

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 del basamento décimo noveno y de las referencias a los artículos 3°, 22, 25, 28, 32, 38, 40, 62, 63, 74, 79, 80 y 86 del Código Penal y 458, 471, 477, 478, 481, 482 y 501 del de Instrucción del ramo, que se eliminan.

En el primer acápite de la sección enunciativa se suprimen las locuciones "de investigar", la vez que se repite.

En la letra d) del razonamiento primero se cambia el sustantivo "agosto" por "septiembre".

En la letra c) del fundamento quinto se sustrae la oración que comienza con los vocablos "A esto se debe agregar los dichos" hasta "trabajadores de la empresa en la que ellos laboraban.", inclusive.

En la reflexión décima se sustituye el infinitivo "pelar" por el adjetivo "penal".

En el motivo décimo cuarto se segrega la oración postrera que se inicia con las voces "Por otra parte, en la especie se detuvo indebidamente a cinco personas" hasta el punto (.) aparte inclusive.

En el considerando décimo séptimo se muda el sustantivo "hija" por "hoja".

Del fallo de segunda instancia anulado se reproducen igualmente sus dos elucubraciones.

También se repiten las motivaciones quinta a octava del veredicto de casación que precede.

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

Primero: Que como ha quedado claramente establecido en el edicto de primer grado que se revisa, el hechor resulta ser responsable, en calidad de autor, de cuatro delitos de secuestro calificado, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal, perpetrados entre el diecisiete de septiembre y el uno de octubre de mil novecientos setenta y tres, en las personas de Nelson Cristián Almendras Almendra, José Ricardo López López, Juan de la Cruz Briones Pérez y Victoriano Lagos Lagos, en la localidad de Quilleco, sin que desde las fechas indicadas se tengan noticias de sus paraderos o muertes, por lo que los efectos del mismo se mantienen en el tiempo.

Segundo: Que la defensa del encausado, al contestar la acusación judicial, aunque no invocó en su favor como mitigante de responsabilidad -separadamente de la prescripción de la acción penal, que si alegó- 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 aquella 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.

Tercero: Que en lo que toca a esta situación, 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 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 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 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 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 penal es 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 benefician 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 dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y seis, data ésta en que, al entonces sargento primero de Carabineros de Chile, Oscar Humberto Medina se le concedió el retiro absoluto de esa institución, conforme aparece de fojas 268 y siguientes, cesando por consiguiente y en dicha categoría y alcance su actividad institucional, que en su momento y como aparece probado, le determinó esencialmente en estos hechos. Es necesario tener también presente, que a la época actual han transcurrido más de treinta y dos 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 al reo se le concede 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 al acusado Medina, delimitada en la del autor directo e inmediato, acorde lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código de punición, y que como se ha dicho, es en este específico y acotado contexto fáctico en que ocurrieron los cuatro secuestros calificados objeto del presente juicio criminal, lo que importó la muy grave o delictiva conculcación disvalorativa de la libertad

ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas, sin que se hubiere tenido ulterior noticia de la suerte corrida por las mismas, 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 mil novecientos noventa, 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 e n 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 consecuencialmente 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 nono: Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y seis -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis, en que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación presentó la denuncia por presunta desgracia que rola a fojas 1 y siguientes, o al dieciséis de junio de dos mil cuatro, en que se somete a proceso a Oscar Humberto Medina, según consta de fojas 324 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 por ser reiterante el acusado en cuatro crímenes de la misma especie, como lo son los secuestros calificados de otras tantas personas de que se trata, es menester precisar si debe castigársele separadamente por cada uno de los injustos de que resulta responsable o con arreglo al sistema de la acumulación jurídica de las penas.

Vigésimo segundo: Que a juicio de los sentenciadores le resulta una condena menor con el método consagrado en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Instrucción Criminal, esto es, aplicando el castigo asignado al ilícito que considerado aisladamente, con las circunstancias del caso, le corresponde una pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres tramos, según sea el número de los delitos.

Vigésimo tercero: Que en la especie debe tomarse como base cualquiera de los secuestros calificados, 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 en cada caso es preciso rebajar en dos tramos desde el mínimo, merced a las atenuantes de su irreprochable conducta pasada y 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 medio y con el aumento en un tramo, en razón de la reiteración, se obtiene la sanción principal única de presidio menor en su grado máximo a determinar en definitiva por los cuatro injustos que se le reprochan.

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 788, 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 509, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, SE CONFIRMA la sentencia apelada de treinta de octubre de dos mil seis, escrita de fojas 749 a 763 vuelta, con declaración que se sustituyen la pena única y accesorias impuestas a OSCAR HUMBERTO MEDINA en la decisión II, por las de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, 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, por su responsabilidad de autor en los delitos de secuestro calificado del artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en su texto vigente al momento de su comisión en la localidad de Quilleco, entre los días diecisiete de septiembre y uno de octubre de mil novecientos setenta y tres, en las personas de Nelson Cristián Almendras Almendra, José Ricardo López López, Juan de la Cruz Briones Pérez y Victoriano Lagos Lagos.

Por reunirse los requisitos legales para ello, y atendido el favorable informe evacuado por Gendarmería de Chile que rola a fojas 707 y 708, se revoca el acápite segundo del mismo resuelto y, en cambio, se concede al sentenciado Oscar Humberto Medina el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a tratamiento y observación por el tiempo de la condena, 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.

Si por cualquier motivo le fuere al condenado revocada la franquicia anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena le servirán abono los siete días que el fallo de primer grado le ha considerado.

Se hace constar que para arribar a la decisión de aplicar la pena en el quantum que se le reguló en definitiva al convicto Medina, se produjo discordia de votos; ante ello quedó excluido el parecer minoritario del Ministro señor Rodríguez, que estuvo por desestimar la media prescripción de la acción penal y mantener la sanción de diez años y un día determinada en primera instancia, en atención a las razones expuestas en su disidencia contenida en el dictamen recaído en la sentencia de casación que precede, las que da por reproducidas. En estas condiciones se repitió la votación entre las restantes opiniones que, en empate, no obtuvieron mayoría absoluta, conforme lo dispone el inciso primero del artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, lográndose esa mayoría absoluta de votos entre los ministros señores Rodríguez, que optó por este criterio, Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Álvarez, para condenar, y luego aplicar en este caso el artículo 103 del Código Penal, o sea, estimar el delito revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, que unidas a la irreprochable conducta pretérita, como lo dispone el artículo 68 del mismo cuerpo de leyes, finalizó con la condena, en la forma y con arreglo a los raciocinios expuestos precedentemente.

Acordada la condena del sentenciado Medina, 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 su defensa y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor del mencionado acusado, consiguiendo 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 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 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: "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 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 cuatro secuestros calificados, y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez; y las disidencias, sus respectivos autores.

Rol Nº 2.422-08.

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. Hernán Álvarez García.