase que junto con la apreciación de la prueba y la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, constituye una tercera función autónoma del juez penal y representa la culminación de su actividad decisoria, que en el presente caso no ha sido debidamente satisfecha.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, de lo expuesto fluye entonces, que los sentenciadores de la alzada procedieron -al reproducir el dictamen de primer grado-, a fijar una sanción sin tener en cuenta todos los elementos necesarios para ello, y así incurrieron en error de derecho, ya que no ponderaron los hechos

constitutivos de la reiteración omitida, que tenían el deber de valorar de oficio, sin que aquellos fuera corregido de forma alguna.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500, Núms. 4° y 5° de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, por expresa disposición del inciso final del artículo 541 ya citado, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del veredicto que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544 de la compilación adjetiva penal antes citada.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, atendida la existencia del vicio denunciado y lo descrito en el motivo anterior, y lo dispuesto en los artículos 535 del Código de Instrucción Criminal y 808 del de Enjuiciamiento Civil, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo, deducido por la defensa de los acusados de autos en lo principal del escrito de fojas 2.195 a 2.197.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 500, Núms. 4° y 5°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 775 y 808 de su homónimo Adjetivo Civil, **SE ANULA DE OFICIO** la sentencia de segunda instancia fechada en Temuco el veinte de octubre de dos mil ocho, escrita a fojas 2.193, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Ballesteros.

Rol N° 7235-08.

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. No firman el Ministro Sr. Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

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

En Santiago, a seis de octubre de dos mil nueve, 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.