

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, once de diciembre de dos mil ocho.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 de su homónimo de Enjuiciamiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción de los basamentos décimo quinto y el párrafo segundo del décimo noveno y de las referencias a los artículos 28 y 62 del Código Penal, que se eliminan.

En el razonamiento cuarto, numeral 9), letra c), se sustituye la expresión “conde”, por “donde”.

Se reproduce, asimismo, el fundamento de la sentencia de segundo grado.

Se reproducen los fundamentos cuarto a noveno del fallo de casación que antecede.

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, los hechos resultaron ser responsables, en calidad de autores, de un delito de secuestro calificado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, perpetrado a partir del 24 de septiembre de 1973, en la persona de Humberto Salas Salas, en la ciudad de Osorno, sin que desde la fecha indicada se tengan noticias de su paradero o muerte, por lo que los efectos del mismo se mantienen en el tiempo.

SEGUNDO: Que la defensa del encausado Fernández Hernández, al contestar la acusación judicial, invocó en su favor como atenuante de

responsabilidad -separadamente de la prescripción de la acción penal-, la circunstancia contemplada en el artículo 103 del catálogo de penas, es decir, 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 data de comisión del delito y la de aquélla en que el procedimiento se dirigió en su contra, ésta igualmente debió ser comprobada o denegada por parte del tribunal que sigue el proceso, conforme a los fundamentos expresados en el pronunciamiento de casación que antecede, los que se reprodujeron; siendo plenamente extensible, dado los términos imperativos en que está redactada la norma ya citada, respecto del acusado Rolando Becker Soliz, por lo que las consideraciones que siguen a continuación lo serán en relación a ambos encausados de autos.

TERCERO: Que en lo que toca a la situación anunciada precedentemente, cabe tener en cuenta que si bien esta institución jurídica se basa, al igual que la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción de la acción del mismo carácter, 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, el fallo de primer grado que se revisa, reflexiona y decide acertadamente que por las características y naturaleza del delito investigado –llamado 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 desestimada

en primera instancia, 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 colofón la impunidad, sino que permite el juzgamiento y la sanción penal, aunque disminuida.

QUINTO: Que de tal forma es pertinente determinar si en el caso sublite -afecto a la imprescriptibilidad- resulta o no menester aplicar el artículo 103 de la recopilación sancionatoria, cuyo contenido se denomina “media prescripción” o “prescripción gradual”, la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere para su ejercicio, y por disposición de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo ordenamiento, a los que se reenvía, faculta al juzgador para bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos preceptos del orden punitivo le permiten.

SEXTO: Que sobre este tema se tiene presente que la institución de la media prescripción, no es una entidad de jure que contemplan 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 afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en opúsculo del profesor de Derecho Penal, José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002, páginas, 103 y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr. Actas, 497), la prescripción gradual

de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso.

SÉPTIMO: Que en este mismo orden de ideas la doctrina se halla conteste en la flexibilidad que observa nuestro Código punitivo, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1848-50, inspirado éste -como arguye el catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004, tomo I, páginas, 102 y siguientes- en el eclecticismo de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro cuerpo legal represivo y que ha permitido que en él encuentren lugar diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º, lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, ductilidad que permite culminar en los elevados presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; y, por otro lado, nuestro país, según los Convenios suscritos, y por aplicación del Derecho sancionatorio internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla- ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría efectos de afectación restrictivos severos para el fin de Justicia, más aún sopesando que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y

aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad criminal.

OCTAVO: 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, conforme a lo menos en base de 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. 6.188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; y 559-04.

NOVENO: Que del estudio de la “prescripción” o “prescripción completa” y de la “media prescripción”, conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que

ambas entidades se acunan en el decurso, o sea, en la sucesión o continuación del tiempo.

DÉCIMO: Que, sin embargo, conviene advertir que ambos institutos, más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambos del transcurso del tiempo, avanzan cada uno en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos –extinción y no extinción de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” el fin de la responsabilidad penal, vale decir, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente en la atenuación de la pena. Así entonces, la “prescripción completa” adquiere identidad con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “la media prescripción” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código represivo, y también en otras reglas, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o el 456.

UNDÉCIMO: Que el hecho que la institución de la “*media prescripción*” se ubique en el Título V., del Libro I., del texto de penas, dedicado éste a la “extinción

de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de atenuación, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicha extinción, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su tenor, persigue sólo el modificar, concretamente el mitigar, no el extinguir. Esta situación no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, por ejemplo, que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la interpretación en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II del Código en comento, en tanto éste los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen atentados en contra de la vida humana dependiente, debiendo separarse de otros tipos criminales disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten el mismo origen. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto de las figuras típicas comprendidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son bienes jurídicos tutelados, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, la vida humana; la salud individual o la integridad física; y, el honor, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, tanto el disipar aquellas aparentes confusiones, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia.

DUODÉCIMO: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, titulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como 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, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión

138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.

DÉCIMO TERCERO: Que, como se encuentra establecido, la calificación de los delitos de autos, corresponde a la figura que contempla el artículo 141 del Código Penal al momento de ocurrencia de los hechos, y que pertenece a las figuras de secuestro calificado, evento éste que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la morigerante consistente en la media prescripción que registra el artículo 103 del mismo estatuto citado.

DÉCIMO CUARTO: Que para la aplicación de la media prescripción, es útil dejar en claro que el secuestro calificado corresponde a la categoría de delitos de consumación permanente, que lo deja acotado al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, en donde el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero su duración dependerá de la voluntad del hechor. Don Enrique Cury Urzúa, en su “Derecho Penal. Parte General. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2.005, pág. 801, y con motivo de ocuparse de los plazos de prescripción del delito y su cómputo, anota: “en los permanentes, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad.”, criterios ambos, como se advierte, que se construyen en base *de* requisitos copulativos, convergentes con la apreciación de estos sentenciadores, todo lo cual resalta así entonces, que, el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre.

DÉCIMO QUINTO: Que estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en la litis, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, que trajo por consecuencia el derrocamiento del gobierno de la época y la asunción de facto al poder por las Fuerzas Armadas y de Orden, a cuyos efectos se invocó y declaró el “estado o tiempo de guerra”- como se ha recogido anteriormente, de manera tal que, la afectación o conculcación de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas sobre la que inciden los hechos sublite, lleva necesariamente a estos sentenciadores, a examinar si a la fecha está acreditado que exista ejercicio de voluntad sobre los encierros o detenciones, alcanzando de ello -es decir, del mérito del juicio- convicción que no resulta posible así asumirlo en términos de certeza jurídica –entre otros, en los límites del artículo 109 del Código procesal de punición, de donde se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad, en el caso particular de autos, no ha operado o podido operar más allá del primero de abril de mil novecientos ochenta y ocho, data ésta en que, al entonces Capitán de Carabineros de Chile, Adrián José Fernández Hernández se le concedió el retiro absoluto de esa institución, o del dieciséis de abril de mil novecientos ochenta respecto del a esa data Cabo Primero Rolando Becker Soliz, conforme aparece de fojas 40 y 110, respectivamente. Cesando por consiguiente y en dichas categorías y alcances sus actividades institucionales, que en su momento y como aparece probado, les determinó esencialmente en estos hechos. Es necesario tener también presente, que a la época actual han transcurrido más de treinta y cinco años contados desde la comisión de los ilícitos, como asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la normalidad democrática-

republicana. Así, y retornando a la fecha en que a los reos se les concedió el retiro absoluto de Carabineros, se considerará ésta como de inicio de cómputo de la media prescripción.

DÉCIMO SEXTO: Que, en este acápite angular del raciocinio, y para su más caracterizado y cabal desarrollo, los sentenciadores no pueden sustraerse de la calificación que de la participación criminal se atribuye a los acusados Fernández Hernández y Becker Soliz, delimitada en la del autor directo e inmediato, acorde lo dispone el artículo 15 del Código de punición, y que como se ha dicho, es en este específico y acotado contexto fáctico en que ocurrió el secuestro calificado objeto del presente juicio criminal, lo que importó la muy grave o delictiva conculcación disvalorativa de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de la víctima, sin que se hubiere tenido ulterior noticia de la suerte corrida por la misma, todo lo cual lleva a la condena de los encartados.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, visto el fenómeno desde otro ángulo, también insoslayable para el sentenciador, es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses del año 1990, luego de elecciones libres en que se pronunció la ciudadanía, bajo el régimen de separación y autonomía de los poderes del Estado, en el orden de independencia que establece la Constitución Política, sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiere mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como lo son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media

prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal en lo que dice relación con el condenado, toda vez que, desde el inicio del retorno democrático republicano, a la fecha de las denuncias o querellas, y luego, de la dictación de los autos de procesamiento de los condenados, han transcurrido con creces, más de los cinco años requeridos para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103 del Código Penal.

DÉCIMO OCTAVO: Que, cabe tener consecencialmente presente que, la figura de secuestro calificado se sostiene en lo particular en razón de no haberse acreditado que las víctimas hubieren sido ultimadas o muertas, sin que tampoco existiere colaboración en tal sentido, por parte de los condenados.

DÉCIMO NOVENO: Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y tres -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el dos de febrero de dos mil uno, en que Maibeth Jacquelin Salas Mella presentó la querella criminal por crímenes internacionales de guerra, torturas y secuestro agravado que rola a fojas 2 y siguientes, o al veintiuno de marzo de dos mil seis, en que se sometió a proceso a Fernández Hernández y Becker Soliz según consta de fojas 577 y siguientes, arroja un decurso superior a los veinte años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, 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.

VIGÉSIMO: Que, lo anterior, acorde lo estatuyen los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal, considerando que, según el segundo, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina “demás crímenes”, prescribe en diez años, toda vez que la pena asignada al delito estudiado es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, lo que exige, a los efectos de la ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un lapso de cinco años.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en la especie debe tomarse como base que el delito de secuestro calificado, que a la época de su perpetración –septiembre de mil novecientos setenta y tres- el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal le asignaba el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados y que a cada imputado procede rebajar en un tramo desde el mínimo, merced a la atenuante de sus irreprochables conductas pasadas comprobadas por los extractos de fojas 617 y 625, como de la prescripción gradual o media prescripción que concurren en su favor y la ausencia de agravantes, con lo que se llega a presidio menor en su grado máximo, se obtiene la sanción principal a determinar en definitiva por el injusto que se les reprocha.

VIGÉSIMO CUARTO: Que de lo expresado en las consideraciones precedentes, se disiente parcialmente de lo informado y concluido por la señora Fiscal Judicial en su informe de fojas 833, con las excepciones de que se da cuenta en el presente fallo y por los motivos que en él se consignan y razonan.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 29, 47, 76 del Código Penal y 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de treinta y uno de julio de dos mil siete, escrita de fojas 781 a 810, ambas inclusive, **con las declaraciones siguientes :**

I.- Que los encausados **Adrián José Fernández Hernández y Rolando Becker Soliz**, quedan condenados a sufrir la pena de **cinco años, el primero, y de cuatro años, el segundo**, ambas **de presidio menor en su grado máximo, más** accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y a satisfacer las costas de la causa, como co autores del delito de **secuestro calificado en la persona de Humberto Salas Salas** del artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en su texto vigente al momento de su comisión, cometido en la ciudad de Osorno a partir del 24 de septiembre de mil novecientos setenta y tres

II.- Reuniéndose los requisitos legales para ello, se revoca el acápite segundo del mismo resuelvo y, en cambio, se concede a los dos sentenciados el **beneficio de libertad vigilada**, debiendo quedar sometidos al tratamiento y observación por el tiempo de sus condenas, y cumplir las condiciones que señalan las letras a), b), y c) del artículo 17 de la Ley N° 18.216, más el pago de las costas del litigio.

III.- Si por cualquier motivo a los condenados les fuere revocada la franquicia anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena le servirá de abono a Fernández Hernández el tiempo que permaneció privado de libertad en éstos entre el 29 y el 30 de marzo de 2006, según consta de las certificaciones de fojas 581 y 594; en tanto que a Becker Soliz, se le imputarán los periodos comprendidos entre el 30 y el 31 de enero de 2003, así como entre el 5 y el 10 de abril de 2006, según consta de fojas 131, 133, 596 y 606, respectivamente.

Acordada la decisión de confirmar la sentencia apelada en la decisión de condenar a los recurrentes, con los votos en contra de los **Ministros señores Nibaldo Segura y Rubén Ballesteros** quienes estuvieron por revocarla y declarar la absolución de los encartados de la acusación por estimar que concurre en favor de ambos la causal de extinción de la responsabilidad penal de prescripción de la acción. En efecto, consideran, y repitiendo anteriores razonamientos contenidos en anteriores sentencia sobre esta misma materia, que:

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 estaría 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 24 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°.- Como se ha dicho antes, este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

“Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en 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 o 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 consumación del delito de autos (24 de septiembre de 1973), y la fecha de la querrela por los familiares de las víctimas (2 de febrero de 2001), y habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron 27 años, 4 meses y 9 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 por el secuestro calificado que fue investigado en la presente causa, y en ello se funda el parecer de éstos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

7.- Que en cuanto, ahora, a la imprescriptibilidad del delito de secuestro en razón de estimarse delito de lesa humanidad conforme al Derecho Internacional han entendido que ello en nuestra legislación, no sería posible por los siguientes motivos:

a.- Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de Abril del mismo año, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, se aplican a conflictos armados que surjan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

El señor Jean Pictet, jurista internacional, a quien se considera uno de los autores principales de los Convenios de Ginebra, en comentario del Protocolo de 8 de Junio de 1977, adicional de los convenios de 12 de Agosto de 1949, citado por el voto de mayoría del fallo de esta Excma. Corte Suprema Rol N° 457-05, deja constancia que en lo concerniente a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II y el artículo 3º de esos convenios, reconocen 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 los 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 órdenes 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 Comité Internacional de la Cruz Roja 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...” (cita en fallo de 4 de Agosto de 2005 en causa de esta Corte Suprema Rol N° 457-05);

b.- El Protocolo II, 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. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de Octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1°, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° 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 II 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, en los siguientes términos: “El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar”.

Si bien 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 no ha sido aún aprobado por el Congreso,

tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CICR, 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;

c.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca a menudo 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.

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 el 5 de Octubre de 1973 existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que los

sentenciadores no cometieron error de derecho al no aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

d) Que, para la misma finalidad, se ha invocando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de Febrero de 1972 y mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de Noviembre de 1976, realizándose su publicación en el Diario Oficial el 29 de Abril de 1989. Comenzó a regir entonces, el 23 de Marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma convención, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en la norma citada, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, a través de la publicación del correspondiente decreto promulgatorio en el Diario Oficial. Sostener lo contrario, significa crear e invocar otra forma de ficción jurídica, que se pretende se constituya en la creencia sin discusión en contrario, de la existencia y presencia de hechos y situaciones que no tienen sustento en la realidad, como si realmente lo fueran. El decreto ley en referencia no ha podido tener la virtud de producir esa transformación;

e) Que, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de Noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo VIII.1, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad cualquiera sea la fecha en que se

hayan cometido, sin embargo, “no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, y en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal;

f) Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, según el acta final de dicha conferencia y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de Noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7º y 8º las definiciones de crímenes de guerra y en su artículo 29 dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, no prescribirán.

El estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, aplicadas por los sentenciadores de segundo grado;

g) Que, los hechos de la causa dicen relación con la realización de acciones que miradas imparcialmente, sin los extremos de las ideológicas, son ciertamente graves y reprochables, y desde luego merecen las sanciones que la ley nacional contempla, y aún de la ley internacional cuando ella haya sido admitida legal y constitucionalmente e incorporada al derecho nacional, pero sin que ello implique el quebrantamiento de los principios que informan y reglan la aplicación del Derecho Penal, entre ellos el de reserva o legalidad que garantiza que solamente la ley puede crear figuras delictivas y determinar sus penas, que los hechos

imputados sólo pueden sancionarse como determinados delitos siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ocurren y que la ley penal al configurar y establecer delitos y penas, debe referirse a los hechos que los constituyen. Fluyen de estas reglas los principios de legalidad, irretroactividad y de tipicidad. Esta reflexión se formula por estos disidentes, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional.

Acordada en definitiva el quantum de la pena que se ha aplicado a los acusados dirimida que fuera la discordia de votos por desavenencia de opiniones de los señores **Dolmestch y Castro** en cuanto fueron de parecer de aplicar la norma del artículo 103 del Código Penal como motivo de atenuación especial, desvinculada de la prescripción de la acción penal como institución; de los señores **Segura y Ballesteros** en cuanto reconocen en la prescripción su vigencia y efectos plenos, por tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación como eximente de responsabilidad penal -como en el caso de autos- y también el de circunstancia especial de disminución de pena cuando se encuentra en la situación del artículo 103, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa con la prescripción principal completa, que le da su razón de existencia, no separada de ella como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, vinculada más bien a las consideradas en el artículo 11 del Código Penal.; y del Ministro **señor Rodríguez**, que sustenta la

improcedencia de la aplicación de la media prescripción como atenuante por el carácter de ser el delito de secuestro calificado de autos de efecto permanente, de modo que se ha creado un estado delictuoso que no ha cesado a la fecha, que impide el inicio del computo del plazo para prescribir en cualquiera de sus formas, total o incompleta. De este modo estima del caso mantener las penas de los acusados como lo ha dispuesto la sentencia de primer grado.

Ante lo anterior, y conforme lo sanciona la norma del artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se excluyó la opinión del Ministro Rodríguez por resultar ser voto único; hecha nueva votación entre las restantes, y conforme al inciso 3° de la norma citada, el Ministro señor Rodríguez opta por la opinión de hacer aplicable el artículo 103 del Código Penal y por sancionar como se ha expresado en lo dispositivo de esta sentencia, zanjándose de este modo la desavenencia con la franquicia alternativa concedida en la decisión II de este fallo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular don Nivaldo Segura Peña.

N° 983-08.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura Peña, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra y el Abogado Integrante Sr. Fernando Castro Álamos. No firma el Abogado Integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, 11 de diciembre de 2.008. Rol N°983-08

Autoriza la Sra. Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brümmer.